Traité du mariage et de ses effets, par M. Allemand,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Allemand, Louis-Charles-Antoine (1773-1853). Traité du mariage et de ses effets, par M. Allemand,.... 1846-1847.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

27955

TRAITÉ

DU MARIAGE.

TOME PREMIER.

Nota. — Ce Traité contenu en deux volumes forme la première partie d'un ouvrage dont la seconde, également en deux volumes, traitera des Conventions matrimoniales.

Chaque partie étant distincte se vendra séparément.

Les contrefacteurs, les introducteurs et les débitants de contrefaçons seront poursuivis suivant la rigueur des lois. Chaque exemplaire est revêtu de la signature de l'auteur.



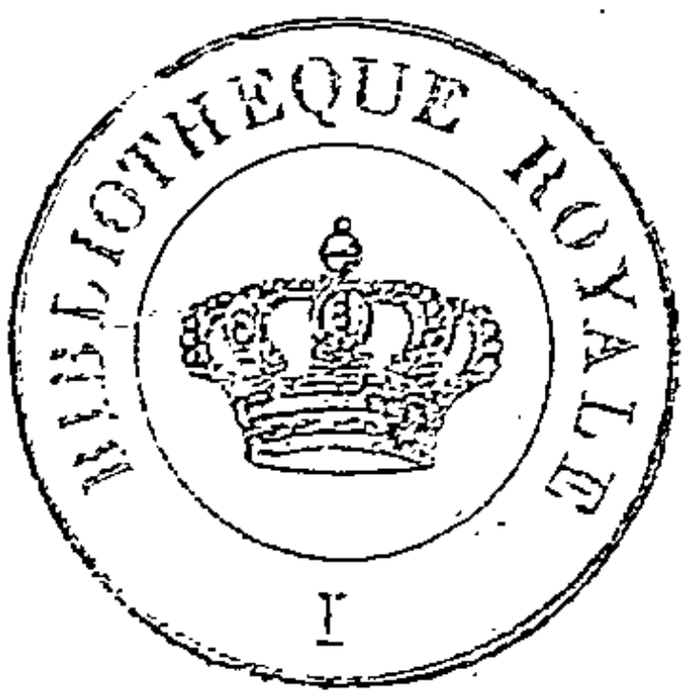
TRAITÉ

DU MARIAGE

ET DE SES EFFETS,

Par M. Allemand,

Ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour de Riom, Chevalier de la Légion-d'Honneur,
Membre de l'Académie des Sciences, Arts et Belles-Lettres de Clermont-Ferrand.



TOME PREMIER.

Riom,
IMPRIMERIE DE E. LEBOYER, LIBRAIRE,
RUE DU COMMERCE.

1846.
1847

Nota. — Ce Traité contenu en deux volumes forme la première partie d'un ouvrage dont la seconde, également en deux volumes, traitera des Conventions matrimoniales.
Chaque partie étant distincte se vendra séparément.

Les contrefacteurs, les introducteurs et les débitants de contrefaçons seront poursuivis suivant la rigueur des lois. Chaque exemplaire est revêtu de la signature de l'auteur.

PRÉFACE.

Le mariage est le plus important des actes de la vie. Il fonde les familles qui sont elles–mêmes les éléments de la société ; il crée des rapports nombreux et variés entre les différents membres de chaque agrégation domestique ; il établit des droits, des devoirs ; il fait naître des intérêts divers qui tantôt s'unissent, tantôt se croisent et se contrarient, qui se combinent de mille manières et qui pénètrent même par une foule de voies dans toutes les parties du corps social auquel ils impriment un heureux mouvement.

Mais ces combinaisons multipliées ne tarderaient pas à devenir dangereuses pour l'ordre public si elles étaient livrées aux caprices de la volonté et à l'effervescence des passions. Il a donc fallu les soumettre à des règles fixes qui en développassent les avantages, en en réprimant les excès.

C'est ce qu'ont tâché de faire les législateurs de tous les temps, de tous les peuples. Tous ont fixé avec sollicitude leur attention sur le mariage ; tous, par leurs règlements, se sont proposé de concilier les lois de la nature avec les besoins des familles et ceux de chacun des membres qui les composent, comme aussi de mettre en harmonie les exigences des indi–

vidus avec les intérêts généraux et avec l'organisation de la grande famille ou de la société entière.

Tel a été le double but des législateurs des Codes français. Ce but, ils l'ont atteint autant qu'il était possible. Nourris des leçons des savants qui les avaient précédés, enrichis de l'expérience des siècles, ils ont posé sur le mariage et sur ses effets des principes à la sagesse desquels toute l'Europe a applaudi et où plusieurs nations ont puisé leurs lois.

Mais les principes ne peuvent prévoir tous les cas; ils ne peuvent déterminer toutes les conséquences de leur application; ils forment un horizon qui ne laisse apercevoir que les points culminants de la doctrine. C'est un panorama où les détails ont dû être négligés. A la jurisprudence et aux jurisconsultes il appartient de remplir le vide.

Nous le tenterons pour le mariage et pour les conventions tacites ou stipulées qui s'y rattachent, en embrassant, dans notre essai, tout ce qui est relatif aux personnes et tout ce qui s'applique aux biens; entreprise trop vaste, peut-être, et qui serait peu proportionnée à nos forces, si nous ne comptions, pour être soulagé, sur l'appui des écrits qui ont précédé le nôtre et sur les secours que nous fourniront les arrêts nombreux qui ont déjà fixé le sens de la loi dans ses obscurités, ou suppléé à son silence dans les omissions qu'elle présentait.

Jusqu'à présent, si l'on en excepte les cours généraux du droit civil, la matière que nous allons examiner a été divisée en des traités particuliers; les uns restreints au mariage dont les règles sont consignées dans le titre 5 du livre 1^er^ du Code civil; les autres

destinés seulement à développer les principes sur les conventions matrimoniales, tels qu'ils sont énoncés dans le titre 5 du livre 3 du même Code.

Comme ces deux parties si intéressantes du droit s'appliquent au même objet, il nous a paru utile, pour la science, de les réunir en un seul corps d'ouvrage.

Mais ce n'eût pas été assez si nous n'y avions pas rattaché toutes les autres règles qui ont trait au mariage et à la condition d'époux, soit qu'elles fussent éparses dans nos différents Codes, soit qu'elles fussent répandues dans les autres parties de notre législation.

En méditant sur le plan de cet ouvrage, une pensée nous a arrêté:

Lui donnerions-nous la forme d'un traité ou celle d'un commentaire?

Le traité a une allure plus franche, plus libre, plus arbitraire; il se prête par cela même plus facilement aux combinaisons théoriques et même au développement des dissertations qu'exige quelquefois l'application pratique.

Mais aussi il est sujet à des écarts; et souvent en lui la longueur des détails fatigue l'attention et alourdit l'esprit.

Le commentaire ne présente pas au même degré les mêmes dangers. Resserré sous chaque article dans des limites étroites, s'il est gêné dans sa marche, au moins il ne peut s'égarer; et il a l'avantage d'offrir dans le cadre du même principe toutes les questions qui peuvent y entrer.

Nous avons pensé qu'avec quelques efforts et à l'aide de divisions générales et de subdivisions soigneusement ménagées, on pourrait réunir l'indépendance

du traité à la direction du commentaire et tempérer ainsi ce que l'un a de trop volontaire par ce que l'autre a de trop asservi.

Ainsi, nous diviserons notre œuvre en deux parties principales : la première, qui sera destinée uniquement à considérer le mariage sous le rapport des personnes et des droits ou des devoirs purement personnels; dans cette partie, s'il est quelquefois question des biens, ce sera seulement comme conséquence ou accessoire des droits personnels dérivant de la qualité d'époux.

Dans la seconde partie, nous nous occuperons surtout des droits sur les biens, des conventions matrimoniales, tacites ou stipulées, qui en règlent le sort et des actes ou des dispositions que peuvent faire les époux entre eux.

Dans ces deux grandes divisions ainsi déterminées, nous ferons entrer, autant que possible, toutes les règles qui leur conviendront respectivement et qui se rencontrent, non-seulement dans les principaux Codes, mais encore dans des lois particulières.

Le Code civil, qui contient le plus grand nombre de ces règles, devra être naturellement notre principal guide; et l'on conçoit que le titre du Mariage dans le premier livre de ce Code correspondra nécessairement à la première division, tandis que le titre du Contrat de mariage, au livre 3, sera de la seconde.

Chacune de ces deux divisions sera subdivisée en titres, en chapitres, en sections, en paragraphes qui traiteront d'autant de sujets spéciaux, et sous lesquels viendront se ranger les articles du Code civil ou des autres lois qui leur seront applicables.

Dans ces subdivisions seront placés les articles du Code relatifs à l'objet particulier ; et sous chaque article seront classés d'abord une notice rapide du droit ancien, ensuite les principes du droit nouveau puisés dans diverses sources, enfin les questions que nos derniers Codes ont fait naître. Ces questions seront éclairées par les opinions des auteurs qui les auront examinées et par les décisions judiciaires ou administratives qui les auront résolues.

Quelques annotations feront aussi connaître la législation actuelle et correspondante des autres peuples.

On ne doit pas s'attendre cependant qu'en transcrivant et en discutant les articles du Code civil, nous nous astreignions servilement à l'ordre des numéros. Ce serait nous embarrasser tout à fait dans les entraves du commentaire, dont nous avons annoncé vouloir nous affranchir, au moins en partie. L'ordre de numération des articles ne sera suivi par nous qu'autant qu'il pourra se concilier avec les divisions et les subdivisions de nos matières.

Nous venons de dire que nous donnerions sur chaque principe une notice de l'ancien droit.

Cela nous a paru utile pour l'interprétation même du droit nouveau. Personne n'ignore que c'est de la législation de nos pères que la législation actuelle a emprunté ses règles les plus sages et ses principaux titres à notre admiration. Ne dédaignons pas les flambeaux que nous en avons reçus ; leurs lumières projetées sur les questions du nouveau droit ne peuvent que les éclairer utilement.

Une telle notice, d'ailleurs, ne sera pas sans quel-

que intérêt pour les jeunes avocats qui sont nécessairement peu familiers avec une ancienne législation dont ils n'ont eu que de rares occasions de faire usage. Les anciens jurisconsultes eux-mêmes, qui l'ont autrefois appliquée dans leurs laborieuses veilles, trouveront quelque charme à la reconnaître; semblables à ces voyageurs qui, dans les nouvelles contrées qu'ils parcourent, aiment à se retracer par leurs souvenirs les pays qu'ils ont autrefois visités et à en comparer les produits et les agréments à ceux des lieux où ils se trouvent.

Tel est le plan que nous avons conçu; puissions-nous le remplir avec une partie du succès qu'une exécution convenable lui mériterait !

DISCOURS PRÉLIMINAIRE.

Le mariage forme la société de famille, et les familles réunies composent les sociétés générales ou les peuples.

Le mariage est un contrat naturel. « Partout où il se » trouve une place où deux personnes peuvent vivre com- » modément, il se fait un mariage. La nature y porte assez » lorsqu'elle n'est point arrêtée par la difficulté de la sub- » sistance (1). »

Suivant la religion des chrétiens, ce contrat est d'institution divine. Dieu ayant formé Ève et l'ayant amenée à Adam, les bénit tous les deux et leur dit : « *Croissez et* » *multipliez ;* » et Adam, à la vue d'Ève, son épouse, s'écria : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera » à sa femme, et ils seront deux dans une même chair. *Re-* » *linquet homo patrem suum et matrem, et adhærebit uxori* » *suæ, et erunt duo in carne unâ* (2). »

Ces passages de l'Ancien Testament ont fait penser à saint Thomas qu'Adam et Ève avaient été véritablement mariés pendant l'état d'innocence ; et que, quoiqu'ils n'eussent pas désobéi au Créateur, les hommes ne s'en seraient pas moins multipliés. Telle est aussi l'opinion de saint Augustin (3).

Ainsi nous aurions eu des vertus de plus et des misères de moins.

Suivant l'histoire profane, avant l'établissement des sociétés politiques, les deux sexes, dans leur union, ne suivaient que leurs appétits brutaux. Les femmes appartenaient à celui qui s'en saisissait le premier ; elles passaient entre les

(1) Montesquieu, *Esprit des lois ; liv.* 23, *ch.* 10.

(2) Genèse, 2.

(3) St Thomas, dans sa *Somme* contre les Gentils, supplément, q. 42, a. 2, ad. 4, St-Augustin, Retrait., l. 2, c. 13.

bras de quiconque avait la force de les enlever ou l'adresse de les séduire.

Ce sont ces habitudes déréglées que rappelle Horace dans la satire 3 du livre 1^er^ :

Quos venerem incertam rapientes more ferarum
Viribus editior cædebat ut in grege taurus.

Les enfants qui provenaient de ces commerces, ne pouvaient jamais savoir quels étaient leurs pères. Ils ne connaissaient que leurs mères dont, par cette raison, ils portaient le nom.

Personne aussi n'étant chargé de les élever, ils étaient souvent exposés à périr.

Un pareil désordre devait nuire à l'accroissement de la population et à la formation des sociétés.

Aussi, dès que les hommes se réunirent en agrégations, sentirent-ils le besoin d'assujétir à de certaines formalités l'union de l'homme avec la femme, de réprimer la passion par le frein des lois, et de prescrire des règles spéciales pour le mariage qui, suivant l'expression d'un auteur célèbre, est le plus ancien est le plus excellent des contrats (1).

Il est, en effet, le plus ancien, puisqu'il dérive du droit naturel, et qu'il a été institué par le Créateur lui-même comme la pépinière du genre humain, comme nécessaire à sa conservation et à son développement.

Il est le plus excellent, comme le principe de toutes les relations de l'ordre social :

De celles de l'épouse avec l'époux ;

Des parents avec les enfants ;

Des familles avec les familles ;

De la société entière avec chacun de ses membres.

L'importance de ce contrat, l'étendue des rapports qu'il fait naître, les avantages qui en résultent pour l'organisation des peuples, ont frappé l'attention de tous les législateurs

(1) Pothier, *Traité du Contrat de Mariage.*

et les ont excités à en provoquer la formation et à en déterminer les conditions et les effets, soit entre les époux, soit à l'égard de leurs enfants.

Les lois des Juifs nous offrent des exemples frappants du respect que, dès les premiers temps, on avait pour une institution si nécessaire au repos et au maintien de la société (1). Moïse ordonna que les nouveaux mariés seraient exempts, la première année, d'aller à la guerre, et généralement dispensés de toutes les charges publiques.

Chez les Spartiates, les célibataires éprouvaient de fréquentes humiliations. Ils n'assistaient point aux combats que, d'après les lois sur l'éducation, les filles se livraient entr'elles à demi-nues. Les magistrats pouvaient les contraindre à faire, pendant les rigueurs de l'hiver, le tour de la place dépouillés de leurs habits, en chantant contr'eux-mêmes des chansons sur leur désobéissance aux lois. Leur vieillesse n'était pas respectée comme celle des autres citoyens. On cite l'exemple de Dercyllidas qui avait commandé les armées avec la plus grande gloire : étant venu à l'assemblée, un jeune homme lui dit : « Je ne me lève pas devant toi, parce que tu ne laisseras point d'enfants qui puissent un jour se lever devant moi (2). »

A Athènes, les lois de Solon obligeaient les enfants à nourrir dans leur vieillesse ceux dont ils avaient reçu le jour. Mais s'ils étaient nés d'une courtisanne, ils étaient dispensés de cette obligation à l'égard de leur père (3).

Les Romains attachaient aussi au mariage des priviléges qu'on appelait le droit des maris.

Les gens mariés jouissaient toujours d'une place particulière au théâtre.

Plus ils avaient d'enfants, plus leurs droits étaient étendus.

(1) Genèse, c. 12, § 19; c. 20, § 9; c. 26, § 10. Deut, c. 25, § 5.
(2) Voyage du jeune Anacharsis, ch. 47.
(3) Anacharsis, *Introd.*, 2e *partie*, *sect.* 1re.

Le consul qui en avait le plus grand nombre prenait le premier les faisceaux et avait le choix des provinces.

Le sénateur, dans le même cas, était inscrit le premier sur le catalogue et opinait le premier.

Celui qui avait trois enfants était exempt de toutes charges personnelles.

Chaque enfant dispensait d'un an pour parvenir avant l'âge aux magistratures.

Le célibataire ne pouvait rien recevoir par testament des étrangers (1).

Chez les peuples modernes, la faveur du mariage a souvent fait accorder des priviléges aux gens mariés. Les Péruviens les exemptaient de tous impôts pendant la première année de leur union, et parmi nous, même pendant les guerres désastreuses de la révolution, plusieurs fois la rigueur des lois sur la requisition et sur la conscription s'est adoucie pour eux, tant il a toujours paru juste et politique de protéger la création des sociétés de famille, base et élément des sociétés générales.

Parmi les anciens, Ménès passe pour le premier monarque des Egyptiens qui ait établi chez ses peuples la loi du mariage.

Les Chinois l'avaient reçue de Fo-hi, leur premier souverain.

Les Grecs en étaient redevables à Cécrops qui avait importé de l'Egypte cette salutaire institution (2).

En un mot, chez tous les peuples anciens et modernes, le mariage a été honoré, favorisé, commandé même, et l'histoire ne présente que deux étranges exemples de sociétés monstrueuses qui l'avaient proscrit :

Savoir, celle des Amazones, association de femmes guerrières établies autrefois en Asie sur les bords du Thermodon;

(1) *Esprit des Lois.*
(2) Goguet, *Origine des Lois*, liv. 1er.

qui se recrutait avec les fruits d'un concubinage temporaire.

Et celle des Zaporaves, troupes de sauvages cosaques qui existaient dans le siècle dernier vers les cataractes du Boristhène, qui se souillèrent long-temps de meurtres, de pillages, d'incendies, qui se recrutaient par l'enlèvement des enfants des contrées voisines qu'ils élevaient dans leurs habitudes de brigandages et de cruautés, que Catherine II fit servir contre la malheureuse noblesse de l'Ukraine d'instruments à ses fureurs politiques, et qu'elle sacrifia en 1775 à la crainte que leur féroce courage inspirait, en les faisant surprendre par des troupes nombreuses, envelopper et massacrer en grande partie, et en renvoyant dans leur pays ceux qui, ayant échappé à la destruction, ne voulaient pas embrasser une autre manière de vivre dans le pays qu'ils habitaient.

Les règles sur les mariages ont dû varier suivant les climats, les mœurs, les circonstances.

En général, la polygamie a toujours été autorisée parmi les peuples de l'Orient et toujours interdite parmi ceux de l'Occident. Lorsque le christianisme parut, sa prohibition a été peut-être un des plus grands obstacles à l'admission de cette nouvelle religion en Asie et en Afrique. Mahomet, au contraire, favorisa le prosélytisme en permettant à ceux qui adoptaient le Coran d'avoir quatre femmes légitimes et autant de concubines qu'ils pourraient en nourrir.

La religion des chrétiens, plus pure, est aussi plus conforme aux lois naturelles.

« La polygamie, dit Montesquieu, n'est point utile au genre humain ni à aucun des deux sexes, ni à celui qui abuse, ni à celui dont on abuse Elle n'est pas non plus utile aux enfants, et un de ses grands inconvénients est que le père et la mère ne peuvent avoir la même affection. Un père ne peut pas aimer vingt enfants comme une mère en aime deux (1). »

(1) *Esprit des Lois*, liv. 16, chap. 6.

La polygamie dispose aussi au plus honteux des vices :

« La pluralité des femmes, qui le dirait ! ajoute l'auteur » philosophe, mène à cet amour que la nature désavoue. » C'est qu'une dissolution en entraîne toujours une autre. » Et il cite plusieurs exemples de cette odieuse dépravation.

Il fait aussi observer que « la possession de beaucoup de » femmes ne prévient pas toujours les désirs pour celle d'un » autre. Il en est de la luxure comme de l'avarice. Elle » augmente sa soif par l'acquisition des trésors. »

C'est ce qui fait qu'en Orient on cache les femmes avec tant de soin.

La polygamie était permise en Egypte, excepté aux prêtres qui ne pouvaient épouser qu'une femme.

Elle avait aussi lieu chez les Chinois.

Mais ces deux peuples prenaient des précautions pour que leurs femmes ne pussent sortir aisément de leurs maisons. Les Egyptiens les obligeaient d'être toujours nu-pieds. Les Chinois les contraignaient de porter des souliers si petits, que, ne pouvant se soutenir que très-difficilement, elles étaient forcées de rester dans leurs appartements.

Il serait superflu de dire que ces précautions inquiètes restaient étrangères à la classe pauvre qui est partout soumise à la nécessité de fournir à ses besoins par ses travaux, et dont les hommes sont obligés de laisser aux femmes, avec lesquelles ils partagent les fatigues, la liberté dont sont privées les opulentes odalisques.

C'est sans doute à la pluralité des femmes et à la jalousie qu'elles excitaient que fut dû l'art inhumain de mutiler des hommes pour leur en confier la garde ; expédient barbare qui remonte, chez les Orientaux, aux temps les plus reculés.

Ainsi, un vice a fait naître un crime.

La religion du Christ a purgé ses adeptes de toutes ces infamies, en ramenant les mœurs à leur pureté primitive.

Chez le peuple de Dieu, avant le déluge, la polygamie

n'était pas permise. Le patriarche Lamech fut le seul qui eut deux épouses, et Tertullien pense que ce fait lui attira la malédiction de Dieu.

Depuis le déluge, Abraham, Isaac, Jacob qui épousa les deux sœurs, et d'autres patriarches, se donnèrent la licence de prendre plusieurs femmes; et rien n'indique dans l'Ancien Testament que le Seigneur les en ait punis ou même réprimandés (1).

On sait à quels désordres se livrèrent David et son fils Salomon appelé le Sage.

La polygamie était interdite chez les Grecs. Les Romains la punissaient comme l'inceste. (Loi 18, C. de polyg.)

Jules César avait projeté une loi pour la permettre; mais elle ne fut pas publiée. Valentinien, dans l'intérêt de ses passions, en fit une qui autorisait chaque homme à avoir deux femmes; mais elle ne fut pas observée, les mœurs la repoussèrent.

Sur la côte du Malabar, dans la caste des Naïres, les hommes ne peuvent avoir qu'une femme, et une femme, au contraire, peut avoir plusieurs maris.

Montesquieu attribue l'origine de cette coutume à la profession des Naïres qui forment la caste des nobles et sont les soldats de toutes ces nations; en leur accordant, pour satisfaire à l'exigence du climat, la faculté de se marier, qu'on refuse, en Europe, aux soldats, on a voulu maintenir en eux l'esprit militaire, diminuer l'attachement de famille et les soins du ménage.

Les législateurs qui ont autorisé la pluralité des femmes, ont prescrit pour elles l'égalité absolue du traitement. Telle est la loi de Mahomet; et une loi semblable est établie aux Maldives où l'on peut épouser trois femmes.

La loi de Moïse exige aussi que si le fils, que son père a marié à une esclave, épouse ensuite une femme libre, il

(1) *Conférences de* Paris, *sur le Mariage*, t. 3, p. 40.

n'ôte rien à la première, ni nourriture, ni vêtements, ni devoirs (Montesquieu, livre 16, chap. 7).

Nous ne parlerons pas ici d'autres déréglements qui se sont glissés dans les usages de certains peuples.

Nous nous bornerons à dire qu'il n'y a eu que des nations barbares ou quelques religionnaires, égarés par de misérables sophismes, qui aient admis la communauté des femmes.

Les législateurs anciens et modernes ont réglé la qualité des personnes qui pouvaient s'unir par le mariage, leur âge, les consentements nécessaires, les céremonies de la célébration, les causes de la dissolution.

Des empêchements légaux se sont, chez tous les peuples, opposés aux mariages de certaines personnes entre elles.

Parmi ces empêchements, on compte d'abord la parenté et l'affinité jusqu'à un certain degré.

En ligne directe surtout, les mariages entre des ascendants et leurs descendants sont contraires aux lois naturelles comme aux lois civiles. Autoriser de telles unions, ce serait flétrir le respect dû à ceux qui nous ont donné le jour; ce serait ouvrir une large porte aux passions criminelles et fournir aux plus graves abus le puissant appui de l'autorité paternelle; ce serait aussi blesser les vues de la nature en unissant la décrépitude à la jeunesse, la vie à la mort.

Le mariage entre le père et la fille, entre la mère et le fils, répugne à tous les sentiments; celui entre la mère et le fils trouve de plus dans les lois physiques, un obstacle qui le repousse en rendant son but illusoire. Aussi, les Tartares, qui peuvent épouser leurs filles, n'épousent jamais leurs mères.

Les dangers de la corruption des mœurs domestiques, le besoin de les conserver intactes dans l'intérieur des familles ont aussi fait prohiber le mariage entre le frère et la sœur.

Ces diverses règles ont été presque généralement adoptées. Si quelques peuples les ont méconnues, c'est que leur

sentiment intime était paralysé par des idées religieuses ou par des vues politiques.

Les Assyriens, les Perses épousaient leurs mères; les premiers, par respect pour la célèbre Sémiramis; les seconds, parce que la religion de Zoroastre protégeait ces déplorables unions.

Un égarement religieux poussait aussi les Egyptiens à épouser leurs sœurs. Ces mariages étaient consacrés en l'honneur d'Isis. C'est ainsi que la superstition fausse les idées et détruit la morale.

Chez les Athéniens, il était permis d'épouser sa sœur consanguine, non sa sœur utérine.

Un Lacédémonien, au contraire, ne pouvait épouser que sa sœur utérine, qui recevait alors pour dot la moitié de la portion héréditaire du frère.

Ces lois, dictées par la politique, avaient pour but d'empêcher la réunion de deux hérédités sur la même tête (1).

Plus éclairés et plus sages, les Romains se garantirent de ces écarts.

Parmi eux, les empêchements du mariage étaient au nombre de cinq :

La parenté,
L'alliance,
L'honnêteté publique,
La dignité,
La puissance.

Ils distinguaient trois sortes de parentés :

La parenté mixte, qui résultait d'un mariage légitime et qui était à la fois civile et naturelle. On l'appelait *agnatio*. Elle dérivait des hommes.

La parenté que produisait un commerce illicite. Formée par le seul lien du sang, elle était purement naturelle. Elle s'appelait *cognatio*, et se propageait seulement par les femmes.

(1) *Esprit des Lois*, liv. 5, ch. 5.

Enfin, la parenté purement civile, comme étant produite par la loi seule. Telle était l'adoption (1).

En ligne directe, le mariage était prohibé à l'infini entre les alliés comme entre les parents, quel que fût le degré de parenté ou d'alliance.

En ligne collatérale, il était également interdit, jusqu'à un certain degré, entre les parents liés par le sang, même quoique leur parenté fût purement naturelle, sans aucun lien civil.

Cette défense s'étendait à l'infini entre parents qui offraient l'image de père et d'enfants, tels que les oncles et les nièces, les tantes et les neveux, les grands-oncles et les petites-nièces, les grandes-tantes et les petits-neveux, et ainsi de suite pour les degrés plus éloignés (2).

Entre les autres parents de la ligne collatérale, il y avait empêchement jusqu'au 4^{e} degré, suivant la supputation du Code civil, c'est-à-dire, jusqu'aux cousins enfants de frères ou de sœurs.

Mais le droit ancien fut réformé d'abord par l'empereur Arcadius, ensuite par Justinien, et le mariage fut permis entre cousins (3).

L'affinité, en ligne collatérale, ne fut alors un obstacle au mariage que jusqu'au second degré (4).

L'honnêteté publique était, parmi les Romains, un empêchement introduit par les mœurs et consacré par les lois (5).

L'adoption étant l'imitation de la nature et produisant une filiation légale, on ne considérait pas comme honnête le mariage d'un père adoptif avec la fille adoptée, quoiqu'il l'eût émancipée. Cependant l'émancipation effaçait la pa-

(1) V. l. 53, ff. *de Ritu nuptiarum* : les lois 14 et 15, même titre : La loi *Undè cognati*, § 4, et la loi 17, Code de *nuptiis*.

(2) *De Ritu nuptiarum*, ff., l. 53.

(3) *Instit. de nupt.*, § 4, et l. 19, Code *de nuptiis*.

(4) L. 5, Code. *de incert. et inutil. nupt.*

(5) L. 42, *ff. de Ritu nuptiarum*.

renté civile. Mais le souvenir en restait, et il paraissait peu convenable qu'on épousât celle à laquelle on avait tenu lieu de père (1).

L'adoption ne donnait lieu à aucun empêchement au mariage en ligne collatérale, si ce n'est à l'égard des autres enfants du père adoptif et de sa sœur ou de sa tante paternelle ; et cet empêchement était détruit par l'émancipation de l'adopté (2).

L'honnêteté publique s'opposait aussi au mariage du fils avec la fiancée de son père, ou du père avec la fiancée de son fils.

Par un semblable sentiment de convenance, le fils ne pouvait épouser la concubine du père, ni le père celle du fils.

La morale répugne a de telles unions.

Elle ne permettait pas davantage que l'époux divorcé épousât la fille qui serait née postérieurement du second mariage de l'épouse (3).

D'autres empêchements étaient fondés sur la dignité ou sur la puissance.

La loi des 12 tables défendait le mariage entre les sénateurs et les plébéïens. « Elle n'avait d'autre effet, dit Mon- » tesquieu, que de rendre d'un côté les patriciens plus su- » perbes, de l'autre plus odieux. » Les tribuns en tiraient dans leurs harangues de grands avantages pour exciter des troubles. Elle fut dans la suite abandonnée.

Une prohibition plus convenable était celle suivant laquelle un sénateur ne pouvait pas épouser une affranchie au moins sans la permission du prince. Il ne pouvait aussi prendre pour épouse une comédienne ni une femme publique.

La prohibition s'appliquait aux filles et aux petites-filles des sénateurs à l'égard des affranchis.

Le mariage n'était pas licite entre les personnes libres et

(1) *Inst. de nupt.*, § 1.
(2) *Inst.*, § 1er *de nupt.*, l. 13, 14, 27, 51, *ff. de nupt.*
(3) *Inst. de nupt.*, § 9.

les esclaves, parce que ceux-ci n'ayant pas d'état civil, ne pouvaient produire que des enfants de leur condition qui devenaient la propriété mobiliaire de leur maître.

Mais ces prohibitions, modifiées d'abord par la loi *Papia* ensuite par la loi 13, ff *de ritu nuptiarum*, furent toutes abolies par les novelles 74 et 117, d'après lesquelles les ingénus de tout rang eurent la faculté de se marier avec toutes femmes, sans distinction. Seulement les personnes de l'ordre des sénateurs ou les grands dignitaires étaient tenus de faire dresser un contrat de conventions matrimoniales.

Cependant le mariage fut défendu par la novelle 134 entre la femme adultère et son complice ; hommage rendu aux bonnes mœurs.

L'empêchement qui avait pour cause la puissance, s'appliquait aux gouverneurs des provinces, aux magistrats ou aux militaires et à leurs enfants à l'égard des femmes des provinces où ils exerçaient leurs fonctions, et aux tuteurs et curateurs relativement à leurs pupilles qui n'avaient pas atteint l'âge de 26 ans, tant qu'un compte définitif et apuré ne leur avait pas été rendu. Cependant la règle fléchissait si le père du mineur avait préparé les fiançailles ou avait ordonné le mariage par testament (1).

Toutes ces sages règles assuraient la liberté des mariages, maintenaient l'ordre et la pureté dans les familles, ménageaient le respect dû aux convenances sociales.

Plusieurs d'entr'elles avaient été admises dans le droit français. Le droit canonique qui, en France, a long-temps régi les mariages, les avait adoptées et même étendues, celles surtout applicables à la parenté et à l'alliance.

Il avait établi deux classes d'empêchements.

Les uns qui étaient *dirimants* ou *absolus*. Ils sont au nombre de 14, depuis que le Concile de Trente y a ajouté le rapt et la clandestinité. On en lit le détail dans ces six vers:

(1) L. 27, 31, 36, 37, 38, 44, 59 et suivantes de *ritu nuptiarum*, et le titre entier du Code *de nuptiis*.

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus, disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si fortè coire nequibis;
Si parochi et duplicis desit præsentia testis;
Rapta ve sit mulier, nec parti reddita tutæ;
Hæc facienda vetunt connubia, facta retractant.

Parmi ces empêchements, se trouvent ceux du droit naturel.

Leur inobservation, comme le dit le dernier vers, entraînait la nullité du mariage.

Nous les comparerons dans le cours du traité à la législation actuelle.

Les autres empêchements qualifiés seulement d'*empêchements* ne blessaient que la discipline de l'église. Ils se réduisaient à trois : 1° Les vœux simples de garder la chasteté ; 2° les temps de l'avent et du carême, pendant lesquels il est défendu par l'église de se marier; 3° les fiançailles contractées en face de l'église. Des dispenses effaçaient ces empêchements, et leur négligence n'exposait à aucune peine civile. Mais les fiançailles, objet de la troisième contravention, pouvaient servir de fondement à une action en dommages et intérêts.

Les empêchements *dirimants*, établis par l'église, sont reconnus par les catholiques irlandais.

Les Pays-Bas hollandais, même les dissidents s'y soumettent aussi, parce que le Concile de Trente y avait été reçu et publié.

Quant aux Anglais, ils n'admettent, parmi les empêchements dirimants, que ceux de la loi naturelle et du droit divin exprimés dans le Lévitique. Aussi leurs mariages sont-ils regardés comme nuls par les catholiques, s'il y est intervenu quelque empêchement dirimant de l'ancien droit qui était suivi avant le Concile de Trente; et ceux qui se convertissent doivent prendre des dispenses pour les réhabiliter (1).

(1) V. les Conférences de Paris sur le mariage, t. 2, livre 1, § 2.

Dans toutes les contrées, pour fixer l'âge auquel les mariages doivent être autorisés, on doit consulter les lois de la nature.

La puberté a toujours été la première des conditions requises.

Les Grecs avaient connu de bonne heure le danger des mariages prématurés. Il paraît qu'à Sparte les hommes devaient avoir 30 ans et les femmes 20 ans; c'est l'âge que prescrit Platon, qui a copié beaucoup des lois de Licurgue (1).

Hésiode voulait que l'âge des hommes ne fût pas trop au-dessous de 30 ans, et il fixait à 15 celui des femmes.

Les Romains, qui ont beaucoup pris dans les lois d'Athènes, avaient fixé l'âge de la puberté et du mariage à 12 ans accomplis pour la femme, et à 14 ans pour l'homme.

Les nations modernes avaient emprunté de la législation romaine l'époque de la puberté légale. C'était une faute pour nos climats tempérés. Elle a été réparée en France d'abord par la loi du 20 septembre 1792, ensuite par le Code civil.

La règle ancienne s'est maintenue dans le royaume de Sardaigne, dans celui des Deux-Siciles, en Hongrie entre catholiques, en Bavière, en Espagne, en Angleterre, en Ecosse.

Les autres peuples de l'Europe n'ont pas sur ce point une législation uniforme.

Bade, la Prusse, la Confession helvétique, la Hongrie, la Saxe, exigent chez l'homme 18 ans, chez la femme 14. La Belgique, le Duché de Berg, pays détachés de la France, veulent 18 ans pour l'homme, 15 ans pour la femme comme parmi nous; ce qui est aussi observé dans l'île d'Haïti, et en Hongrie pour les individus professant la Confession d'Augsbourg.

(1) *Anacharsis*, 2e éd. in-8°, Paris, 1789, t. 4, p. 598, note.

Dans les Pays-Bas, en Russie, à l'égard de tous les cultes chrétiens, l'homme doit avoir 18 ans, la femme 16.

Dans l'Electorat de Hesse, il faut 22 ans révolus pour l'homme, 18 ans révolus pour la femme.

Dans le grand duché de Hesse, 21 ans révolus pour les deux sexes.

Dans le Wurtemberg, 25 ans pour l'homme.

En Danemarck et en Norvége, 20 ans pour l'homme, 16 pour la femme.

En Suède, 21 ans révolus pour l'homme, 15 ans révolus pour la femme.

Les Espagnols exigeaient que les Indiens se mariassent : savoir, les mâles à 14 ans, les filles à 13. Suivant la remarque de Montesquieu, dans l'action du monde qui doit être la plus libre, les Indiens étaient encore esclaves. (Esprit des lois, liv. 25, chap. 7.)

Chez aucun peuple l'âge avancé n'est un empêchement légal du mariage. En Russie, cependant, il n'est pas permis au vieillard qui a 90 ans révolus.

Dans le royaume de Wurtemberg, une femme âgée de plus de 40 ans ne peut épouser un homme qui a 10 ans de moins qu'elle. Cette règle est sage. Une union aussi désassortie ne peut être heureuse, et il serait douteux qu'elle atteignît le but du mariage.

Nous dirons quelques mots d'une loi assez extraordinaire qui fut exécutée cependant dans l'empire romain pendant plusieurs siècles.

L'empereur Auguste, par la loi *Pappia Poppea*, avait interdit le mariage à la femme âgée de 50 ans et à l'homme sexagénaire.

Montesquieu la censure, en faisant observer qu'elle était plus conforme au climat d'Italie qu'à celui du Nord où l'homme de 60 ans a encore de la force, et où les femmes de 50 ans ne sont pas généralement stériles (1).

(1) *Esprit des Lois*, l. 23, chap. 21.

Elle ne se conciliait pas, en effet, avec les mystères de la nature. Les glaces de la vieillesse saisissent plus ou moins selon les sujets. On a vu des femmes concevoir à 60 ans et accoucher heureusement. Ladislas, roi de Pologne, fut père de deux garçons à l'âge de 90 ans. Felix Platerus raconte que son grand-père engendra à 100 ans. Hoffman parle d'un vieillard qui, à l'âge de 102 ans, eut un garçon et deux ans après une fille.

Ces faits peuvent trouver des incrédules. Mais il suffit qu'ils soient possibles pour que la loi Pappia Poppea soit irréfléchie.

Tout contrat suppose le consentement de ceux qui le forment.

Sans ce consentement le contrat de mariage, le plus important de tous, ne devrait pas exister. Aussi chez tous les peuples, en général, la loi l'exige.

Mais elle veut aussi celui des personnes sous la puissance desquelles l'enfant est placé.

A Sparte, où la loi prescrivait tous les actes privés comme les actes publics, c'étaient les magistrats, ses organes et ses agents, qui dirigeaient les mariages. Hermippus rapporte qu'on enfermait les jeunes filles dans un lieu obscur, et que chaque jeune homme y prenait au hasard celle qu'il devait épouser. Mais il paraît que si une telle loi avait été établie par Licurgue, on s'en était écarté dans la suite, et que les mariages se réglaient sur le choix des époux ou sur celui de leurs parents (1).

Chez les Romains, un consentement libre et éclairé des deux époux était nécessaire. Le mariage était nul, si l'un des époux, par ses infirmités morales, avait été incapable d'exprimer une volonté (2).

Il était nul aussi, lorsque le consentement avait été arra-

(1) *Anacharsis*, 2e édition in-8o, Paris, 1789, t. 4, p. 546, note.
(2) L. 16, § ult. de *ritu nuptiarum*.

ché par la violence ou surpris à l'erreur sur la personne (1).

Le Mariage était aussi sans effet légal, s'il n'avait pas été autorisé par le consentement formel ou tacite du père ou de l'aïeul qui avait l'enfant sous sa puissance. Il importait peu que l'enfant fût majeur ou mineur ; car la puissance paternelle n'avait d'autres limites dans sa durée que la vie du père ou l'émancipation de l'enfant. C'était pour l'un une sorte de droit de possession et même de propriété sur la personne ; pour l'autre un devoir de soumission et d'obéissance que la majorité n'affaiblissait pas (2).

Cependant, si le refus du père n'était pas motivé, ou si les motifs paraissaient injustes au préteur, il pouvait autoriser le mariage, et même obliger le père à doter sa fille (3).

D'ailleurs aucun acte n'était prescrit pour constater le consentement ou le refus du père de famille. S'il ne s'opposait pas au mariage, il était réputé y avoir consenti, l'eût-il même ignoré (4).

On voit combien était-imparfaite sur ce point la législation romaine.

Le droit français l'a régularisée.

Au reste la puissance paternelle, si forte pour s'opposer au mariage du fils de famille, était sans efficacité pour l'y contraindre (5).

La puissance maternelle n'existait pas parmi les Romains, et l'enfant majeur n'avait pas besoin du consentement de sa mère pour le mariage.

Mais il fallait au mineur de 25 ans celui de son tuteur ou de son curateur.

En Angleterre, en Ecosse, l'enfant âgé de 21 ans révolus peut se dispenser d'obtenir, pour son mariage, le consente-

(1) Nov. 22, cap. 10.
(2) L. 2 et 3, *de Ritu nupliarum.*
(3) L. 19, *de Ritu nupliarum.*
(4) L. 11, *de Ritu nupliarum.*
(5) L. 12, Code *de nuptiis.*

ment de son père. Cet oubli de la déférence due à l'autorité paternelle est peut-être le fruit de l'exagération des idées de liberté.

On sera plus surpris, en remarquant que le Concile de Trente n'a pas prescrit ce consentement; qu'aussi il n'est pas exigé dans certaines contrées de l'Italie. Mais en Sardaigne, l'enfant majeur qui s'en dispense peut être exhérédé.

Le consentement des futurs époux et de ceux sous l'autorité desquels ils étaient placés, accompagnaient, chez les anciens peuples, les cérémonies du mariage.

Ces cérémonies très-simples pour le peuple, étaient souvent très-pompeuses pour les personnes riches ou d'une condition élevée. Autrefois, comme aujourd'hui, on aimait à environner d'éclat l'acte le plus important de la vie. On lit avec intérêt, dans les voyages du jeune Anacharsis, la description brillante des noces de deux jeunes habitants de l'île de Delos. (t. 6, chap. 77, Paris, éd. 1789, in-8°.)

Dans tous les pays, dans tous les temps, dit Montesquieu, la religion s'est mêlée des mariages. Dès que certaines choses ont été regardées comme impures ou illicites, et que, cependant elles étaient nécessaires, il a bien fallu y appeler la religion, pour les légitimer dans un cas et les réprouver dans les autres (1).

Chez les Egyptiens, les mariages se contractaient à la face des Dieux, ordinairement dans le temple d'Osiris.

Chez les Grecs leurs disciples, la jeune mariée devait être enlevée de force de la maison de ses parents. Ceux du mari venaient la chercher dans sa demeure, où elle était parée, au milieu de sa famille et de ses amis. On leur en refusait l'entrée; ils en simulaient le siége, et enlevaient la jeune épouse avec une apparente violence, pour la conduire au temple où son époux la recevait.

Cet usage bizarre est encore observé dans certaines contrées de l'empire de Russie.

(1) *Esprit des Lois*, liv. 16, ch. 13.

Les mariages des Hébreux, fort simples dans les premiers temps, ont été depuis chargés de cérémonies que les Juifs pratiquent encore aujourd'hui.

Chez les Turcs, le Cadi dresse le contrat qui règle la dot donnée par le mari à l'épouse; car celle-ci ne reçoit de ses père et mère qu'un trousseau.

Le mariage est ensuite béni par le prêtre, et le mari, pour obtenir la protection du ciel, distribue des aumônes et rend la liberté à quelques esclaves.

Trois sortes d'expressions signalaient le mariage parmi les Romains : il était désigné par les mots *conjugium*, *nuptiæ*, *matrimonium* :

Par le mot *conjugium*, qui signifie un engagement mutuel, *quasi commune jugum*.

Par le mot *nuptiæ*, dérivé du verbe *nubere*, et qui indique l'usage d'un voile dont, par un sentiment de modestie, les jeunes épouses se couvraient au moment de la cérémonie.

Par le mot *matrimonium* qui rappelait aux époux leurs devoirs; aux maris que, chefs de la famille, ils sont les protecteurs, les gardiens et comme les tuteurs de la personne et des biens de leurs femmes, et à celles-ci qu'elles doivent s'attacher à l'éducation de leurs enfants.

Trois sortes de mariages étaient admis parmi les Romains :

L'un environné de pompes et de publicité, qui était, dit-on, réservé aux pontifes et aux patriciens, qui était préparé par des fiançailles, et qui s'accomplissait dans un temple devant l'autel de Junius, sous les auspices du grand-prêtre et du flamine de Jupiter, en présence de dix témoins.

Il était appelé le mariage par confarréation, *ex confarreatione*.

Parmi les nombreux rites qu'on y observait, une victime était immolée, un gâteau de froment pur (*farrenus*) était consacré, brisé ensuite sur la tête de la victime par le prêtre qui le donnait à manger aux époux, comme symbole de la vie commune qu'ils devaient suivre désormais.

La seconde sorte de mariage était moins solennelle et s'appliquait à tous les citoyens romains. On l'appelait mariage *ex cœmptione*, parce qu'il se pratiquait, entre le mari et la femme, sous l'apparence d'un achat réciproque, en présence de dix témoins. La femme livrait ses mains à son époux et passait ainsi en son pouvoir, après avoir offert un denier aux dieux, en avoir remis un autre au mari et en avoir déposé un troisième près de son habitation (1).

La troisième espèce de mariage n'était accompagnée d'aucune formalité. C'était le mariage *ex usu capione*, qui s'opérait par la cohabitation, pendant une année, d'une femme libre dans la maison d'un homme, sans avoir fait une absence de trois nuits.

Cette union n'était qu'un concubinage régulier qui n'honorait pas la femme du titre d'*uxor*, qui ne lui conférait que celui de *mulier*, demi-femme, qui ne la faisait pas participer aux dignités du mari, qui ne lui conférait même aucun droit à sa succession, et qui ne permettait de lui faire que des dons modérés.

L'Allemagne fournit des exemples de ce concubinage demi-légal. Il y est connu sous le nom de mariage de la main gauche, *ad morganitiam*. La femme et les enfants ne sont pas élevés à la condition sociale du mari; ils n'ont droit qu'à une quotité de ses biens, limitée par la loi et stipulée dans le contrat.

Sous les empereurs romains, la célébration du mariage et ses cérémonies devinrent des actes religieux. Ils furent confiés aux prêtres chrétiens par les empereurs Justinien et Léon. Depuis, reconnu par les Saints Pères et par les Conciles comme un véritable sacrement dont Jésus-Christ lui-même était l'auteur, le mariage dut avoir pour ministres nécessaires les ecclésiastiques chez tous les peuples catholiques;

(1) V. le détail des cérémonies de ces deux sortes de mariage, Pothier, Pandectes, liv. 23, titre 2, *de Ritu nuptiarum*, Appendix, t. 2, p. 17, édit. in-f°, Lyon, 1782.

aussi sa célébration leur avait-elle été généralement confiée.

Mais le mariage est, de toutes les actions humaines, celle qui intéresse le plus la société par ses conséquences relatives aux biens, aux avantages réciproques, à la famille nouvelle, à celles dont il est sorti, à celle qui doit naître; tous ces rapports, qui étaient du domaine de la loi civile, exigeaient son intervention spéciale.

Les nouveaux législateurs, frappés de cette observation, ont voulu confier à des fonctionnaires civils la formation légale du contrat de mariage.

Ils le pouvaient sans négliger le sacrement; car il était facile de concilier l'acte civil et l'acte religieux en soumettant les époux à les observer l'un et l'autre.

Mais les innovations vont toujours trop loin; et en 1792, à une époque, il est vrai, où l'esprit de l'homme, dans sa vaine confiance, se plaisait à détruire tout ce qu'avait consacré la sagesse des siècles, sans aucun respect pour le sacrement, on a substitué à ses saintes cérémonies les formalités froides et positives d'un contrat ordinaire qui, dans l'intérêt des époux et des familles, ont été déclarées suffisantes.

Il semblait au moins que, rendus à un état plus calme, plus réfléchi, plus religieux même, les législateurs de 1803 auraient senti le besoin de rattacher à la religion le plus solennel des engagements. Le discours de l'orateur du gouvernement signalait même cette nécessité.

« Tous les peuples, avait-il dit, ont fait intervenir le ciel » dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur » le sort des époux, qui, liant l'avenir au présent, fait dé- » pendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, » et qui, agitant leurs craintes comme leurs espérances, » semble appeler le secours de la religion établie entre le » ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les » sépare (1). »

(1) Portalis, *Exposé des motifs du titre du mariage*.

Et cependant ces paroles éloquentes furent stériles. La loi resta muette. Elle n'appela pas la religion à s'unir à elle, pour imprimer dans le cœur des époux ces sentiments profonds de devoirs mutuels, de dévouement, de résignation même, qui peuvent les soutenir au milieu des fréquents orages d'une vie commune.

Et qu'est-ce que la cérémonie civile? La lecture rapide de quelques articles du Code; la simple déclaration de l'officier public qui, au nom de la loi, enchaîne les deux époux l'un à l'autre.

Combien est plus importante, combien aussi est plus attendrissante la cérémonie religieuse, lorsque, pendant le grand sacrifice de la messe, les deux époux, agenouillés aux pieds de l'autel, chacun un cierge blanc à la main, signe des vertus qu'ils doivent inspirer à leur famille, tous les deux, la tête couverte du même voile, symbole de la pudeur qui doit être la règle de leur conduite future, écoutent avec recueillement les saintes exhortations du ministre de Dieu; lorsque la jeune épouse, la main dans la main de son époux, reçoit de lui l'anneau béni par le prêtre, cet ancien gage d'obéissance et de fidélité d'un côté, de tendresse et de protection de l'autre; lorsque le prêtre prononce avec gravité les paroles sacrées dont la puissance unit à jamais la vierge à son époux; lorsqu'enfin il termine ses pieuses fonctions en leur souhaitant la paix comme le plus grand bien des mariages des chrétiens (1).

Cette cérémonie aussi grave que touchante imprime dans les cœurs des jeunes époux des émotions vives et profondes; et les germes salutaires qu'elle y dépose peuvent ranimer un jour des affections éteintes et le sentiment des devoirs contracté sous la haute sanction de la divinité.

Pourquoi ne pas faire jouir tous les Français de ces avantages? pourquoi permettre à la coupable raillerie de les dé-

(1) V. les Conférences de Paris sur le mariage.

daigner, ou à l'imprudente indifférence de les négliger? pourquoi, enfin, serions-nous presque les seuls en Europe qui n'associerions pas la religion à l'acte le plus important de notre vie?

Car sans parler de l'Espagne et du Portugal, toute l'Italie, l'Autriche, la Bavière, les Etats de Bade, de Wurtemberg, de Saxe, de Hanovre, de Hesse; l'Angleterre, le Danemarch, la Norvége, la Suède, la Russie, tous les peuples enfin imposent aux époux l'obligation salutaire de faire bénir leur mariage par les ministres de leur culte.

Espérons que ces exemples ne seront pas perdus pour nous dont les anciens monarques s'honoraient du titre de rois très-chrétiens. Le mariage, cette bienfaisante société de famille, destinée à faire le bonheur de l'homme dans sa jeunesse, à l'entourer de douces affections dans un âge mûr, à le consoler et à le soulager dans sa vieillesse et dans ses infirmités; le mariage, heureuse création de la nature et de la civilisation, ne saurait être entouré de trop de solennités pour en signaler les devoirs mutuels et en proclamer l'indissolubilité.

Ces deux principaux caractères n'ont cependant pas été reconnus chez tous les peuples, et c'est surtout par la religion chrétienne qu'ils ont été fixés.

Parmi les anciens, l'homme, abusant de sa force, avait réduit la femme à une condition presque servile.

La polygamie admise autrefois chez les Parthes, les Perses, les Egyptiens, les Thraces, les Athéniens, et en général chez tous les peuples de l'Orient, devait diminuer leur considération pour les femmes et les leur faire regarder comme des esclaves plutôt que comme des compagnes.

En Egypte, cependant, leur sort s'adoucit. Les Egyptiens, livrés à l'agriculture, et forcés d'habiter dans des maisons élevées, pendant les débordements du Nil, étaient, dans leurs rapports habituels, plus rapprochés des femmes qui ne tardèrent pas à obtenir sur eux, par leurs qualités et leurs charmes, un empire qui affaiblit leur servitude.

Mais leur condition ne fut pas améliorée parmi les autres nations de l'Afrique et de l'Asie.

Chez les Chinois, peuple stationnaire, elle est restée la même depuis la plus haute antiquité.

Les Egyptiens apportaient un soin particulier à former l'esprit de leurs filles. Les Chinois, au contraire, les ont toujours laissées dans une ignorance complète. C'est un calcul de leur excessive jalousie qui veut les ensevelir dans l'oubli, et dont la méfiance est portée si loin, qu'elle ne leur permet pas même, lorsque leurs femmes sont malades, de les mettre en communication directe avec le médecin.

Les Athéniens renfermaient aussi leurs femmes et leurs filles dans l'intérieur de leurs maisons avec un soin qui tenait de la méfiance et qui ressemblait à la tyrannie. Ils ne leur permettaient pas de se livrer à des connaissances sérieuses, ni de s'instruire, si ce n'est dans les arts destinés exclusivement à des occupations domestiques. Elles apprenaient seulement à écrire, coudre, filer, à préparer la laine dont on fait les vêtements, et à veiller aux soins du ménage.

Cependant celles qui appartenaient aux premières familles de la République étaient élevées avec plus de recherche; mais elles ne pouvaient sortir pendant le jour que dans certaines circonstances, et pendant la nuit qu'en voiture et avec un flambeau pour les éclairer.

Les femmes du dernier rang jouissaient, comme chez tous les peuples, d'une entière liberté, effet nécessaire de l'obligation où elles se trouvaient de se livrer à des travaux extérieurs pour fournir à leurs besoins et à ceux de leurs familles.

L'éducation des filles à Sparte était toute différente. Il ne leur était pas prescrit de se tenir renfermées et de filer la laine ; elles apprenaient à danser, à chanter, à lutter entr'elles, à courir légèrement sur le sable, à lancer avec force le palet ou le javelot, et elles faisaient tous ces exercises

sans voile et à demi nues en présence des rois, des magistrats, de tous les citoyens (1).

Les femmes mariées jouissaient à Sparte d'une liberté entière et d'un pouvoir égal à celui des maris. Lorsque leur mariage était prêt à se consommer, elles prenaient l'habit d'homme, comme symbole de l'égalité du pouvoir. On sait ce que répondit la femme du roi Léonidas à une femme étrangère qui exprimait sa surprise de cette égalité : *Ignorez-vous*, dit-elle, *que nous mettons les hommes au monde.*

Parmi les Romains, la condition des femmes était moins libre. Une loi de Romulus avait même donné aux maris sur elles le droit de vie et de mort. Mais cette loi barbare, due à la rudesse primitive de ce peuple guerrier, ne fut pas observée. Seulement un tribunal domestique avait été institué pour maintenir la pureté des mœurs, et des lois spéciales réglaient l'intérieur des familles (2).

Les femmes sans cesse livrées aux soins du ménage, paraissaient rarement en public et n'avaient aucun pouvoir dans l'Etat. Mais les matrones obtenaient l'ascendant dû à leur vertu. On connaît celui qu'exerça Valérie sur l'esprit irrité de Coriolan. La vengeance du héros céda à la voix de sa mère et à la vénération qu'elle lui inspirait.

Dans les républiques en général, même celles où les femmes étaient libres par les lois, leurs mœurs étaient pures parce que le luxe en était banni et avec lui la corruption.

Dans les états despotiques, les mœurs étaient conservées par l'esclavage.

Dans les monarchies, il y a eu toujours plus de relâchement.

Les femmes appelées à la cour des souverains y prennent cet esprit de liberté qui est le seul qu'on y tolère ; le goût du luxe qui y règne s'empare de leur faiblesse et de leur vanité, et quelquefois les conduit au désordre.

(1) V. les Voyages du jeune Anacharsis, ch. 22, 26, 47.
(2) Montesquieu, liv. 7, ch. 1er.

Les femmes furent chastes sous la république romaine ; la corruption les atteignit sous les empereurs.

Chez les peuples du Nord, où la polygamie n'était pas connue, les femmes étaient libres, aimées, respectées ; les Scandinaves, les Celtes les regardaient comme leurs égales, comme leurs compagnes. Les Teutons, les Bretons les traitaient avec confiance et dévouement. Ceux-ci avaient même des Druidesses qui jouaient un rôle dans les cérémonies religieuses et qui partageaient les honneurs et les émoluments du sacerdoce.

Les Gauloises égalaient leurs époux en grandeur d'âme et en courage ; aussi jouissaient-elles d'une grande considération chez ce peuple guerrier. Souvent on s'en rapportait à leurs décisions. Dans les assemblées publiques, les jeunes filles donnaient leur avis avant les vieillards.

Mais la civilisation avait déjà pénétré dans le sein de ces nations.

Parmi les sauvages qui n'ont aucune idée sociale, et dont la force fait l'unique loi, la condition des femmes est déplorable, parce que leur faiblesse est sans appui.

On prétend qu'elles règnent chez les Natchés.

Chez les Hottentots, il y a un usage atroce. Les enfants mâles, élevés par leur mère jusqu'à l'âge de puberté, sortent alors de tutelle et sont admis en grande cérémonie dans la société des hommes. Devenu son maître, le jeune Hottentot saisit la première occasion de retourner à la hutte de sa mère et de la battre de la manière la plus barbare pour lui faire connaître qu'il n'est plus en son pouvoir ; et la tribu, dédaignant les plaintes de la mère, applaudit à l'énergie féroce du jeune sauvage, et à la preuve qu'il a donnée de son mépris pour les femmes.

La loi du Christ, partout où elle a pénétré, a réformé les mœurs, a détruit de cruels usages, a amélioré la condition des femmes, les a rendues à leur dignité et a établi entre les deux sexes, à quelques nuances près, une égalité de droits

que les lois civiles se sont empressées de reconnaître et qui ne permet pas au plus fort d'opprimer le plus faible.

Seulement la loi humaine, comme la loi divine, a prescrit la soumission de la femme à l'homme.

Mais c'est une soumission de déférence et non de servitude, une soumission qui tient seulement à la différence des deux organisations, une soumission qui est accordée par la femme en échange de la protection que l'homme doit lui offrir et des travaux auxquels il doit se livrer pour fournir aux besoins communs et à ceux de la famille.

C'est par application de cette règle de soumission que, chez tous les peuples anciens et modernes, la femme passait dans la famille du mari et prenait son nom. L'usage contraire n'est établi que dans l'île Formose (1).

L'usage général est très-sage. Les noms distinguent les familles et peuvent inspirer l'idée de les étendre et de les perpétuer. L'illustration du nom du père est aussi une excitation pour la vertu des enfants auxquels il l'a transmis.

Cette transmission du nom est de plus un encouragement pour le mariage. Car les bâtards ne reçoivent ordinairement que le nom de leur mère; ils suivent aussi la condition de celle-ci. C'est pour cela que plusieurs législateurs ont prohibé le mariage entre un homme libre et une esclave.

Chez les Romains, les enfants qui n'étaient pas nés d'une union légitime, c'est-à-dire, d'un mariage légal ou du concubinage régulier qui en tenait lieu, n'avaient pas le droit de famille. Ils n'étaient pas soumis à la puissance paternelle; mais ils n'étaient cependant pas flétris du nom de bâtard : on les appelait enfants naturels.

Dans la succession de leur mère, ils avaient des droits égaux à ceux des enfants légitimes; mais dans celle de leur père, ils ne pouvaient réclamer que des aliments, lorsque celui-ci laissait des enfants légitimes ou une épouse. S'il n'en

(1) *Esprit des Lois*, liv. 23, ch. 4.

laissait pas, la moitié de la succession leur était attribuée à eux et à leur mère.

D'ailleurs, ils pouvaient être légitimés par mariage subséquent ou par divers autres moyens que nous indiquerons dans le cours du traité.

Quant aux enfants légitimes, ils partageaient le nom et la condition de leur père. Ils étaient sous sa puissance pendant sa vie; à sa mort, ils lui succédaient.

Nous ne parlerons pas ici de leur éducation qui concerne les lois politiques plutôt que les lois civiles. Il nous suffira de dire qu'en général, chez tous les peuples, le soin en était abandonné à la sagesse et à la sollicitude des parents, excepté pour les jeunes Spartiates dont la loi s'emparait depuis l'âge de sept ans pour les confier à une éducation publique et commune (1).

Un des bienfaits de la religion chrétienne est l'indissolubilité du mariage.

La faculté de répudier sa femme ou de divorcer, admise par les autres religions, est une source d'abus et de désordres. Les passions de l'homme sont si versatiles, si capricieuses, qu'une chaîne, quelque douce qu'elle soit, si on peut la rompre, paraîtra bientôt trop pesante. On s'accoutume, au contraire, au joug dont il n'est pas possible de se débarrasser.

On devrait distinguer la répudiation du divorce, parce qu'elle se fait par la volonté et pour l'avantage d'un seul des époux, tandis que le divorce est l'effet d'un consentement mutuel. Il a lieu, par exemple, pour incompatibilité d'humeur. Cependant, il est assez commun de confondre, dans l'expression, ces deux moyens de dissolution du mariage.

Il est douteux que, chez les Juifs, la répudiation fût permise.

Elle ne l'était pas au moins aux femmes. Quant aux

(1) Voyage du jeune Anacharsis, chap. 47.

maris, comme ils avaient le droit d'épouser plusieurs femmes, une simple séparation suivie d'un autre mariage, pouvait être confondue avec la répudiation. Cependant, la loi de Moyse, en autorisant un époux mécontent de sa femme, à la répudier dans certains cas et avec diverses formalités, permettait à la femme comme au mari de se remarier. Il y avait donc divorce (1).

Les lois de Solon, chez les Athéniens, autorisaient chaque époux à demander le divorce; mais si c'était le mari qui le demandait, il devait rendre la dot à la femme ou lui payer une pension que fixait la loi. Si c'était la femme, elle était tenue de comparaître devant les juges et de leur présenter sa requête. On sait que la femme d'Alcibiade, mécontente de ses désordres, ne put soutenir l'épreuve exigée; car au moment où elle comparut devant le tribunal, Alcibiade survint, la prit sous le bras et la ramena chez lui. Elle l'aimait.

Romulus permit au mari de répudier sa femme si elle avait commis un adultère, préparé du poison ou falsifié les clés. Il ne donna pas aux femmes le droit de répudier leurs maris; mais la loi des Douze-Tables, empruntée des lois d'Athènes, établit la réciprocité du droit.

D'après cette loi, il fallait des causes pour la répudiation, il n'en fallait pas pour le divorce (2).

La loi des Maldives permettait de reprendre une femme qu'on avait répudiée : c'était se jouer du mariage et de la répudiation.

La loi du Mexique, plus conséquente, défendait de se réunir sous peine de la vie (3).

Depuis l'établissement du christianisme et pendant plusieurs siècles, la répudiation et le divorce ont été autorisés par les empereurs chrétiens et par les rois qui se sont emparés de leurs états. Constantin les avait permis dans tous

(1) *Conférences sur le Mariage*, liv. 6, t. 1er.
(2) *Esprit des Lois*, liv. 16, ch. 16.
(3) *Esprit des Lois*, liv. 16, ch. 16.

les cas, au gré des époux, par une loi qu'on retrouve dans le Code Théodosien (Liv. 3, tit. 16).

Justinien en avait restreint la faculté à certaines causes exprimées dans sa novelle 22.

Ils ont été permis par le roi Théodoric, en Italie, jusqu'à la fin du 5e siècle; par les rois Visigots, en Espagne, depuis le ve siècle jusqu'au XIIIe, qu'Alphonse X les défendit dans ses Partidès; par les rois de France pendant la première race et les premiers temps de la seconde; Charlemagne les défendit dans trois endroits de ses Capitulaires; par les lois d'Allemagne dans le VIIe siècle; par les lois britanniques, jusqu'au Xe siècle.

Aujourd'hui même, l'église grecque permet le divorce surtout en cas d'adultère; cependant il est défendu en Moscovie.

Les Protestants, dans le XVIe siècle, ont aussi soutenu que le mariage pouvait se dissoudre pour cause d'adultère.

Ces deux églises se sont fondées sur une fausse interprétation des paroles de Jésus-Christ, qui permet, il est vrai, de renvoyer sa femme si elle est adultère, mais non de se remarier (1).

Le Concile de Trente a condamné l'erreur des Grecs et des Protestants et a déclaré formellement que, d'après la doctrine de l'évangile et des apôtres, le lien du mariage n'était pas détruit par l'adultère, et que celui qui, pour cette cause, s'était séparé de sa femme, ne pouvait en épouser une autre de son vivant (2).

Cette doctrine, la seule vraie, a toujours été observée depuis le Xe siècle dans tous les pays catholiques, notamment en France, jusqu'en 1792, époque à laquelle une trompeuse exagération des idées de liberté fit autoriser le divorce et l'encouragea même par la déplorable facilité que lui donna la législation pendant qu'elle refusait aux époux

(1) Math. 5.
(2) *Conférences sur le Mariage*, liv. 6, § 5.

malheureux le remède de la séparation de corps, à laquelle seule la religion des catholiques leur permettait d'avoir recours.

Cette violence, exercée contre la conscience du plus grand nombre des Français, ne fut pas au moins maintenue par le Code civil ; et la séparation de corps fut autorisée.

Mais, par une concession faite à des erreurs non encore suffisamment reconnues, le divorce fut maintenu, quoique hérissé de difficultés.

Depuis, l'immoralité, l'impiété même du divorce, ses effets affligeants pour deux époux qu'après une longue intimité il rendait étrangers l'un à l'autre, ses funestes conséquences pour les enfants qui, placés entre un père et une mère devenus ennemis, pouvaient craindre d'exciter la haine de l'un par leur dévouement pour l'autre, qui étaient réduits au malheur d'isoler ou de comprimer leurs affections, chez qui la pensée des torts particuliers ou communs des deux auteurs de leurs jours, affaiblissait nécessairement les sentiments respectueux qu'ils leur devaient, ces considérations et beaucoup d'autres, divines et humaines, ont frappé l'esprit de nos législateurs, et la loi du 18 mai 1816 a aboli le divorce.

Mais, comme si l'imperfection était attachée à toute œuvre de l'homme, la séparation de corps qui est restée seule dans nos lois comme dans nos mœurs, n'a pas été organisée ainsi qu'elle aurait dû l'être ; et pour en rechercher les causes ou en appliquer les effets, les tribunaux sont obligés de consulter les règles de la loi morte du divorce ; règles qui, dans beaucoup de cas, sont peu en harmonie avec la séparation de corps, ce qui est une occasion sans cesse renaissante de difficultés et de controverses.

Plus sages ou plus soigneux que nous, les peuples, nos voisins, en réformant aussi sur ce point le Code qu'ils nous avaient emprunté, ont réglé, par une loi spéciale, la matière des séparations de corps.

Puissions-nous nous-mêmes remplir bientôt cette lacune

de notre législation, comme aussi celle qui réduit la célébration du mariage à une froide cérémonie civile!

Puissions-nous exiger bientôt, par une loi formelle, que la force indissoluble de l'engagement civil soit consacrée par la sainteté de l'engagement religieux, et rehaussée par la dignité du sacrement, afin que les époux, plus pénétrés de leurs devoirs, plus saisis du respect pour le lien qui les unit, ne soient jamais dans la triste nécessité de recourir au malheureux remède de la séparation de corps!

La célébration du mariage est ordinairement précédée d'un contrat qui détermine les intérêts matériels des époux pendant la durée de la société conjugale.

L'histoire s'est peu occupée de ces conventions. La législation des anciens peuples, parmi lesquels les femmes étaient livrées à une sorte de servitude domestique, devait contenir peu de règles sur leurs droits. Elles n'apportaient, en général, aucune fortune à leurs maris; elles en recevaient, au contraire, une dot au moment du mariage; et des moyens d'existence leur étaient assurés pour l'époque de la dissolution.

Parmi les Hébreux, le futur époux dotait la fille qu'il épousait et faisait des présents à la famille de celle-ci. C'était acheter son épouse.

Cet usage est encore observé chez les Juifs modernes.

Il a toujours été admis dans presque toute l'Asie; les Turcs spécialement doivent assurer une dot ou un douaire à leurs épouses, qui, elles-mêmes, n'apportent qu'un trousseau. De là cette sujétion si absolue des femmes dans l'Orient où elles sont considérées comme la propriété des maris.

Cependant nous avons vu qu'à Lacédémone les femmes jouissaient d'une grande liberté, quoique suivant les lois de Licurgue, elles dussent être dotées par leurs époux.

Les premiers Romains ne connaissaient le mariage que par achat. De là le droit de vie et de mort qu'avaient les maris sur les femmes qui leur avaient été ainsi vendues par

leur famille, droit odieux que les lois et les mœurs ne tardèrent pas à réformer.

Numa, qui établit la dot, fut regardé comme le premier auteur de l'égalité entre les sexes, comme le libérateur et le protecteur du sexe faible et opprimé. Et c'est sans doute là ce qui fit dire à l'ingénieux Paganisme qu'il avait été inspiré par une déesse (1).

L'usage de doter les filles fut depuis considéré comme un devoir de la part des pères. Quelquefois même ils pouvaient y être contraints. *(L. qui liberos, ff. de Ritu nuptiarum).*

L'empereur Majorien fit plus. Il déclara nuls, par une de ses novelles, les mariages qui seraient contractés sans dots. C'était pousser la rigueur bien loin. Cette constitution fut abrogée par l'empereur Justinien.

La dot jouissait d'un grand privilége chez les Romains. Elle était préférée, pour la restitution, aux créanciers du mari, même antérieurs au mariage ; et cette règle avait été reçue en France dans les ressorts des Parlements qui avaient adopté les lois romaines dans toute leur pureté. Elle était observée notamment dans celui du Parlement de Toulouse.

On y attribuait aussi à la femme, sur les biens du mari, un augment de dot proportionné à la valeur de celle que celui-ci avait touchée.

La conquête de la Gaule par les Romains y introduisit leur législation sur les dots. Elle se trouva en harmonie, sous ce rapport, avec les usages des Gaulois qui constituaient eux-mêmes des dots à leurs filles ; et, dans la suite, elle fut consacrée par le droit canonique suivant lequel des dots étaient aussi prescrites dans le mariage.

Il fut même une époque où le prêtre ne donnait la bénédiction nuptiale qu'après s'être assuré que la femme était dotée.

Cette exigence avait un motif louable : l'espoir que les

(1) Discours du Tribun Carion-Nisas.

femmes éprouveraient dans le mariage un sort plus doux. Mais elle était extrême. Aussi était-elle tombée dans un complet oubli long–temps même avant les lois nouvelles.

Les provinces méridionales de la France avaient adopté sur les dots les principes du droit romain et ceux du droit canonique, et ces principes s'y étaient maintenus jusqu'à nos jours.

On avait aussi admis, en France comme chez les Romains, la distinction entre les biens dotaux des femmes et les biens paraphernaux. La première classe ne s'appliquait qu'à ceux que la femme s'était expressément constitués en dot dans le contrat de son mariage. La seconde classe embrassait tous les biens qui n'étaient pas indiqués dans cette constitution, soit que la femme les possédât au moment du mariage, soit qu'ils ne lui fussent advenus que depuis, par succession ou par des libéralités.

Les biens dotaux étaient inaliénables pendant le mariage. Prohibition heureuse, dictée par l'intérêt de l'épouse, par celui des enfants, par celui de l'époux lui–même, qui trouvaient tous, dans la salutaire conservation de la dot, des ressources contre les malheurs ou les dissipations du chef de la famille.

Les biens paraphernaux, au contraire, étaient à la libre disposition de la femme. Elle en était maîtresse absolue. Elle pouvait les vendre, les dissiper, les donner même à titre gratuit, sans le concours, sans le consentement du mari. Nous verrons, dans le cours du Traité, que les dangers de cette facilité sans limite et sans surveillance, ont été reconnus par nos nouveaux législateurs, et que, frappés des abus qu'elle entraînait, des piéges qui étaient tendus à la faiblesse et à l'inexpérience des femmes, ils ont cru devoir établir, pour l'aliénation des immeubles paraphernaux, la nécessité de l'autorisation du mari ou de la justice; mesure bienfaisante et toute protectrice, qui ne met aucun obstacle aux aliénations utiles, mais qui prévient celles qui

auraient pu être surprises à l'erreur ou à l'imprudence d'un sexe trop impressionnable sur lequel les influences étrangères exercent quelquefois un funeste empire.

Le régime dotal, qui, dans les provinces du Midi, formait le droit commun, n'avait pas lieu dans le surplus de la France, que l'on distinguait sous la dénomination générale de pays de Coutume.

Il s'était conservé dans le Midi, où les Romains avaient plus long-temps exercé leur puissance, où leurs mœurs, leurs lois municipales même s'étaient impatronisées, parce que, plus éloigné de la Germanie, il avait été moins exposé aux invasions des peuples du Nord.

Dans le nord de la France où les Goths, les Francs, les Ripuaires, et en général tous les peuples germains n'avaient pas tardé à pénétrer, et où, séduits par la douceur du climat et la fertilité du sol, ils fixèrent leurs tribus errantes, en y apportant leurs habitudes, leurs coutumes, notamment sur les mariages et sur les droits respectifs des époux, la législation romaine fut remplacée par leurs usages. Les lois anciennes de ces peuples accordaient à la femme la moitié des biens acquis pendant le mariage par la collaboration commune, et ce droit de communauté que les nouveaux dominateurs favorisaient, que l'équité protégeait, fut bientôt consacré par l'usage dans tous les lieux où s'étendit la puissance des Germains. Répandu par eux, adopté par les indigènes, il était admis dans toutes les provinces du Nord et du Centre, plusieurs siècles avant l'époque où les Coutumes furent rédigées par écrit. Quelques contrées seulement, telles que la Normandie, l'Auvergne, la Marche et Rheims conservèrent le régime dotal qu'elles avaient emprunté des lois Romaines.

Telle est, à ce qu'il paraît, l'origine, parmi nous, du régime de la communauté conjugale.

Cette institution avait cependant éprouvé en France d'importantes modifications.

Chez les Germains, c'était une vraie société qui était semblable aux associations ordinaires, à celles que formaient des étrangers, et que même, suivant plusieurs lois romaines, des époux pouvaient établir entr'eux (1). Chaque époux était copropriétaire et copossesseur des biens indivis. Le mari en avait l'administration, mais il ne pouvait en disposer sans le consentement de la femme.

En France, au contraire, pendant le mariage, le mari avait non-seulement l'administration des biens de la communauté, mais encore il pouvait seul les obliger, les aliéner, en disposer, à son gré, à titre onéreux. Mais il ne lui était pas permis de les donner, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (2).

En Hollande, la communauté légale est le droit commun. (Code hollandais, art. 174.) Dans la Louisianne, c'est seulement la communauté d'acquêts qui est établie par la loi, s'il n'y a pas de convention contraire. (Code de la Louisianne, art. 2312.) En Autriche, en Prusse, en Bavière et dans la plupart des états d'Allemagne, il n'existe de communauté entre les époux qu'autant qu'elle a été stipulée par le contrat de mariage. Le régime dotal y est donc le droit commun. Ce régime est aussi le droit commun du royaume des Deux-Siciles. (Code sicilien, art. 1347.) Le Code sarde n'autorise entre époux que la communauté d'acquêts, et il faut qu'elle soit stipulée. (Code sarde, art. 1573, 1574, 1575.)

Nous verrons, dans la seconde partie de cet ouvrage, combien fut vive, lors de la rédaction de notre Code civil, la lutte entre les partisans du régime dotal et ceux du régime

(1) Loi 16, § 3, *ff. de alien. leg.* 34, 1; Loi 16, § 24, *ff. des Donat. inter vir. et uxor.* 24, 1; L. 17, § 1, *ff. de solut. mat.* 24, 2.

L. 8, *Cod. de pactis convent.*, § 14.

(2) Voir sur l'origine des communautés conjugales, l'exposé des motifs de la loi sur le contrat de mariage par Berthier, et le Droit civil français de Toullier, t. 12, no 72.

de la communauté. Ceux-ci réussirent, après une longue discussion, à faire admettre le système de la communauté pour le droit commun en France. Mais les modifications qu'a reçues ce système, et surtout la faculté d'y déroger et de faire, dans un contrat de mariage, toutes les conventions qui ne seraient contraires ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, parent aux inconvénients que certains esprits pourraient y trouver.

Nous n'étendrons pas davantage ces observations historiques. Elles pourront recevoir quelques développements, et d'autres notions pourront aussi être présentées dans le cours de cet ouvrage, qu'à cause de l'abondance des matières, nous avons dû diviser en deux parties distinctes. Mais nous remarquerons que chacune de ces parties forme un traité particulier qui peut suffire à l'objet auquel il s'applique.

TRAITÉ

DU MARIAGE,

DES

CONVENTIONS MATRIMONIALES

ET DE LEURS EFFETS.

DIVISION DE L'OUVRAGE.

SOMMAIRE.

1. *Deux sortes de droits et de devoirs des époux.*
2. *Droits personnels.*
3. *Droits réels.*
4. *Division du Traité en deux parties.*

PREMIÈRE PARTIE. — *Des droits personnels.*

SECONDE PARTIE. — *Des droits réels.*

1. Les droits, les devoirs et les obligations des époux sont de deux sortes :

Ceux qui dérivent principalement du mariage et qui en sont les effets médiats ou immédiats.

Ceux qui ont pour base les conventions matrimoniales et les actes faits pendant le mariage.

2. Les uns sont personnels, comme étant attachés à des qualités qui ont leur principe dans le mariage.

3. Les autres sont réels, comme s'appliquant plus spécialement aux biens, quoique modifiés par la condition des personnes.

4. Cette distinction entre les droits personnels et les droits réels des époux forme la division naturelle de ce Traité en deux parties principales.

Dans la première partie, destinée à l'examen des droits personnels, nous aurons à rechercher d'abord comment le titre d'époux s'acquiert et comment il se perd ; car il ne serait pas logique de disserter sur des droits produits par une qualité sans connaître l'existence légale de la qualité dont ils dépendent.

La seconde partie sera consacrée à vérifier la validité et les effets des actes faits par les époux entre eux ou avec des tiers, à l'occasion du mariage et pendant sa durée.

Le droit nouveau guidera notre marche ; le droit ancien l'éclairera.

PREMIÈRE PARTIE.

TRAITÉ DU MARIAGE ET DE SES EFFETS.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

5. *Institution du mariage et son but.*
6. *Sa définition.*
7. *Quelles lois doivent le régir.*
8. *Nécessité de séparer l'acte civil de l'acte religieux.*
9. *Avantage de les exiger l'un et l'autre.*

5. L'homme ne peut vivre isolé, la nature lui impose

l'obligation de se perpétuer. Le sentiment l'agite et lui fait éprouver un pressant besoin de société.

La civilisation est étrangère à cette impulsion physique et à ces mouvements de l'âme. Plus actifs peut-être chez l'homme non civilisé, ils lui commandent de chercher une compagne qui, de son côté, inspirée par la nature, ne s'en éloigne pas.

De là l'union des deux sexes, union qui ne se borne pas à un rapprochement momentané, mais qui devient pour les deux associés un échange affectueux de soins et de secours; et le mariage est constitué.

Tel est le mariage chez l'homme soumis aux simples lois de la nature.

Chez l'homme civilisé, la législation s'en empare; elle le régularise, elle lui imprime une fixité bienfaisante qui rassure chaque époux contre l'inconstance des goûts, contre les capricieux écarts d'une volonté irréfléchie.

Bientôt la religion et ses augustes cérémonies viennent imprimer le sceau de la divinité sur une union qu'elles approuvent et qu'elles consacrent.

Ainsi, le mariage, institué d'abord par la nature seule, ne tarde pas à devenir une institution civile et une institution religieuse; et chacun de ces trois caractères lui donne un titre particulier à nos respects.

6. Considéré sous le rapport naturel et civil, le mariage était défini par les lois romaines : l'union légitime de l'homme et de la femme contractée pour la vie entière.

Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens. INSTIT. Just., titre 9, § 1^er^.

Considéré sous le rapport religieux, les canonistes le définissaient : un sacrement par lequel l'homme et la femme s'associaient pour toute leur leur vie, dans le but d'avoir des enfants.

Sacramentum novæ legis, quo vir et mulier liberorum pro-

creandorum causâ, perpetuam vitæ societatem ineunt. (Instit. juris canonici, tit. 9.)

Dans le Code civil, on ne trouve pas de définition du mariage. Ses rédacteurs s'en sont abstenus, la regardant comme dangereuse ou trop difficile, ont dit quelques-uns d'eux. *Omnis definitio periculosa.* (V. les proc. verb., séance du 26 fructidor an 9).

L'orateur qui a présenté la loi, M. Portalis, a triomphé de la difficulté par une définition fort remarquable.

« Le mariage est la société de l'homme et de la femme, » qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider » par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et » pour partager leur commune destinée » (1).

7. C'est uniquement comme institution civile que le Code français a considéré le mariage.

La commission du Conseil d'état avait proposé un article qui déterminait son caractère légal. L'article était ainsi conçu :

« La loi ne considère le mariage que sous ses rapports » civils et politiques. »

Le Conseil d'état pensa que la vérité était trop évidente pour qu'il fût nécessaire de s'en expliquer, et l'article ne fut pas adopté.

Mais le principe est resté pour nous apprendre que c'est sous les rapports civils seulement que la loi a fixé les conditions et les effets du mariage (2).

(1) Voici la définition à peu près semblable que donne du mariage le Code Bavarois publié en 1756 :

« Le mariage est une association entre l'homme et la femme pour » procréer des enfants et pour se prêter une assistance mutuelle. » (Code Bavarois, livre 1er, chap. 6.)

(2) Le principe est littéralement écrit dans le Code de la Louisianne, titre 5, chap. 1er; en voici les termes :

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

Les lois espagnoles définissent le mariage : « Une association de » mari et femme, faite avec l'intention de vivre toujours ensemble et de ne pas se séparer. » (Ley. 1, tit. 2, partida 4.)

8. Cela devait être ainsi chez une nation où la pleine liberté des cultes est établie (1).

Faire du mariage une institution religieuse, c'eût été se jeter dans des difficultés inextricables. En effet, aux ministres de quel culte eût-on confié le droit de célébrer la solennité ?

Les religionnaires eussent-ils pu s'adresser à un prêtre catholique? N'eussent-ils pas eu à redouter des refus, même illégaux, ou des lenteurs ou des tracasseries? La conscience même de ce prêtre n'eût-elle pas été troublée par la pensée de prêter son ministère à un acte contraire à ses idées religieuses?

Ou si les ministres de chaque culte eussent reçu de la loi le même pouvoir, combien leur exactitude dans la rédaction des actes de l'état civil n'eût-elle pas été difficile à observer et à surveiller? Et néanmoins comment exposer au danger des négligences la constatation si importante, si nécessaire de l'état des citoyens?

Même avant 1789, on avait reconnu l'inconvénient de placer le mariage dans le domaine de la puissance du clergé.

Un édit de septembre 1787, ouvrage bienfaisant de magistrats instruits, d'hommes d'état éclairés, autorisa ceux qui ne professaient pas la religion catholique, à se marier devant un officier de la justice civile qui prononçait, au nom de la loi, que les parties étaient unies *en légitime et indissoluble mariage*, et qui dressait acte de leur union.

Ce fut le premier pas fait en France pour séparer le contrat civil du sacrement de mariage.

Cette séparation devint complète et fut étendue à tous les citoyens indistinctement par la constitution de 1791, titre 2, art. 7, qui déclare « que la loi ne considère le ma-» riage que comme un contrat civil. »

La même déclaration fut répétée dans le préambule de la

(1) Voir l'article 5 de la Charte du 14 août 1830, et l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme par l'Assemblée constituante.

loi du 29 septembre 1792 sur le divorce ; et c'est dans le même esprit que le Code civil a été rédigé.

9. Mais en généralisant la règle, en faisant rentrer le mariage, comme tous les autres actes de l'état civil, dans le domaine de la puissance temporelle dont peut-être il n'aurait jamais dû sortir, le législateur eût pu maintenir ; exiger même l'intervention des rites religieux. Il eût concilié les règles avec les usages et avec les mœurs qui se sont conservées fidèles aux anciennes prescriptions malgré l'oubli imprudent ou dédaigneux de la loi nouvelle.

La sainteté du sacrement parmi les Catholiques, la majesté des cérémonies religieuses chez les adeptes de tout autre culte, l'intervention en quelque sorte de la divinité dans un acte qui fixe irrévocablement les destinées de la vie de l'homme, ajouteraient plus d'éclat à sa solennité, plus de gravité aux pensées qui doivent y présider, plus de force à la conviction des devoirs qu'il impose.

Cette exigence de la loi serait respectable sans être dangereuse, en punissant d'une amende seulement les époux qui négligeraient de l'observer dans un délai fixé.

Mais, dans l'intérêt de l'ordre et de la morale publique, il faudrait maintenir la défense faite par le Code pénal aux ministres de tout culte, de célébrer les rites religieux sans qu'il leur eût été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil. Car l'union légale, qui seule fonde le vrai contrat, doit toujours précéder l'union religieuse qui ne produit pas de lien civil. (V. les art. 179 et 200 du Code pénal.)

Il serait même utile de rappeler cette défense dans les lois civiles, qui sont plus souvent consultées et par conséquent plus familières que les lois pénales.

TITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET DES CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

SOMMAIRE.

10. *Conditions nécessaires pour le mariage.*
11. *Des empêchements sous la législation ancienne.*
12. *Des empêchements canoniques, seulement prohibitifs.*
13. *Des empêchements canoniques dirimants.*
14. *Des empêchements admis autrefois dans le droit civil.*
15. *Des empêchements dirimants absolus.*
16. *Des empêchements dirimants relatifs.*
17. *Deux classes d'empêchements sous le Code civil.*

10. Le mariage a pour but de perpétuer les générations.

De là la condition de puberté exigée de ceux qui le contractent.

Le mariage est un contrat civil.

De là toutes les conditions exigées par la loi pour sa validité.

Toute personne pubère peut contracter mariage, à moins que quelque empêchement légal ne s'y oppose.

11. Sous la législation ancienne, les empêchements de mariage étaient nombreux. A ceux qui résultaient chez les divers peuples du droit naturel et du droit civil vinrent s'ajouter parmi les Chrétiens, lorsque l'Eglise fut devenue une puissance même terrestre, les empêchements qui furent établis par le droit canonique.

On en distinguait de plusieurs sortes :

Les uns étaient seulement prohibitifs, c'est-à-dire qu'ils gênaient la liberté des parties qui voulaient se marier, mais sans nuire à la validité de l'union, lorsque les obstacles avaient été surmontés ou même éludés.

Les autres étaient dirimants, c'est-à-dire qu'ils s'oppo-

saient à ce que le mariage fût valablement contracté, et que, s'ils étaient méprisés, le mariage était nul ou pouvait être annulé.

12. Les empêchements canoniques de la première espèce étaient rappelés dans trois vers latins :

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriatum,
Atque catechismus, sponsalia, jungite votum,
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

La défense de l'Eglise (*Ecclesiæ vetitum*), lorsque l'évêque ou le juge ecclésiastique défendait de procéder à la célébration du mariage, jusqu'à ce que les parties eussent rempli certaines obligations qui leur étaient imposées ;

Les temps fériés (*tempus feriatum*). C'étaient des époques de l'année consacrées spécialement à la prière, suivant le canon *non oportet*, 33, q^on^ 4; la défense de célébrer les mariages s'étendait autrefois depuis la Septuagésime jusqu'à l'Octave de Pâques, depuis l'Avent jusqu'après la fête de l'Epiphanie, et même pendant trois semaines avant la fête de saint Jean-Baptiste ;

La catéchisme (*catechismus*), c'est-à-dire, qu'il fallait être instruit des préceptes de la religion et surtout de ceux relatifs au mariage.

Les fiançailles (*sponsalia*). Cet empêchement s'appliquait aux promesses de mariage faites à la face de l'Eglise ;

Votum. Le vœu simple de chasteté ou d'entrée en religion. Il fallait en être relevé par l'évêque.

Les vœux solennels rendaient le mariage nul.

Ces cinq espèces d'empêchements n'existent plus, aujourd'hui que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

Nous examinerons cependant dans la suite l'effet civil d'une promesse de mariage.

13. Les empêchements dirimants, déterminés par le

droit canonique, étaient au nombre de quatorze, renfermés dans les six vers suivants :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen ;
Cultus disparitas, vir, ordo, ligamen, honestas ;
Si sis affinis, si forte coire nequibis;
Si parochi et duplicis desit præsentia testis ;
Rapta loco mulier, si non sit reddita, tuto ;
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

Ces empêchements portaient sur l'erreur relative à la personne à laquelle on voulait s'unir, sur sa condition, sur des vœux solennels dans un ordre monastique, sur la parenté, sur le crime commis pour parvenir au mariage, sur la différence de religion, sur la violence exercée contre la personne que l'on voulait épouser, sur l'engagement dans les ordres sacrés, sur l'existence d'un premier mariage, sur l'affinité, sur l'impuissance, sur le défaut de présence du curé et de deux témoins, sur le rapt.

14. Le plus grand nombre de ces empêchements avait été adopté par le droit civil, qui en avait ajouté quelques autres, notamment le défaut de raison, le défaut de puberté, des jugements ou des arrêts portant défense de mariage entre deux personnes désignées.

Cette dernière espèce d'empêchement, qui n'est plus usitée parmi nous depuis la loi nouvelle, avait ordinairement pour cause la séduction exercée par l'une des parties sur l'autre ou le commerce illicite entre elles. Mais si, dans ce cas, l'arrêt ne déclarait pas la cause des défenses, l'empêchement qui en résultait n'était pas dirimant. Le mariage contracté malgré les défenses était valable et produisait tous les effets civils. (Ainsi jugé par arrêt de la Cour de cassation, du 29 juin 1836. Sirey, t. 36, 1, 126.)

15. On distinguait, au reste, les empêchements en dirimants absolus et dirimants relatifs :

Les premiers, qui privaient du droit de contracter aucun

mariage, tels que l'enfance, l'impuissance, la mort civile.

Les seconds, qui s'opposaient seulement à ce que deux personnes, qui avaient entre elles certains rapports, pussent se marier ensemble. La parenté, l'alliance, étaient de ce nombre.

Enfin, il y avait une autre sorte d'empêchement, produite par les formalités prescrites pour le mariage (1).

16. La loi nouvelle, en ne considérant le mariage que comme contrat civil, a dû rejeter les prohibitions uniquement fondées sur les idées et sur les observances religieuses.

Elle n'a même emprunté du droit ancien, sur la matière, que les règles dictées par la nature, par les mœurs ou par les nécessités de l'ordre social.

71. On peut diviser en deux classes les empêchements établis par le Code civil :

L'une, des empêchements absolus ou d'incapacité, qui ont leur cause dans la qualité des personnes ;

L'autre, des empêchements relatifs ou accidentels, qui sont subordonnés à l'accomplissement de certaines conditions prescrites pour la validité du mariage.

Chacune de ces classes formera le sujet d'un chapitre.

DU MARIAGE.

Suite du titre premier.

CHAPITRE PREMIER.

SOMMAIRE.

18. *Bases des empêchements.*
19. *Leurs différentes causes.*

18. Les empêchements, objets de ce chapitre, ont pour base :

(1) Voir sur cette partie de l'ancien droit, notamment le Traité du

Les lois de la nature,
Les règles de l'ordre social,
Le respect dû aux mœurs et les principes de l'honnêteté publique.

19. Il sera subdivisé en six sections, cinq desquelles seront relatives :
A l'âge,
A l'existence d'un autre mariage,
A la parenté et à l'affinité,
A l'adoption,
A la mort civile.

Dans la sixième section, on examinera si l'impuissance naturelle ou accidentelle, le divorce, le commerce adultérin, l'engagement dans les ordres sacrés et quelques autres conditions physiques ou morales forment aussi des empêchements légaux.

Section première.

De l'âge.

SOMMAIRE.

20. *Pour le mariage, la loi naturelle ne considère que la puberté.*
L'âge de la puberté varie suivant les lieux et les individus.
21. *De la puberté suivant la loi civile.*
22. *De l'âge nécessaire sous le Code civil.*
23. *De l'âge exigé par les lois romaines.*
24. *De celui que prescrivait le droit canonique.*
25. *Sagesse de la fixation actuelle de l'âge pour le mariage.*
26. *Dispenses autorisées dans certains cas.*
27. *Comment on les obtenait autrefois.*
28. *Moyen de les obtenir aujourd'hui.*
29. *Nullité des mariages contractés avant l'âge fixé.*

20. D'après les lois de la nature, toute personne pubère est capable de contracter mariage.

Mariage de Pothier, le Dictionnaire du droit canonique par Durand de Maillanne, au mot *Empêchement*; le Répertoire de Merlin au même mot.

Mais la puberté est plus ou moins précoce suivant les contrées, les climats, l'éducation, et même suivant la constitution physique de chaque individu.

21. Cependant la règle doit être une pour tous ceux qui sont soumis à son empire; elle ne peut varier avec les cas ni se modifier selon les personnes.

La loi civile a donc dû fixer un âge auquel la puberté serait présumée.

D'un autre côté, le législateur, dans sa sagesse, ne devait pas s'arrêter seulement à la considération de la capacité physique; il devait aussi fixer son attention sur la capacité morale ou sur l'intelligence qui serait nécessaire à l'administration d'une famille naissante.

Art. 144. 22. Ce double examen a produit la règle contenue dans l'article 144 du Code civil :

« L'homme, avant dix-huit ans révolus, la femme avant » quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. »

23. La puberté était présumée beaucoup plus tôt par les lois romaines faites pour un climat plus chaud et plus actif, qui rendait plus prompt le développement physique et moral dont les progrès sont ordinairement simultanés.

Les hommes pouvaient, d'après ces lois, contracter mariage à 14 ans révolus, et les femmes à 12 (*Instit.*, *tit. de nupt.*, et loi 4, *ff. de Ritu nuptiarum*).

24. Le droit canonique avait suivi cette règle.

Elle avait aussi été adoptée par notre ancien droit, quoiqu'elle contrariât la nature, beaucoup plus lente dans notre climat tempéré.

Mais depuis long-temps l'on avait reconnu, en France, l'erreur de cette application, et la règle avait été modifiée par la loi du 20 septembre 1792, qui avait fixé l'âge requis pour le mariage à quinze ans révolus pour les hommes, à treize ans aussi révolus pour les femmes.

25. Les législateurs du Code civil l'ont encore reculé pour l'un et pour l'autre sexe. La fixation qu'ils ont faite

est beaucoup mieux assortie à l'état de nos sociétés; et, comme le fait observer Duranton dans son Cours du droit français, l'on doit applaudir à la sagesse de leurs vues politiques (1).

26. Cependant des circonstances impérieuses peuvent exiger des exceptions. Il était digne de la prudence du législateur de les prévoir, quelque rares qu'elles fussent, et de réserver au gouvernement le moyen de venir à leur aide.

C'est ce qu'a fait l'article 145 du Code civil ainsi conçu : Art. 145.

« Néanmoins, il est loisible au roi d'accorder des dispenses » d'âge pour des motifs graves. »

27. Autrefois les dispenses pour le mariage étaient, en général, accordées par les autorités ecclésiastiques. Ce droit, abandonné à l'église par la piété ou peut-être par la faiblesse de nos rois, était, au reste, une conséquence naturelle de celui de célébrer les mariages qui appartenait aux

(1) Le Code Napolitain, ou plutôt le Code du royaume des Deux-Siciles, qui est le Code Napoléon réformé en 1819, a rétabli l'ancienne règle du Droit romain et du Droit canonique. Le mariage est permis aux hommes à 14 ans accomplis, aux femmes à 12 ans aussi accomplis (Art. 152).

Le Code Prussien permet le mariage aux hommes à 18 ans accomplis, aux femmes à 14 ans aussi révolus (Partie 2, titre 1er, § 37).

En Hollande, la femme doit avoir 16 ans pour se marier, l'homme 18 ans (Art. 86).

Le Code Bavarois n'exige que 14 ans accomplis pour les hommes et 12 ans pour les femmes (Art. 10).

Le Code Autrichien autorise le mariage des deux sexes à 14 ans (Art. 48).

Dans le canton de Vaud on suit la même règle qu'en France (Article 60 du Code de ce canton).

En Espagne, il suffit pour les fiançailles d'avoir 7 ans accomplis. *Siete años cumplidos*, Leg. 6, tit. 1, *de Los desposorios y matrimonio*; mais pour le mariage, le garçon devait avoir 14 ans et la fille 12. *Ibid.*, tit. 1, p. 4.

En Suède, l'homme ne peut se marier avant 21 ans révolus, et la femme avant 15 ans accomplis, à moins que le roi n'accorde des dispenses (Code Suédois, chap. 1er, art. 6).

(Voir pour de plus grands détails le Discours préliminaire).

prêtres, soit comme officiers de l'état civil, soit comme ministres du sacrement.

Cependant les supérieurs ecclésiastiques devaient se conformer aux lois du royaume ; ils ne pouvaient accorder de dispenses qui y fussent contraires ; ils ne pouvaient permettre, par exemple, aux enfants mineurs, de se marier sans le consentement de ceux sous la puissance desquels ils étaient placés, ni au ravisseur d'épouser la fille ravie, même après l'avoir mise en liberté et du consentement de ses parents. Les ordonnances royales ayant établi ces empêchements contrairement au Concile de Trente, les rois seuls pouvaient en affranchir et faire remise de la peine attachée à leur infraction.

Mais il n'était jamais accordé de dispenses par aucune autorité pour les empêchements dirimants, tel que celui qui résultait de l'âge (1).

La loi du 20 septembre 1792 n'autorisait pas de dispenses pour les empêchements qu'elle établissait. Ils étaient, il est vrai, beaucoup moins étendus, notamment celui de l'âge.

28. En reculant l'âge de la puberté présumée, le législateur a dû sentir la nécessité de réserver au gouvernement la faculté d'accorder des dispenses dans certains cas. Nous avons vu que cette faculté lui avait été accordée par l'article 145 du Code, dont l'exécution a été réglée par des actes d'administration publique.

Un arrêté du gouvernement, pris le 20 prairial an 11, peu de temps après la promulgation de la loi sur le mariage, indique les formes à suivre pour obtenir les dispenses d'âge. Aux termes de l'article 1^er^ de cet arrêté, ces dispenses

(1) Voir le Dictionnaire canonique au mot *Empêchement*, et Pothier, du Mariage, nº 252 et suivants.

Les Codes des autres peuples de l'Europe n'autorisent pas aujourd'hui des dispenses d'âge, si ce n'est le Code Prussien qui ne les autorise qu'à condition pour la future épouse et son père de consentir à ce que l'époux pût faire annuler le mariage dans les six mois après avoir atteint l'âge de 18 ans.

sont délivrées par le gouvernement, sur le rapport du grand juge, c'est-à-dire, aujourd'hui, du ministre de la justice.

L'article 2 veut que le procureur du roi près le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel l'impétrant a son domicile, mette son avis au bas de la pétition tendante à obtenir les dispenses.

L'article 5 veut que les dispenses soient enregistrées au greffe du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré, et qu'une expédition de ces dispenses contenant mention de l'enregistrement demeure annexée à l'acte de célébration de mariage.

(Voir cet arrêté du 20 prairial dans le journal de Sirey, 3. 2. 211.)

Une instruction ministérielle du 20 février 1806, en rappelant l'arrêté du 20 prairial an 11, ajoute que la pétition doit être accompagnée des actes de naissance des futurs époux et du consentement de leurs parents respectifs.

La loi du 28 avril 1816 sur les finances, art. 55, soumettait au droit de sceau et au droit proportionnel d'enregistrement les expéditions des ordonnances royales accordant des dispenses d'âge pour raison du mariage.

Mais une instruction du 16 août 1817 déclare qu'à l'avenir ces dispenses seront accordées gratuitement, lorsqu'il aura été reconnu que les parties sont hors d'état d'acquitter le droit; et les procureurs du roi sont chargés de donner leur avis sur ce point.

D'autres instructions des 21 février 1818, 20 janvier 1820, 4 et 7 septembre 1821, annoncent qu'on ne peut accorder de dispenses d'âge aux femmes âgées de moins de quatorze ans révolus.

Enfin, une instruction du 30 mai 1820 prescrit de nouveau l'enregistrement au greffe du tribunal de première instance des lettres-patentes qui accordent les dispenses (1).

(1) V. le Code annoté de MM. Lahaye et Rousseau, art. 145.

Sirey rapporte aussi une autre instruction ministérielle sur cette matière, dans son tome 29. 2. 285.

C'est une lettre du ministre de la justice adressée aux procureurs-généraux, le 10 mai 1824.

Le ministre y déclare qu'il est de jurisprudence et d'usage : 1° de ne jamais accorder de dispenses aux hommes avant 17 ans accomplis et aux femmes avant 14 ans aussi accomplis, sauf pour celles-ci le cas où elles seraient devenues grosses avant cet âge ; 2° de rejeter toutes demandes de dispenses lorsque l'homme est de quelques années plus jeune que la femme, parce que l'âge supérieur de celle-ci autorise à croire qu'il y a séduction de sa part : l'on ne peut d'ailleurs favoriser des unions disproportionnées.

La lettre ajoute que le plus grave motif pour dispenses est la grossesse de la fille ; mais que la loi n'ayant pas déterminé les causes des dispenses, elles peuvent dépendre de diverses circonstances dont l'examen est confié à la prudence et à l'impartialité des magistrats.

On y indique aussi le mode de la demande en dispense d'âge ; elle doit être présentée et signée par les futurs, et, s'il est possible, par les père et mère ou les ascendants dont le consentement est requis, ou, dans le cas de l'art. 159, par le tuteur *ad hoc* ; elle doit être accompagnée, dans le cas de l'art. 160, de l'avis du conseil de famille ; les actes de naissance doivent y être joints, ou, pour y suppléer, des actes de notoriété.

Les motifs de la demande doivent y être énoncés ; s'il y a grossesse, elle devra être constatée par le rapport d'un homme de l'art ; ce rapport devra être annexé aux autres pièces.

29. Les mariages qui seraient contractés avant l'âge fixé par la loi et sans dispense, peuvent donner lieu à beaucoup de questions. Nous en examinerons plusieurs en traitant des nullités des mariages.

DU MARIAGE.

TITRE PREMIER, CHAPITRE PREMIER.

Section II.

De l'existence d'un autre Mariage.

SOMMAIRE.

30. *Empêchement résultant de l'existence d'un autre mariage. Quelle est la source de la règle actuelle.*
31. *De la polygamie chez divers peuples et de la polyandrie.*
32. *De la prohibition de la polygamie parmi nous.*
33. *Des peines qu'elle entraîne.*
34. Quid, *si le précédent mariage est nul?*
35. Quid *de l'époux mort civilement?*
36. *L'absence, sans nouvelles, de l'un des époux, autorise-t-elle l'autre époux à contracter un second mariage?*
37. *Le mariage contracté par l'époux d'un absent est-il nul?*
38. *Doit-on faire une distinction à cet égard entre les absents déclarés et les absents présumés?*
39. *Questions résultant de l'article 147 combiné avec les lois sur le divorce.*
40. *L'époux divorcé autrefois, peut-il se remarier aujourd'hui?*
41. *Le peut-il avec son précédent conjoint?*
42. *L'étranger divorcé suivant les lois de son pays, peut-il se remarier en France?*
43. *La femme ne peut se remarier qu'après dix mois de mariage.*
44. *Y a-t-il des peines attachées à la contravention à la règle?*

30. L'article 147 du Code civil pose la règle prohibitive d'un second mariage pendant l'existence du premier. « On » ne peut contracter un second mariage avant la dissolution » du premier (1). » Art. 147.

(1) Tous les Codes des peuples chrétiens contiennent la même règle. On peut voir l'art. 155 du Code des Deux-Siciles; l'art. 94 du Code de la Louisianne; l'art. 62 du Code du canton de Vaud; le Code Hollandais, art. 84; le Code Bavarois, art. 8; le Code Autrichien, art. 62; le Code Prussien, art. 936.

Cette règle est empruntée du droit romain : *Qui matrimonio conjunctus est, eo non dissoluto, aliud matrimonium contrahere prohibetur* (1).

Elle est aussi conforme à l'institution divine, *erunt duo in carne unâ*, dit la Genèse.

31. Mais la polygamie est-elle contraire au droit naturel?

Ce qui pourrait en faire douter, c'est qu'en ne considérant le mariage que comme naturel, la pluralité des femmes ne répugne pas à la nature, comme la polyandrie ou le mariage d'une femme avec plusieurs maris.

Aussi chez toutes les nations, si l'on en excepte quelques peuples obscurs de la côte du Malabar, la polyandrie a toujours été interdite, parce qu'elle ne permettrait pas de reconnaître le père des enfants que la femme mettrait au monde, parce qu'on ne pourrait aussi déterminer auquel de plusieurs maris elle devrait obéir.

La polygamie, qui ne présente pas ces inconvénients, a toujours été en usage chez les Asiatiques et dans les pays chauds.

Les Juifs eux-mêmes pouvaient avoir plusieurs femmes. Abraham, pendant la vie de son épouse Sara, avait, pour femme du second ordre, Agar sa servante.

Jacob a eu en même temps deux épouses légitimes, Lia et Rachel, et deux femmes du second ordre ou concubines, nommées Balor et Zelpha. Le prophète Nathan, dans l'énumération des bienfaits que David a reçus de Dieu, place le don des femmes de Saül. Salomon fit un étrange abus de la loi et de sa puissance royale. Sept cents femmes et trois cents concubines partagèrent son lit.

On sait que la religion de Mahomet autorise la pluralité des femmes.

32. Mais nos mœurs la repoussent et la religion du Christ

(1) Pothier, *in Pandect. Justin.*, liv. 23, titre 2, part. 2, sect. 2, nº 22, et l. 2, *C. de incest. et inut. nupt.*

la défend. *Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit, mœchatur.*

Dans nos contrées tempérés où les personnes de chaque sexe sont à peu-près en égal nombre, et avec notre civilisation avancée, la pluralité des femmes serait une source de perturbation sociale et de désordres domestiques.

Ainsi, toutes les considérations d'ordre moral comme d'ordre religieux, d'intérêt public et d'intérêt privé, commandaient parmi nous la prohibition prononcée par l'article 147 du Code civil.

33 Ces puissants motifs, en dictant la règle du droit civil, ont dû provoquer une peine afflictive contre ceux qui, par le scandale de la polygamie, blesseraient la dignité du mariage et porteraient atteinte à l'un des principes fondamentaux de la société.

Aussi l'art. 340 du Code pénal condamne-t-il aux travaux forcés à temps, *quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent.*

La même peine est appliquée à l'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage en connaissant l'existence du précédent. (Même article.)

Cependant, si le second mariage avait été contracté avec une bonne foi évidente; si, par exemple, de très-fortes probabilités avaient pu faire croire que le premier mariage était dissous, il n'y aurait pas de crime, ni, par conséquent, de peine; car c'est l'intention seule qui fait le crime. (Arrêt de cassation du 24 frimaire an 12, Sirey, t. 7. 2. 806.)

34. On fera observer que l'exception de la nullité d'un premier mariage constaté par un acte de l'officier public, serait une vaine excuse pour la bigamie. Quel que soit, en effet, le vice de cette première union, elle n'est pas nulle de plein droit; elle est seulement susceptible d'être annulée; et tant que la nullité n'en a pas été prononcée par les tribunaux compétents, elle subsiste devant la loi et rend criminel

le second mariage. (V. des arrêts de la Cour de cassation des 19 nov. 1807, et 16 janv. 1826; S. 13. 1. 389; et 26. 1. 370.)

Mais si, devant la Cour d'assises, le prévenu soutenait qu'il n'y a pas d'acte de mariage, il faudrait le renvoyer devant les tribunaux civils pour faire juger son exception qui présenterait une question préjudicielle. (C. c., 1er mars, et 25 juillet 1811; Sirey, 13. 1. 390.) L'arrêt décide, d'ailleurs, que la Cour criminelle n'est pas obligée de rendre à l'accusé sa liberté provisoire.

35. Remarquons aussi qu'on ne doit pas réputer bigame le condamné frappé de mort civile, s'il se permet de contracter un mariage, quoique déjà marié. L'incapacité du mort civilement, privant le second mariage de tout effet civil, on ne doit pas le considérer comme existant devant la loi; d'où l'on conclut qu'il n'y a pas de bigamie. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans la célèbre affaire Sarrazin. L'arrêt est du 18 février 1819, (le voir dans le journ. de Sirey, 19. 1. 348, et dans celui de Dalloz, 17. 1. 150.)

Mais cette décision n'est-elle pas due aux circonstances? est-elle bien dans les principes? Dans un tel cas, n'y a-t-il pas au moins intention criminelle et intention accompagnée d'un fait coupable? N'y a-t-il pas eu plus même qu'une simple tentative de crime que cependant la loi punit comme le crime même (V. C. pénal, art. 2)? Et le flétrissant manteau d'un premier crime sera-t-il un asile inviolable dans lequel le mort civilement pourra se réfugier impunément après avoir porté la honte et le désespoir dans une famille honorable et dans le cœur d'une jeune femme qu'il aurait indignement trompée en cachant et son humiliante condition et son premier mariage?

36. L'éloignement de l'un des époux du domicile marital et son absence prolongée, quelle qu'en soit la durée, n'autorisent pas l'autre époux à passer à un nouveau mariage.

C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat, même pour les femmes des militaires absents, par un avis des 12 et 17 germinal an 13, que l'empereur a approuvé et qui a, par con-

séquent, force de loi. (Voir les articles 21 et 28 de la constitution du 22 frimaire an 8.)

Aux termes de cette décision, la preuve légale du décès, c'est-à-dire un acte régulier de décès, doit être rapporté. On ne peut y suppléer, pour passer à de secondes noces, par un acte de notoriété. (V. cet arrêté dans le journal de Sirey, 9. 2. 176, et dans celui de Dalloz, 3. 2. 138.)

Cette décision doit s'appliquer, avec plus de raison encore, aux absents ordinaires qui, n'ayant couru aucun danger, peuvent facilement être présumés vivants (1).

37. Si néanmoins, par l'ignorance de l'officier public et par sa propre imprudence, la femme d'un absent, se croyant veuve, se remarie, son mariage ne sera pas nul de plein droit. Il ne pourrait même être annulé que sur la demande de l'absent, par lui-même ou par son fondé de pouvoirs, son existence étant formellement constatée.

C'est ce que déclare expressément l'article 139 du Code civil : Art. 139.

« L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nou-
» velle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage
» par lui-même ou par son fondé de pouvoirs, muni de la
» preuve de son existence. »

Cette disposition est claire, elle est générale; elle présente une exception formelle à la règle qui veut que la preuve authentique du décès de l'absent soit rapportée pour autoriser un second mariage.

38. La disposition de l'art. 139 s'applique au cas d'ab-

(1) Suivant le Code de la Louisianne, après dix ans d'absence sans nouvelle, l'époux de l'absent peut passer à de secondes noces, avec la permission de la justice qui s'obtient sur la justification de l'absence sans nouvelles.

Si l'absent reparaît ensuite, il peut contracter lui-même un autre mariage (Art. 81).

Le Code Hollandais a les mêmes dispositions dans ses art. 550 et 551; seulement il veut qu'il soit fait à l'absent trois sommations de paraître.

sence seulement présumée, comme à celui d'absence légalement déclarée. Car les expressions *absence*, *absent*, s'entendent des deux cas dans le langage ordinaire de la loi. Elles ne sont pas restreintes à la personne sur laquelle il y a eu une déclaration judiciaire d'absence.

On peut se convaincre de cette dernière vérité, en se fixant sur les dispositions contenues dans la section 2 du titre de l'Absence au Code civil ; dispositions postérieures en ordre à celles relatives à la déclaration d'absence, et qui néanmoins s'appliquent aux absents présumés comme aux absents déclarés ; car elles les désignent également par le mot *absents ;* elles les comprennent ainsi sous une seule dénomination, et elles les soumettent aux mêmes règles.

Cependant des auteurs graves pensent que l'exception n'est relative qu'à l'individu dont l'absence est déjà déclarée au moment de la célébration du mariage de son conjoint (1).

Ces auteurs se fondent soit sur les termes de l'art. 139, soit sur la place qu'il occupe dans loi.

Ces arguments sont, il semble, peu décisifs.

Nous y avons déjà répondu par les réflexions que nous venons de faire.

Nous dirons aussi, en réponse à une autre objection, que, quoique la déclaration d'absence ait pu donner quelque garantie de plus à l'opinion du décès de l'absent, cependant lorsque la disparition est ancienne, et lorsque, après des recherches long-temps réitérées, on n'a pu apprendre aucune nouvelle de l'absent, le conjoint qui se remarie, est évidemment dans une bonne foi qu'une déclaration judiciaire d'absence n'augmenterait pas.

Au reste, il n'est pas plus permis au conjoint après qu'avant la déclaration d'absence, de contracter un second mariage. Pourquoi donc, la prohibition étant la même dans

(1) Vazeille, *Traité du Mariage*, n° 225, et Duranton, *Droit français*, tome 1er, n° 526, et tome 2, p. 103, note 2.

les deux circonstances, vouloir restreindre à une seule le sens de l'art. 139 du Code?

Nous ajouterons que rien, dans les discours des orateurs qui ont présenté ou appuyé le projet de loi, n'autorise la distinction. Ces discours déclarent que l'art. 139 a eu pour but de diminuer *les occasions de procédures toujours scandaleuses*, de ne pas autoriser, dans l'intérêt de collatéraux, des demandes *qui porteraient un trouble aussi notoire dans les familles*, et de ne pas *compromettre*, pour *cet intérêt pécuniaire*, *la dignité du mariage*.

Ces motifs conviennent évidemment au cas de l'absence présumée comme à celui de l'absence déclarée.

D'ailleurs il est de principe élémentaire que c'est à celui qui argumente d'un fait, en formant une demande, à établir le fait dont il a besoin. *Actori incumbit probatio*. Ce principe a été même particulièrement appliqué aux individus dont l'existence n'était pas reconnue. A leur égard, soit que l'absence ait été déclarée ou non, c'est à celui qui a intérêt à invoquer l'existence à une époque déterminée, à la démontrer; l'art. 135 nous offre un exemple de cette règle. Nous disons *un exemple;* car en parcourant les discussions du Conseil d'Etat, on reconnaît que la règle qui sert de base à la disposition de l'art. 135, doit toujours servir de guide à la décision de toutes les questions que peut soulever l'incertitude de l'existence ou de la mort de l'absent, et qu'il a été dans l'intention du législateur de mettre la preuve de la mort ou de la vie à la charge de celui qui exercerait l'action.

Toutes ces raisons nous déterminent à penser que l'article 139 s'applique au cas où l'absence de l'époux n'est que présumée comme à celui où elle a été déclarée.

C'est aussi ce qu'a jugé en thèse la Cour de Lyon, par arrêt du 3 février 1830 (1).

39. Les dispositions de l'article 147 de notre Code civil,

(1) Voir Sirey, 30. 2. 227.

combinées avec les lois sur le divorce rendues en France ou dans d'autres contrées, font naître quelques questions qu'il est utile d'examiner :

1° L'époux divorcé avant la promulgation de la loi qui a aboli ce mode de dissolution du mariage, peut-il se remarier aujourd'hui?

2° Le pourrait-il avec son précédent conjoint?

3° L'étranger qui ferait prononcer son divorce suivant les lois de son pays, pourrait-il se remarier en France?

40. 1re question.

L'effet du divorce sous l'empire de la loi au Code du 20 mars 1803, était de donner à chacun des époux la faculté de contracter un nouveau mariage.

Le divorce a depuis été rayé de notre législation; la loi du 8 mai 1816 s'exprime ainsi :

« Le divorce est aboli; les jugements qui l'ordonnent, » s'ils n'ont pas été exécutés, restent sans effet. Les ex- » ploits qui le demandent pour cause déterminée, sont con- » vertis en demande en séparation de corps. »

L'abolition du divorce aurait-elle privé les époux divorcés du droit de se remarier?

L'affirmative ne saurait être sérieusement soutenue. On sait que les lois nouvelles n'ont pas d'effet rétroactif (1); que leur puissance ne saisit que le présent ou ne s'étend que sur l'avenir; qu'elles ne peuvent donc enlever les droits acquis et dépouiller d'une capacité dont on jouissait au moment où elles ont été émises.

Le divorce, autorisé par la loi antérieure, pouvait être suivi d'un second mariage; c'est sous la foi de cette législation que des conjoints se sont déterminés à user d'un moyen qui leur était offert pour dissoudre leurs premiers liens et des liens qu'ils se seraient peut-être résignés à souffrir, quelque onéreux qu'ils leur parussent, s'ils avaient craint

(1) Code civil, art. 2.

de vivre à jamais isolés, s'ils n'avaient pas eu l'espoir d'en former un jour de plus doux, de plus convenables.

La loi nouvelle serait donc injuste si elle effaçait l'espoir, si elle détruisait le droit.

Mais pour que l'espoir fût définitif, pour que le droit fût acquis au moment où la loi a paru, il fallait que les jugements qui ordonnaient le divorce eussent été exécutés, *sinon ils restaient sans effet*. (Termes de la loi.)

A défaut d'exécution consommée à l'époque de la promulgation de la loi, il n'y a pas eu de divorce, ni par conséquent de droit acquis; et le premier mariage demeurant toujours en vigueur, un second mariage n'a pu être contracté sans qu'on se rendît coupable de bigamie.

Telle est la distinction à faire.

La loi du divorce, en admettant deux sortes de causes, prescrivait à l'époux qui l'avait obtenu, pour cause déterminée, de faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, dans le délai de deux mois après l'expiration de celui d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation contre les jugements ou arrêts qui auraient autorisé le divorce; ou s'il y avait eu consentement mutuel, les parties devaient se présenter concurremment devant l'officier de l'état civil, et faire prononcer le divorce dans les vingt jours de la date du jugement ou de l'arrêt qui l'avaient admis.

Ces délais passés, les décisions judiciaires étaient comme non avenues.

Ces dispositions de la loi du divorce, combinées avec celles de la loi abolitive, doivent faire dire :

1° Que tout divorce légalement prononcé et constaté par l'officier de l'état civil, au moment de la promulgation de la loi du 8 mai 1816, a rendu les deux conjoints absolument libres, et leur a donné le droit de contracter un nouveau mariage;

2° Qu'au contraire, s'il n'y a pas eu d'acte de divorce antérieur à cette promulgation, le premier mariage n'a pas

été dissous et l'empêchement dirimant a conservé toute sa force.

41. Mais dans le premier cas, les époux divorcés peuvent-ils se réunir par un second mariage?

2e question.

Si le divorce avait eu lieu sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, il n'y aurait pas de question. Cette loi disait, § 3, art. 2 : *Les époux divorcés peuvent se remarier ensemble.*

Les législateurs du Code civil, plus sévères, et dans l'espoir sans doute de diminuer, par leur rigueur, le nombre des divorces, déclarent, dans l'art. 295, que *les époux qui divorceront, pour quelque cause que ce soit, ne pourront plus se réunir.*

Cette prohibition subsiste-t-elle toujours?

M. Vazeilles pense que la loi suppressive du divorce a rendu aux époux divorcés la liberté de rétablir leur premier engagement.

Cela serait moral sans doute ; mais la dernière loi ne dit rien de semblable.

Elle abroge, pour l'avenir, tout divorce non consommé ; mais elle maintient le divorce exécuté ; elle le maintient avec tous ses effets, avec toutes ses conséquences, avec les prohibitions comme avec les facultés qui y étaient attachées, avec le droit de contracter un nouveau mariage, mais avec la défense de se réunir à la personne dont on s'était irrévocablement séparé.

Tel est, il semble, le sens réel que l'on doit donner à la loi du 8 mai 1816 ; il est le seul rationnel ; il est le seul conforme au principe général de la non rétroactivité ; il est le seul qu'indique l'intention présumée du dernier législateur. Car si celui-ci eût voulu abroger la défense écrite dans l'art. 295 du Code civil, cela lui eut été facile ; il l'aurait dit par un article additionnel, par un mot. Son silence absolu ne permet pas de croire à l'abrogation.

Cependant, comme la loi ancienne ne prononce aucune peine contre les époux divorcés qui se remarieraient ensemble, et comme, au chapitre des nullités du mariage, ce cas n'est pas prévu, si un officier de l'Etat civil les unissait de nouveau, il serait douteux que cette seconde union pût être annulée, et qu'on pût, sur un acte aussi important, argumenter de la force légale des expressions *ne pourront*, en disant avec Dumoulin : *Syllaba non, præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti et reddit actum nullum et impossibile.*

Nous savons, en effet, que cette maxime n'était pas absolue, et que, selon son auteur lui-même, elle ne s'appliquait pas aux matières dont les règles fondamentales n'étaient pas contrariées, *secundùm subjectam materiam*. Or, si l'on remarque que toutes les prohibitions contenues dans la loi sur le mariage, sont formulées par les expressions *ne peut*, *ne peuvent*, et que pour les principales seules le législateur a prononcé textuellement la peine de nullité, ne sera-t-on pas autorisé à penser que cette peine ne doit pas être appliquée aux cas pour lesquels elle n'a pas été formellement exprimée?

42. La 3e question et plus sérieuse.

Le divorce aboli en France est encore autorisé chez divers peuples (1).

Un étranger qui, sous l'empire des lois de son pays, se serait marié avec une étrangère, et aurait ensuite fait divorce, pourrait-il se remarier en France avec une Française?

(1) Le divorce est permis notamment dans le canton de Vaud, article 128, en cas d'adultère; par le Code Hollandais, pour plusieurs causes, art. 255, 264; par le Code Autrichien, aussi pour plusieurs causes, art. 115; par le Code Prussien, également pour plusieurs causes, art. 668, 670, 671; il n'est pas admis par le Code Bavarois; en Autriche, le divorce n'est permis qu'entre les non catholiques; les autres peuples de l'Europe n'admettent, en général, que la séparation de corps; en Suède, le divorce est permis pour cause d'adultère et dans quelques autres cas, Code Suédois, chap. 13, art. 1, 2 et 3.

La question est controversée. Elle a même été résolue contre la faculté de contracter le second mariage par un arrêt de la Cour de Paris, du 30 août 1824, rapporté dans le journal de jurisprudence de Dalloz, t. 25. 2. 67; et par un autre arrêt de la même Cour, du 28 mars 1843, rapporté par Sirey, t. 43. 2. 566.

Les motifs principaux de ces décisions sont que les étrangers ne doivent invoquer en France leur statut personnel qu'autant qu'il ne porte aucune atteinte à notre ordre social et aux cas de prohibition prévus par nos lois.

Ce motif est dérivé de la loi du 8 mai 1816, qui interdit parmi nous le divorce et qui est considérée comme un principe d'ordre public.

Mais est-il bien sérieux? et ne doit-on pas, avec M. Dalloz aîné dans sa Jurisprudence générale, regarder le principe consacré par la Cour de Paris comme susceptible d'être contesté (1)?

La loi du 8 mai 1816 ne régit que les Français ou les mariages faits en France.

Nous disons que cette loi régit les Français; car c'est le propre des lois concernant l'état et la capacité des personnes de régir les sujets d'un empire, même quoiqu'ils résident en pays étranger. (Code civil, art. 3.)

Notre loi régit aussi les mariages faits en France. Car si ces mariages sont célébrés avec les formalités prescrites par notre législation, si l'union des deux époux a été prononcée par un de nos officiers de l'Etat civil, et s'il en a été dressé un acte consigné dans les registres de notre Etat civil; si, en un mot, le mariage a été contracté sous la loi française et avec les conditions qu'elle prescrit, cette loi qui l'a formé doit aussi le régir; et, par conséquent, la dissolution ne peut avoir lieu par le divorce; et, par conséquent aussi, un divorce, qui serait prononcé en pays étranger sur un ma-

(1) Dalloz aîné, Jurisprudence générale, tome 10, p. 44, nº 10.

riage fait en France, ne pourrait produire aucun effet parmi nous, et ne pourrait autoriser l'un des époux divorcés à contracter un nouveau mariage pendant la vie de l'autre époux.

La thèse ainsi posée, dans l'un des deux cas que l'on vient d'indiquer la décision négative du second mariage serait juste.

Mais elle cessera de l'être si l'étranger s'est marié avec une étrangère dans le lieu du domicile de l'un ou de l'autre, et dans un lieu où la loi autorise le divorce et permet aux divorcés de se remarier.

Si cet étranger, après son divorce, vient en France, pourquoi ne pourrait-il pas se marier et épouser une Française?

En quoi une telle union blesserait-elle nos lois, troublerait-elle notre ordre social?

Cet étranger a été marié, dit-on?

Oui; mais il ne l'est plus. Ce n'est pas ce qu'il a été que l'on doit considérer, mais ce qu'il est; qu'il ait été ou non engagé autrefois dans les liens du mariage, qu'importe s'il ne l'est pas aujourd'hui? Notre loi, art. 147, ne prohibe pas généralement tout second mariage, mais seulement celui que l'on veut contracter avant la dissolution du premier.

Or, que cette dissolution s'opère par la mort naturelle, par la mort civile ou par le divorce, elle n'en existe pas moins, et, par conséquent, le second mariage peut avoir lieu.

Mais, dira-t-on, notre loi ne reconnaît pas le divorce.

Cela est vrai. Mais pour qui? pour quel mariage?

Pour les Français; pour les mariages qu'elle a elle-même formés et qu'elle a déclarés elle-même indissolubles.

Notre loi est, d'ailleurs, étrangère aux autres contrées, aux autres peuples; et nous ne pouvons pas avoir l'étrange prétention de lui faire exercer son influence sur toutes les nations du globe.

Telle serait pourtant la conséquence d'une jurisprudence conforme aux arrêts de la Cour de Paris.

Cette jurisprudence serait choquante, contraire au droit des gens et peu en harmonie même avec notre droit civil.

Le droit des gens veut qu'un mariage contracté sous une loi étrangère, entre deux étrangers, ne soit régi, quant au lien qu'il produit, quant à sa durée, quant à ses effets, que par la loi qui l'a formé.

Si cette loi ne le déclarait pas indissoluble, si elle ne l'établissait que comme temporaire, si elle le soumettait à l'action destructive d'un divorce, à elle le blâme. Nous n'avons pas, nous, à nous en occuper, puisque ce ne sera pas chez nous que ses prescriptions seront exécutées, puisque ce n'est pas sur notre ordre social qu'elle agirait.

Mais lorsqu'un étranger, d'abord marié de ce mariage fugitif, ensuite débarrassé de ses liens dont l'aurait affranchi la même loi qui les lui avait imposés, lorsque cet étranger nous arrive dégagé de toute entrave, qu'avons-nous à vérifier en sa personne? rien absolument, si ce n'est sa liberté civile. Pourquoi jetterions-nous un regard scrutateur sur ce qu'il a été autrefois, s'il a cessé de l'être, et sur une union accidentelle qui a disparu, quelle que soit la cause de cette disparition, que ce soit la mort naturelle du conjoint ou sa mort civile ou le divorce?

Sa mort civile. Nous verrons bientôt que, même pour un mariage contracté en France entre des Français, la mort civile produit les mêmes effets que la mort naturelle. Elle dissout le mariage et permet à l'autre époux de se remarier, même pendant l'existence physique du conjoint mort civilement.

Pourquoi? parce que le mariage est dissous par la mort civile, et parce que l'art. 147 du Code autorise un second mariage après la dissolution du premier.

Par quelle erreur de raisonnement n'admettrait-on pas la même conséquence pour un mariage fait entre étrangers et que la loi étrangère aurait dissous par le divorce?

Il y a plus ; avant 1816, le divorce était autorisé par la loi française ; et l'on est obligé de convenir que des conjoints français, divorcés autrefois en vertu de cette loi antérieure, pourraient aujourd'hui contracter avec d'autres regnicoles des seconds mariages.

Cependant ils n'auraient obtenu cette faculté que par le divorce qui, ayant opéré la dissolution du premier mariage, aurait fait cesser l'empêchement écrit dans l'art. 147.

Comment se ferait-il que le même moyen de divorce, obtenu entre étrangers par l'application d'une loi étrangère et qui produirait le même effet, c'est-à-dire la dissolution du premier mariage, ne conférât pas aussi le même droit, celui de se remarier ?

Il y aurait de l'inconséquence à refuser à l'un ce qu'on accorderait a l'autre dans la même position.

Reconnaissons-donc, avec M. Dalloz aîné, que la doctrine émise par la Cour royale de Paris peut être très-sérieusement contestée (1).

43. Indépendamment de la prohibition écrite dans l'art. 147 du Code civil, et qui est commune aux deux époux, l'article 228 en contient une particulière à l'épouse.

Art. 228. « La femme ne peut contracter un nouveau ma- Art. 228.
» riage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du
» mariage précédent (2). »

(1) La Cour de Nancy avait adopté une doctrine contraire dans un arrêt du 30 mai 1826, rapporté par Sirey, tome 26. 2. 251. (Voir aussi sur l'application du statut personnel à un mariage, un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1818 ; Sirey, t. 19. 1. 141.

(2) En Prusse, le Code Frédéric fixe le délai à 9 mois pour la femme, à six semaines pour le mari (Art. 20-24).

Le Code de la Louisianne, art. 134 ; celui du royaume des Deux-Siciles, art. 155, et celui du royaume de Sardaigne, art. 145, prohibent aussi le nouveau mariage de la femme avant le délai de dix mois accomplis.

Mais le Code de Sardaigne est le seul qui prononce une peine contre la femme qui viole la règle. Il la punit par la privation de toutes les libéralités du mari (Voir l'art. 145 de ce Code).

Cette disposition est empruntée de la loi 11, § 1er, ff. *de his qui not. inf.* et de la loi 2, C. *de secundis nuptiis.*

La principale raison de la défense était la crainte de l'inconvénient qui résulterait de la naissance d'un enfant pendant l'année de deuil, la paternité pouvant être incertaine entre le premier et le second mari ; *propter turbationem sanguinis,* dit la loi 11, *ff. de his*, etc.

La loi 2 au Code, en fixant à douze mois l'année de deuil, notait d'infamie la femme qui se remariait pendant ce délai et la privait de tous les avantages qu'elle avait reçus de son mari.

Cette règle du droit romain n'avait pas été admise en France, si ce n'est dans quelques coutumes. On y suivait le droit canonique, qui permettait aux veuves de se remarier sans attendre ce délai, si cela leur convenait. *Cap. 4 et 5 ext. de secund. nupt.* (1).

Mais si elles vivaient impudiquement pendant l'année de deuil, elles étaient privées de leur douaire et des autres dons qu'elles avaient reçus de leurs maris.

La loi du 20 septembre 1792, sur le divorce, ne permettait aux époux divorcés de contracter avec d'autres un nouveau mariage qu'après le délai d'un an (V. l'art. 2 du § 3).

44. En interdisant pendant dix mois un second mariage à une veuve, le Code civil n'établit aucune peine pour assurer l'exécution de cette défense. On doit donc appliquer aussi à ce cas les observations que nous avons faites plus haut sur l'art. 295 (V. n° 41).

Cependant MM. Delvincourt et Proudhon pensent que le second mariage célébré avant le délai fixé pourrait être déclaré nul.

Cette opinion est combattue avec succès par MM. Toul-

(1) V. Pothier, *Traité du Mariage*, n° 530 ; le *Répertoire* de Merlin aux mots *Deuil* et *Noces (secondes)*, et la Jurisprudence de Lacombe, aux mêmes mots *Noces (secondes)*.

lier, Merlin, Vazeilles et Locré. Ce dernier, dans son Esprit du Code civil et dans son Droit civil et commercial, atteste que plusieurs Cours royales avaient, par leurs observations, expressément invité le législateur à déclarer nuls les mariages qui violeraient la règle posée dans l'art. 228 ; mais que le Conseil d'État avait pensé qu'on ne devait pas annuler le mariage pour cause de contravention à une simple règle de précaution.

Plusieurs Cours royales, la Cour de cassation elle-même, ont consacré par leurs arrêts ce dernier sentiment (1).

On doit donc s'y ranger, et reconnaître que l'empêchement établi par l'art. 228 n'est pas dirimant, et que les seuls moyens d'exécution que fournit la loi consistent dans la surveillance du ministère public, dans l'attention des officiers de l'état civil, et dans l'amende qu'ils encourraient s'ils prêtaient leur ministère à la violation de la défense.

Section III.

De la parenté et de l'alliance.

---

§ Ier.

Ligne directe.

SOMMAIRE.

45. *Prohibition du mariage entre les parents et les alliés légitimes ou naturels en ligne directe.*
46. *La règle dérive du droit naturel.*
47. *Elle était écrite dans le Lévitique.*
48. *Les lois romaines l'avaient adoptée.*

(1) Merlin, *Répertoire, verbo Noces (secondes)* ; Vazeilles, *du Mariage*, nº 100 ; Duranton, *Droit français*, tome 2, nº 176 ; Toullier, *Droit civil*, nº 595 ; arrêts de la Cour de Dijon, 3 juillet 1807 ; de celle de Colmar, 7 juillet 1807 ; de la Cour de Cassation, 29 octobre 1811. Ces arrêts sont rapportés par Sirey 9. 2. 168 ; et 12. 1. 46.

49. *Le droit canonique l'avait consacrée.*
50. *La loi de* 1792 *l'établissait.*
51. *Des preuves de la parenté ou de l'affinité naturelle.*
52. *La preuve par témoins ne peut être admise.*
53. *Même dans le cas d'enlèvement, ce genre de preuves, pour appliquer la prohibition, n'est pas admissible.*
54. *Il faut une preuve authentique préexistante.*
55. *La reconnaissance authentique doit suffire; opinions contraires de Dalloz et de Duranton.*
56. Quid *de la notoriété publique ou d'une reconnaissance indirecte?*
57. *L'affinité naturelle est produite par un mariage qui a été annulé.*

Art. 161. 45. Art. 161. « En ligne directe, le mariage est prohibé » entre tous les ascendants et descendants légitimes ou na- » turels et les alliés dans la même ligne. »

Voici comment s'exprime sur cet article l'orateur du gouvernement :

« Dans tous les temps, le mariage a été prohibé entre » les enfants et les auteurs de leurs jours. Il serait souvent » inconciliable avec les lois physiques de la nature; il le » serait toujours avec les lois de la pudeur; il changerait les » rapports essentiels qui doivent exister entre les pères, les » mères et leurs enfants; il répugnerait à leur situation » respective; il bouleverserait entre eux tous leurs de- » voirs; il ferait horreur.

» Ce que nous venons de dire des père et mère et de leurs » enfants naturels et légitimes, s'applique, en ligne directe, » à tous les ascendants et descendants et alliés dans la même » ligne.

» *Les causes de cette prohibition sont si fortes et si natu-* » *relles, qu'elles ont agi presque par toute la terre indépen-* » *damment de toute communication* (1).

(1) Tous les Codes modernes contiennent cette prohibition. (Voir notamment celui des Deux-Siciles, art. 151; celui de la Louisianne, article 96; le Code Prussien, art. 935; le Code Suédois, art. 68; le Code Bavarois, art. 1, § 7; les lois Espagnoles, Ley 5, tit. 6, etc.; le Code Suédois, chap. 2, art. 1er, et 4.)

Tel était le langage de M. Portalis dans son exposé des motifs de la loi.

Ces expressions, si justes et si fortes, dispensent de toute autre réflexion. On ne pourrait que les affaiblir en y ajoutant.

46. Le jurisconsulte Paul a supposé que cette prohibition était du droit civil : *Inter parentes et liberos jure civili matrimonia contrahi non possunt*. Lib. 2, tit. 2, 19, Paul, Sentent.

La froide erreur de cette opinion est signalée par l'accord général et unanime de tous les peuples, même des peuples sauvages qui n'avaient cependant pas de droit civil, à repousser une union qui révolte la nature.

Le droit civil, en consacrant cet empêchement, n'a donc fait qu'ériger en précepte un principe de droit naturel (1).

Le même sentiment de répulsion du mariage entre les ascendants légitimes ou naturels devait le faire interdire entre les alliés de la même ligne. La nature répugne aussi à la pensée d'une union charnelle entre un fils et la veuve de son père. L'honnêteté publique s'en alarmerait et la morale divine en serait blessée.

47. La loi du Lévitique punissait de mort le coupable d'une telle union.

Qui dormierit cum novercâ suâ et revelaverit ignominiam patris sui, morte moriatur. Loi 20, v. 11.

Si quis dormierit cum nuru suâ, uterque moriatur, v. 12.

48. Les lois romaines la déclaraient incestueuse et infâme. V. l. 53, *ff. de Ritu nupt.*, et l. 6, C. *de Incest. et inut. nupt.*

Mais un gendre pouvait épouser la veuve de son beau-père qui s'était déjà remariée en secondes noces. De même la veuve d'un second mariage du gendre pouvait se remarier au beau-père, ou le second mari de la belle-mère à la veuve du fils de celle-ci.

Ces différences sont l'application de cette maxime si

(1) V. Grotius, *de Jur. belli, et pac.*, lib. 2, t. 5, § 12.

connue : L'alliance ne produit pas alliance ; *affinis affinem non parit. l.* 4, § 3, *ff. de Grad. et affin.*

C'est par la même raison que le père pouvait épouser la belle-mère de son fils et le fils la belle-fille de son père, et que les deux sœurs pouvaient contracter mariage, l'une avec le père, l'autre avec le fils.

Tous ces anciens principes sont encore les mêmes aujourd'hui.

Il y a même défense de mariage, en ligne directe, entre les parents et les alliés jusqu'à l'infini.

Il y a même faculté d'union entre les alliés des alliés, parce que les alliés des alliés n'ont entre eux aucune alliance naturelle ni civile (1).

49. La seule différence qui existe entre le droit ancien et le droit nouveau, c'est qu'autrefois le droit canonique, qui était observé pour les mariages, avait établi certaines affinités spirituelles que l'on considérait comme empêchements dirimants.

Telle était celle qu'opérait le baptême entre l'enfant baptisé et son parrain ou sa marraine.

Telle était aussi celle qui se formait entre ceux-ci et les père et mère de l'enfant.

Ces liens spirituels qui ne sont pas reconnus aujourd'hui par la loi civile, ne font plus obstacle au mariage (2).

La parenté et l'affinité naturelle étaient aussi autrefois une cause d'empêchement.

Des raisons semblables avaient produit la même règle dans les deux cas de mariage ou de concubinage. Car, dit Saint Paul dans son épître aux Corinthiens, deux personnes, par leur union illicite, deviennent *una caro, an nescitis quoniam qui adhæret meritrici, unum corpus efficitur? Erunt*

(1) V. des arrêts et la loi nouvelle sur les conseils municipaux.

(2) V. Pothier, *du Mariage*, partie 3, chap. 3, art. 3.

Les lois Espagnoles ont maintenu ces empêchements conformément au Concile de Trente.

quoque duo in unâ carne (Épître aux Corinthiens, ch. 6, v. 16).

Le Concile de Trente avait restreint cet empêchement au premier et au second degré d'affinité en ligne collatérale, selon la supputation canonique ; tandis que celle qui naissait d'un mariage consommé s'étendait au quatrième (1).

Le droit romain admettait aussi l'empêchement de parenté résultant d'une union illégitime : *Nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat, an verò non ; nàm et vulgò quæsitam sororem, quis vetatur uxorem ducere. L. 44, ff. de Ritu nupt.*

La loi 4 Cod. *de nupt.* prohibait aussi le mariage entre les enfants et les concubines de leur père : *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt* (2).

50. La loi du 20 septembre 1792 défendait également le mariage entre les parents naturels et légitimes en ligne directe et entre les alliés de la même ligne (V. l'art. 11, section 1re du titre 4 de cette loi).

L'article 161 du Code civil a adopté ces anciennes règles ; mais cet article peut faire naître quelques difficultés dans son application à la parenté ou à l'affinité naturelles.

51. Comment cette qualité devra-t-elle être constatée ?

Sera-t-on admis à la prouver par témoins ?

Une reconnaissance écrite de paternité ou de maternité suffira-t-elle pour établir la parenté ou l'affinité de l'enfant ?

Comment la reconnaître dans le cas où l'enfant serait incestueux ou adultérin ?

Ces questions sont graves et les opinions ne sont pas fixées sur leur solution.

Remarquons d'abord que la règle s'applique aux alliés naturels comme aux parents naturels. *Le mariage est prohibé*

(1) Pour le mode de cette supputation et pour celui adopté dans le Droit civil, v. Pothier, *du Contrat de Mariage*, part. 3, ch. 3, art. 1er, § 1er.

(2) V. sur toutes ces questions du droit ancien, le *Traité du Contrat de Mariage* par Pothier.

en ligne directe, dit l'art. 161, *entre tous les ascendants et descendants légitimes et naturels et les alliés de la même ligne.*

L'article, il est vrai, en parlant des *alliés*, ne répète pas les mots *légitimes et naturels*; mais il est facile de reconnaître que si la répétition n'a pas été faite, c'est qu'elle a été jugée inutile; car le mot *alliance*, isolément pris, s'entend de l'alliance naturelle comme de l'alliance légitime; c'est même la nature, et par conséquent l'union naturelle, qui produit réellement l'alliance entre les personnes qui se sont unies et les parents de chacune d'elles. L'union légale et la loi ont seulement l'effet de consacrer cette alliance en la rendant légitime.

Ainsi, il suffirait que le mot *alliés* eût été employé dans l'article sans attribut, sans restriction, pour que l'on fût autorisé à dire que le législateur a entendu lui donner le sens le plus large et le plus étendu, et par conséquent celui d'*alliés naturels* comme celui d'*alliés légitimes*.

A plus forte raison doit-on le penser ainsi, lorsque dans le premier membre de la phrase on parle des ascendants *naturels* comme des ascendants légitimes, et que, dans le second membre, on ajoute immédiatement : *et les alliés dans la même ligne*. Il est clair que c'est des alliés de la même qualité que les ascendants des mêmes catégories dont on a entendu parler, et que les alliés naturels sont compris dans la règle comme les alliés légitimes.

Telle est aussi l'opinion de M. Delvincourt. (Cours du Code civil, t. 1^er^, p. 307, n° 6.)

Les observations que nous allons faire s'appliqueront donc aux alliés naturels comme aux parents naturels.

52. Mais comment devra être faite la preuve de la parenté naturelle?

La preuve testimoniale sera-t-elle admissible?

Nous ne le pensons pas. Elle serait contraire à la loi ; elle serait d'ailleurs trop dangereuse.

Elle serait contraire à la loi. Car ce serait admettre indi-

rectement la recherche de paternité expressément interdite par l'art. 340 du Code civil.

On dirait vainement que l'interdiction prononcée par cet article a eu un seul but, celui de priver l'enfant, non spontanément reconnu, des droits successifs attachés à la qualité d'enfant naturel.

Une telle restriction n'est ni dans les termes, ni dans l'esprit de la loi.

La lettre de l'art. 340 est générale, absolue ; *la recherche de paternité est interdite*, est-il dit. Ces expressions ne se prêtent à aucune modification, à aucune exception.

L'esprit de la loi a été d'empêcher ces perquisitions scandaleuses qui attaquent les réputations, qui portent le trouble dans les familles, qui ne s'alimentent le plus souvent que d'apparences trompeuses, qui pourraient entraîner des magistrats égarés par des illusions à attribuer une fausse paternité, et qui seraient pour l'ordre social une occasion incessante de troubles et de désordres.

Au reste, la jurisprudence a appliqué la prohibition à tous les cas de recherche de paternité qui ont été soumis aux tribunaux ; soit que cette recherche eût pour objet de simples aliments pour l'enfant, ou des frais de gésine et des dommages et intérêts pour la mère ; soit qu'elle tendît à contester à des enfants des legs que l'on prétendrait leur avoir été faits par un père adultérin (1).

Pourquoi serait-on plus facile à admettre, pour empêcher un mariage, la recherche de paternité repoussée, même contre l'intérêt de l'enfant, dans tous les autres cas?

Reconnaissons donc que l'on ne doit pas autoriser ce genre de preuve de la parenté ou de l'affinité naturelle.

53. Il ne doit pas être accueilli même lorsqu'il y aurait eu enlèvement, quoique, pour ce cas spécial, il y ait dans l'article 340 une exception à la règle prohibitive; car cette

(1) V. de nombreux arrêts indiqués dans le Code annoté de Sirey, sur l'art. 340.

exception, aux termes de l'article, ne peut être invoquée que par *les parties intéressées*; ce qui ne peut, ce qui ne doit s'entendre que des personnes dont l'intérêt et les droits ont été blessés par l'enlèvement au moment où il a eu lieu; c'est-à-dire de la victime ou de ses père et mère ou de ceux sous la puissance et sous la protection desquels elle était placée, et en général de ceux à qui appartiendrait l'action en nullité du mariage qui aurait été précédé du rapt. (V. les articles 180 et suivants du Code civil, et l'art. 355 du Code pénal.)

Cependant si, par suite de l'enlèvement, il y avait eu recherche et déclaration de paternité, l'acte ou le jugement qui l'aurait constatée pourrait être invoqué comme preuve littérale de la parenté ou de l'affinité naturelle.

Quant à la maternité, pourrait-on la rechercher, dans le même but, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit?

L'article 341 du Code civil autorise, il est vrai, cette preuve, lorsqu'elle est appuyée d'un tel élément.

Mais il ne paraît l'autoriser que de la part de l'enfant et dans son intérêt; car c'est de lui seul qu'il parle. *L'enfant ne sera reçu à faire cette preuve*, dit l'article, *que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.*

C'est donc l'enfant qui doit avoir un commencement de preuve écrite pour être admis dans son action; et c'est lui seul que la loi autorise à agir.

N'y aurait-il pas du danger et même de l'immoralité à attribuer la même faculté à qui que ce soit dans le but unique de lui procurer un moyen d'empêchement à un mariage?

« Si la loi doit protéger l'enfant qui ne demande qu'à » jouir des droits que lui donne la nature, elle doit égale- » ment garantir une femme de ces attaques et de ces re- » cherches qui ne peuvent être dirigées contre elle sans » nuire à sa réputation, le plus précieux de tous les biens pour » une personne vertueuse. » (Discours du Tribun Lahorie

sur le projet de la loi relative à la Paternité et à la Filiation.)

Le respect dû aux mœurs et l'intérêt public ne permettent pas d'admettre la recherche de maternité pour découvrir une parenté ou une affinité naturelle comme obstacle légal à un mariage.

54. Cet empêchement ne peut donc être invoqué que lorsqu'il est légalement établi, soit par reconnaissance volontaire mais résultant d'un acte authentique, soit par une décision judiciaire dans les cas seulement où il y a lieu à la recherche de la paternité ou de la maternité.

Nous disons par une reconnaissance authentique. La loi le veut ainsi pour que les familles soient à l'abri de toute surprise. Un acte sous seing-privé n'offrirait pas la même garantie. (Code civil, art. 374, et voir les discours des orateurs qui ont présenté cette partie du Code.)

Quant à la décision judiciaire, il ne pourrait en intervenir que sur des poursuites civiles ou criminelles provoquées par un enlèvement ; ces poursuites étant autorisées par l'article 340 que nous avons déjà rappelé.

Remarquons que l'enlèvement dont parle l'article n'est pas seulement celui qui s'exécute par la violence ; c'est encore celui qui s'opère par la séduction sur une fille mineure, à l'insu de ses parents. La fraude dans le rapt est aussi criminelle que la violence ; et le crime est d'autant plus grave que l'âge de la fille est plus tendre et que celui du ravisseur est plus avancé.

La parenté et l'affinité adultérines ou incestueuses ne peuvent être prouvées que lorsqu'elles sont l'effet d'un enlèvement, et que la paternité ou la maternité incestueuse ou adultérine ont été déclarées par un jugement rendu sur les poursuites autorisées dans ce cas.

Ce genre de preuve est le seul admissible pour constater l'empêchement du mariage. Car l'enfant incestueux ou adultérin ne pouvant être reconnu (V. C. c., art. 334), toute

reconnaissance qui serait produite serait illégale et devrait être rejetée comme telle; elle ne pourrait donc servir de preuve à la parenté ou à l'affinité naturelle qui serait entachée du vice de l'inceste ou de l'adultère.

Mais quoique adultérine ou incestueuse, si cette parenté était prouvée par un jugement, l'empêchement devrait être admis. Pour couvrir une première faute, il ne faudrait pas en autoriser une seconde; pour ne pas le signaler, par exemple, il ne faudrait pas légaliser l'inceste.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, par application de l'article 322 du Code d'instruction criminelle, qu'un bâtard adultérin ne pouvait être entendu comme témoin contre le mari de sa mère. L'arrêt est du 6 avril 1809. (S. 9. 1. 136.)

Le cas de l'arrêt a de l'analogie avec celui de l'empêchement au mariage. Le même motif qui fait refuser le témoignage doit aussi être un obstacle au mariage.

55. L'opinion que nous avons exprimée plus haut sur la preuve de la parenté ou de l'affinité naturelle résultant d'une reconnaissance authentique, est contraire à l'avis de MM. Duranton et Dalloz aîné (1).

Ces auteurs pensent que, malgré la reconnaissance d'un enfant naturel faite par les auteurs de ses jours, le concubinage n'étant pas LÉGAL, il ne peut produire d'AFFINITÉ LÉGALE *entre un des individus qui s'y sont livrés et les enfants ou descendants de l'autre*.

Cela serait vrai, sans doute, si l'enfant naturel n'avait pas été reconnu par celui des deux complices aux parents duquel on voudrait opposer l'affinité naturelle.

Mais s'il y avait reconnaissance authentique, comment l'affinité pourrait-elle être contestée? Qu'importe que le concubinage ne soit pas *légal?* qu'importe qu'il ne puisse pas produire d'affinité *légale?* Il suffit, d'après l'art. 161, qu'il

(1) Duranton, *Droit Français*, 2, n° 158; Dalloz, *Jurisprudence générale*, 10, p. 46, n° 11.

y ait *affinité naturelle*, pour que l'empêchement existe; or, cette affinité naturelle est la conséquence nécessaire d'une union même illicite.

L'avis que nous contestons conduirait à rayer de l'article 161 comme de l'article 162, la prohibition du mariage, soit dans la ligne directe, soit dans la ligne collatérale, entre les parents *naturels*, comme entre les alliés *naturels*; car la parenté comme l'affinité naturelles sont les effets d'une union illicite, c'est-à-dire du concubinage; et comme il ne peut y avoir de concubinage légal, ne pourrait-on pas, à l'aide de l'argumentation des auteurs cités, dire qu'il ne saurait y avoir ni parenté naturelle *légale*, ni affinité naturelle *légale*, et, par conséquent, qu'une partie des art. 161 et 162 est une rêverie échappée au législateur?

Et cependant ne serait-il pas monstrueux de permettre le mariage entre le fils et la concubine du père, ou entre le père et la concubine du fils, quoique le concubinage fût non-seulement notoire mais même constaté par acte authentique dans une reconnaissance de l'enfant naturel faite simultanément par les deux concubins?

L'erreur que nous combattons a été l'effet d'une préoccupation qui s'est opposée à ce qu'on remarquât que la loi, pour établir l'empêchement, n'exigeait pas absolument, et dans tous les cas, une affinité légale, mais qu'elle se contentait, dans le cas de concubinage, d'une affinité naturelle.

MM. Duranton et Dalloz citent un arrêt de la Cour de Nîmes, du 3 décembre 1811, qui a rejeté l'opposition faite par un père au mariage de sa fille avec l'amant de sa femme.

Mais l'arrêt, loin d'être favorable à leur système, leur est contraire; car il décide en principe, que la prohibition établie par l'art. 161 du Code, s'applique aux alliés naturels comme aux parents naturels. Seulement il décide aussi qu'il faut qu'à l'époque où l'empêchement est opposé, l'affinité soit déjà constante et légalement établie; et comme

dans l'espèce l'affinité n'était pas établie, qu'on demandait seulement à en faire la preuve par témoins, la Cour rejeta l'opposition ; ce qui était conforme au texte comme à l'esprit de la loi sur la filiation naturelle qui doit être prouvée par écrit (Voir l'arrêt cité dans le journal de Sirey, t. 12. 2. 438).

56. M. Vazeilles, dans son Traité du mariage, est loin de partager l'erreur que nous venons de signaler.

Mais agité par le sentiment du scandale qu'exciterait l'union incestueuse de deux parents naturels ou de deux alliés naturels, il ne pense pas qu'on doive faire dépendre l'empêchement d'une reconnaissance régulière des enfants naturels. *La notoriété de la filiation, justifiée par des actes publics indirects ou par des écrits privés très-exprès, lui paraît suffisante.*

C'est sous une impression très-louable, sans doute, que l'auteur a écrit cette opinion. Mais est-elle bien juste, et ne pourrait-on pas lui appliquer l'observation ingénieuse du poète?

« Souvent la peur d'un mal nous jette dans un pire. »

N'y aurait-il pas, en effet, le plus grand danger à se laisser aller, dans l'admission des preuves, à une trop grande facilité ; à consulter ce que l'on appelle la notoriété publique, qui n'est que trop souvent l'œuvre imprudente ou coupable du commérage ou de la malignité, propagée par l'inconséquence ; à s'arrêter à des actes publics *indirects* qui, par cela même qu'ils ne sont pas directs, n'offrent que des présomptions plus ou moins vagues, plus ou moins fortes, et toujours propres à favoriser l'arbitraire ; à se fixer même sur des actes sous seing privé dont la vérité matérielle dépendrait des chances si douteuses d'une vérification d'écriture, dont la vérité morale pourrait aussi être fort incertaine? Car souvent l'affection pourrait caresser du nom de fils l'enfant auquel l'on ne serait uni que par les liens du sentiment.

Il est préférable, il est plus sûr de s'en tenir aux règles écrites dans la loi, et d'admettre seulement les preuves de parenté ou d'alliance qu'ont autorisées la méditation et la sagesse du législateur.

57. Duranton examine, au n° 159, si le mariage de deux individus étant annulé, il pourrait être interdit à l'un des époux d'épouser l'enfant de l'autre.

Il fait observer avec raison que les bonnes mœurs seraient gravement offensées, si un individu, après avoir publiquement épousé la mère, pouvait aussi épouser la fille. (V. le § 9, *Inst. de nupt.*)

Il remarque aussi avec justesse que, attendu la bonne foi de l'un des époux, le mariage annulé étant susceptible de produire des effets civils aux termes de l'art. 201, l'alliance pourrait être considérée comme existante aux yeux de la loi entre l'un d'eux et les enfants de l'autre ; ce qui pourrait rendre l'empêchement dirimant.

Mais il semble que, même sans avoir recours à cette distinction, l'art. 341 du Code civil répond suffisamment à la question, en prohibant, en ligne directe, le mariage entre tous les ascendants et les descendants légitimes ou *naturels, et les alliés au même degré*. Quoique annulé, le mariage dont l'existence a été momentanée, a produit entre l'un des époux et les enfants de l'autre une alliance sinon légale, au moins *naturelle*, qui rend applicable la prohibition écrite formellement dans cet article.

---

§ II^e^.

Ligne collatérale.

SOMMAIRE.

58. *Des empêchements au mariage en ligne collatérale.*
59. *Il est prohibé entre le frère et la sœur et les alliés au même degré.*
60. *Le Lévitique le défendait sous peine de mort.*
61. *Les lois romaines le prohibaient aussi.*

62. *Le droit canonique l'interdisait.*
63. *La loi de* 1792 *ne le défendait qu'entre le frère et la sœur.*
64. *Des empêchements du mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le grand-oncle et la petite nièce.*
65. *Existaient-ils sous le droit romain?*
66. Quid *sous le droit canonique?*
67. *Des dispenses dans l'ancien droit.*
68. *Règles sur les empêchements dans le droit actuel.*
69. *Des dispenses autorisées dans certains cas.*
70. *Pièces à présenter pour les obtenir.*
71. *Les dispenses ont-elles l'effet de rendre valable le mariage antérieur?*
72. *Les dispenses accordées pourraient-elles être révoquées?*

58. La législation actuelle a établi en ligne collatérale plusieurs empêchements au mariage.

Elle l'a prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels;

Entre les alliés au même degré;

Entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu; et même par un décret interprétatif, entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grande-tante et le petit-neveu.

De ces prohibitions, les unes sont absolues, elles ne peuvent être effacées par aucun moyen légal.

Les autres sont moins rigoureuses; des dispenses peuvent en affranchir.

Examinons successivement ces divers empêchements:

Art. 162 59. Art. 162: « En ligne collatérale le mariage est prohibé » entre le frère et la sœur légitimes et naturels, et les alliés » au même degré » (1).

Nous l'avons déjà dit, le mariage entre le frère et la sœur a été interdit chez tous les peuples civilisés, à quelques exceptions près effet immoral de fausses idées religieuses.

(1) Le Code de la Louisianne ne prohibe pas le mariage entre les alliés au degré de frères ou sœurs (Art. 96 à 98), ni le Code prussien, art. 935.

Le Code des Deux-Siciles le défend; mais il autorise à donner des dispenses (Art. 160 et 161).

60. Le Lévitique le défendait à peine de mort à tous les hommes, et signalait comme une souillure affreuse le mépris de cette défense : « *Qui acceperit sororem suam, filiam* » *patris sui vel filiam matris suæ, et viderit turpitudinem* » *ejus, illamque conspexerit fratris ignominiam, occidentur* » *in conspectu populi sui*. Lévit. 20, 17 ; v. aussi 18, 21. »

Suivant le même livre, le mariage avec la veuve de son frère était également illicite : *Qui duxerit uxorem fratris sui rem facit illicitam*. Lév. 20, 21.

61. Les lois romaines prohibaient aussi, avec la plus grande sévérité, le mariage entre le frère et la sœur et les alliés au même degré.

Sanè enim inter fratres sororem que nuptiæ prohibitæ sunt, sivè ab eodem patre eâdemque matre nati fuerint, sivè ex-altero eorum. (Instit. de nupt., § 2.)

Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi

Le Code hollandais est conforme au Code civil (Art. 87).

Le Code bavarois s'en réfère au droit canon. (Art. 8, nos 7 et 9.)

Le Code autrichien ne le prohibe qu'entre les frères et sœurs et entre les alliés à ce degré (Art. 65 et 66). Il est aussi prohibé d'oncle à nièce, de neveu à tante, et pour les alliés au même degré, et entre les cousins germains et les alliés au même degré.

Les tribunaux peuvent accorder des dispenses pour des causes graves (Art. 83).

La Sardaigne et l'Espagne, le Portugal, se conforment au droit canonique.

En Angleterre, le mariage est interdit jusqu'au quatrième degré exclusivement, de parenté ou d'alliance, d'après la supputation du droit civil. Cependant le veuf peut épouser la sœur, la tante ou la nièce de sa femme défunte ; mais l'homme ne peut épouser la veuve de son frère ou la fille de sa sœur.

En Écosse, le mariage est prohibé en ligne collatérale entre frères et sœurs et alliés au même degré, et entre oncles et nièces, tantes et neveux.

En Suède, le mariage est prohibé en ligne collatérale entre les frères et sœurs et alliés au même degré, entre les oncles et nièces, tantes et neveux à tous les degrés, avec la belle-mère de sa femme, la veuve de son beau-frère, la veuve en secondes noces du mari de sa fille ou de ses descendants (Code suédois, chap. 2, art. 2, 5) ; et les empêchements s'appliquent aussi aux femmes, art. 7. — On ne peut épouser sa cousine sans une dispense du roi (Art. 3. ibid).

penitùs licentiam summovemus nec dissoluto quocumque modo conjugio. L. 5, C. *de incest. et inutil. nupt.* (1).

La prohibition s'appliquait aussi à la parenté et à l'affinité naturelle : *Nihil interest ex justis nuptiis cognatio descendat an vero non.* (L. 53, ff. de ritu nupt.)

On peut voir sur les peines attachées à ces unions incestueuses la loi 6, C. *de incest. et inut. nupt.*

62. Tous ces empêchements avaient été adoptés par le droit canonique qui les étendait même beaucoup plus que le droit civil, comme nous le verrons sur l'article suivant.

Seulement, suivant le droit canonique, il n'y avait pas d'affinité si le mariage qui aurait dû la produire, n'avait pas été consommé. Alors cependant existait une autre espèce d'empêchement que l'on appelait empêchement d'honnêteté publique, mais pour lequel il était facile, en ligne collatérale, d'obtenir des dispenses. (V. Pothier, du Contrat de mariage, n^os^ 152, 221 et suivants, 272.)

Le droit civil a toujours fait résulter l'affinité du mariage, sans examiner s'il avait été ou non consommé. *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis.* L. 4, § 3, *de grad. et affin.*

63. Sous la loi du 20 septembre 1792 l'affinité en ligne collatérale n'était pas un obstacle à une union légitime. Le mariage n'était prohibé qu'entre le frère et la sœur. (V. l'art. II, section 1^re^, titre 4 de cette loi.)

Les législateurs du Code civil ont réparé cette erreur échappée au relâchement des principes et des mœurs; ils ont pensé qu'on devait éviter, avec une scrupuleuse sollicitude, toutes les causes de corruption; ils ont craint que

(1) *Nota.* Dans l'ancien droit romain, le mariage n'était pas défendu entre les alliés en ligne collatérale. L'empereur Constance est le premier qui l'ait prohibé entre les alliés au degré de frère et sœur (V. l. 2, Cod. Théod. *de incest. nupt.*)

Cette prohibition fut renouvelée par Valentinien et Théodose dans la loi 5, au Code *de incest. et inut. nupt.*

Honorius, fils de Théodose, y contrevint en épousant successivement les deux filles de Stilicon.

l'espérance même éloignée du mariage n'allumât des désirs criminels, et n'entrainât à des désordres qui souilleraient la famille si le mariage était autorisé entre les alliés au degré de frère et sœur ; et cette union a été prohibée. On doit applaudir à la sagesse de la défense.

Cependant, il est des cas rares où l'intérêt des familles, celui des enfants nés d'un premier mariage, qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère, et d'autres circonstances d'une haute gravité, peuvent commander une telle union.

Ces considérations et l'expérience des temps anciens, ont fait modifier la rigueur du Code civil ; et une loi du 16 avril 1832 a permis au Roi de lever, pour des causes graves, les empêchements des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs comme entre l'oncle et la nièce.

Nous rapporterons la loi, après avoir rappelé les articles du Code civil relatifs à ce dernier degré de parenté.

64. Art. 163 : « Le mariage est encore prohibé entre l'on- Art. 163.
» cle et la nièce, la tante et le neveu (1). »

Art. 164 : « Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, Art. 164.
» pour des causes graves, les prohibitions portées au précé-
» dent article. »

(1) V. sur l'article précédent les notes relatives au droit étranger et ajoutez-y ce qui suit :

Dans les pays détachés de la France en 1814 et en 1815, dans le duché de Berg et en Belgique, on suit les dispositions du Code civil français ; mais la faculté de donner des dispenses a été accordée au gouvernement, savoir : pour la Belgique, par une loi du 28 février 1821, et, pour les autres états, dès 1814.

Dans les Pays-Bas, la prohibition est étendue jusqu'aux grands-oncles et petites-nièces légitimes ou naturels, et à Bade, jusqu'aux cousins germains légitimes ; mais des dispenses peuvent être accordées.

En Suède, les prohibitions s'étendent jusqu'aux cousins germains ; mais on peut accorder des dispenses, et jusqu'aux alliés du premier degré en ligne directe ou collatérale.

En Russie, on suit les lois de l'Église.

Telles sont les limites fixées par le Code civil aux prohibitions en ligne collatérale.

Un décret du 7 mai 1808 les a étendues au mariage d'un grand-oncle et de sa petite-nièce. Ce décret, qui n'a pas été annulé comme inconstitutionnel par le Sénat conservateur, a aujourd'hui force de loi, et ne permet pas de marier civilement un grand-oncle et une petite-nièce sans dispenses du Gouvernement. (Voyez Dictionnaire de Dalloz jeune, au mot *Loi*, nos 23, 85 et 99. Voyez aussi la Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 21, 28, 44.) (1)

65. Les empêchements ordonnés par le Code civil et par le décret de 1808 ont été empruntés des lois romaines.

Fratris verò vel sororis filiam ducere non licet, sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Instit. de nupt., § 3.

Sororis pronepotem non possunt ducere uxorem quoniam parentis loco ei sunt. L. 39. ff. de Rit. nupt.

Chez les Romains, le mariage était permis entre cousins-germains.

Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis conjungi possunt. Inst. de nupt., § 4.

Théodose l'avait défendu; mais Arcade, son fils et son successeur, abrogea la défense. (V. L. 19, c. *de nuptiis.*)

66. Le droit canonique avait étendu beaucoup plus loin les empêchements pour cause de parenté ou même d'affinité

(1) Le Code des Deux-Siciles ne parle pas des grands-oncles et des petites-nièces (Art. 160).

Le Code autrichien étend la prohibition même aux cousins germains; mais il se tait aussi sur les grands-oncles et petites-nièces (Art. 60 à 76).

Le Code prussien n'interdit le mariage en collatéral qu'entre les frères et sœurs, légitimes ou naturels (Art. 933).

En Espagne, les empêchements s'étendent jusqu'au quatrième degré de parenté ou d'alliance, suivant la supputation canonique; mais des dispenses s'obtiennent au-delà du second degré.

en ligne collatérale. Ils furent portés, jusqu'au 13e siècle, au sixième et au septième degré. Les inconvénients graves qui en résultaient, la facilité qu'ils donnaient aux demandes en cassation de mariage, qui avaient pour prétexte une parenté éloignée, firent réduire les prohibitions au quatrième degré par le concile de Latran en 1215; et la même règle fut appliquée à l'affinité (1).

Avant ce concile on distinguait trois genres d'affinité :

Celle du premier genre ou l'affinité proprement dite avait lieu entre l'un des époux et les parents de l'autre époux.

Le second genre résultait du second mariage d'une belle-sœur. Les alliés de la femme devenaient les alliés de ce second mari, contrairement à la maxime : *Affinitas affinitatem non generat.*

Enfin, le troisième genre d'affinité était produit par le nouveau mariage qu'après la mort de notre belle-sœur ce second mari contractait. Cette seconde femme était aussi considérée comme notre alliée, parce qu'elle nous tenait lieu de belle-sœur.

Le concile de Latran abolit ces deux derniers genres d'affinité; et le premier genre seul a depuis été un obstacle au mariage.

L'union illicite formait aussi, suivant la discipline de l'Église, une espèce d'affinité entre l'un des coupables et le parent de l'autre. L'empêchement qui en résultait fut restreint par le concile de Trente (chap. 4, session 24) au premier et au second degré. (V. Pothier, *du Mariage*, n° 162; et le Dictionnaire canonique, au mot *Empêchement*.)

67. La plupart de ces divers empêchements pouvaient, en ligne collatérale, être levés par des dispenses.

Mais on n'en accordait pas à l'égard de la parenté pour le mariage entre le frère et la sœur; ni pour celui de la tante avec le neveu.

(1) V. Pothier, du Mariage, nos 132 et suivants et no 158.

L'oncle en obtenait, quoiqu'avec difficulté, pour épouser sa nièce (1).

Il en était accordé, à plus forte raison, aux parents plus éloignés.

Quant à l'affinité en ligne collatérale, elle n'était pas un obstacle absolu au mariage. Tous les empêchements résultant de l'affinité étaient susceptibles de dispenses même pour le mariage d'un beau-frère et d'une belle-sœur, s'il y avait de graves motifs, quoique la loi du Lévitique le défendît.

C'était l'autorité ecclésiastique qui accordait les dispenses. Ce droit qu'elle s'était arrogé était une conséquence du pouvoir qu'elle avait seule de célébrer les mariages, et de remplir toutes les fonctions d'officier de l'état civil. C'était une usurpation sur la puissance souveraine à laquelle seule doit appartenir le droit de faire des lois, et par conséquent aussi de dispenser, dans certaines circonstances, de leur exécution. La loi du 20 septembre 1792 a rétabli les choses dans leur état naturel et dans l'état où elles étaient avant le onzième siècle, époque à laquelle les papes commencèrent à accorder les dispenses qui auparavant émanaient des souverains, ainsi que le prouvent les formules que nous ont transmises Cassiodore et Marculphe.

68. Notre nouvelle loi, différente de la loi religieuse, ne prononce de prohibition, pour cause d'affinité en ligne collatérale, qu'entre les alliés au degré de frère et sœur légitimes ou naturels. Car il n'est question d'alliés que dans l'art. 162. L'art. 163 parle seulement des parents. Aussi une lettre du Ministre de la justice au procureur du roi de Riom, déclare-t-elle qu'un neveu n'a pas besoin de dispenses pour épouser la veuve de son oncle. (Voir aussi une instruction du 17 mai 1819.)

(1) Voir sur cet article une notice détaillée et curieuse sur les dispenses et les difficultés avec lesquelles on les obtenait autrefois, dans les conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage, t. 3, p. 372 et suivantes, 483.

On remarquera que l'art. 163, en prohibant les mariages entre oncles et nièces ou tantes et neveux, n'ajoute pas, comme dans l'article précédent, les expressions *légitimes* ou *naturels*. De ce silence du législateur on doit conclure qu'il n'y a pas d'empêchement lorsque la parenté n'est pas légitime. Par les mots oncles et tantes, isolément employés, le législateur n'a pu entendre qu'une parenté civile et légale. S'il eût voulu soumettre à la même prohibition l'oncle et la nièce naturels, il l'eût dit formellement. Or, les empêchements ne s'étendent pas d'un cas à un autre. (Voir Dalloz aîné, au mot *Mariage*, sect. 2, art. 5, n° 27 *bis;* Malleville, Analyse du Code civil, tome 1, page 173; Toullier, tome 1, n° 483; Duranton, tome 2, n° 172; et Merlin, au mot *Empêchement*.)

69. Aujourd'hui il est loisible au Roi de faire disparaître, pour causes graves, l'empêchement du mariage entre un beau-frère et sa belle-sœur, comme celui relatif à un oncle et à sa nièce, à une tante et à son neveu, et aux grands-oncles et petites-nièces, grandes-tantes et petits-neveux.

La loi du 16 avril 1832 qui contient cette exception, est ainsi conçue :

« Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour causes » graves, les prohibitions portées par l'art. 162 aux ma- » riages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163 » aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le ne- » veu. »

70. Pour l'exécution de cette dernière loi et pour tous les autres cas où des dispenses peuvent être accordées, il a été adressé par le Ministre de la justice, aux procureurs-généraux, une instruction très-développée.

Cette instruction rappelle l'arrêté du 20 prairial an XI, dont nous avons indiqué, en parlant des dispenses d'âge, les principales dispositions qui s'appliquent aussi aux dispenses pour parenté.

Elle annonce l'intention formelle du Ministre de suivre *à la rigueur* la prescription de la loi qui exige que toute dispense soit justifiée par des causes graves.

Elle recommande aux procureurs-généraux et à leurs substituts la plus soigneuse attention dans la recherche et dans l'examen de ces causes et de leur nature.

Elle repousse l'existence antérieure d'un commerce scandaleux, qui serait un encouragement donné à la corruption des mœurs, tandis qu'il importe de maintenir, dans l'exécution de la loi, une sévérité de principes qui, laissant au scandale sa flétrissure, conserve à la morale publique tous ses droits et au bon ordre des familles toutes ses garanties.

Elle indique, comme circonstances qui méritent d'être prises en considération, l'intérêt des enfants nés du premier mariage, la conservation d'un établissement ou d'une exploitation dont la ruine blesserait des intérêts importants, l'avantage de procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence, celui de prévenir ou de terminer un procès, d'empêcher un partage, de faciliter des arrangements de famille.

L'instruction déclare aussi que des dispenses d'âge ne peuvent être accordées avant 17 ans accomplis pour les hommes et 14 ans aussi accomplis pour les femmes.

Enfin, elle détaille les pièces à produire avec la demande. Ce sont les actes de naissance des réclamants ou des actes de notoriété qui les remplacent; ceux propres à justifier le degré de parenté; l'acte de décès du premier conjoint; la preuve du consentement des père et mère ou des autres ascendants, ou leurs signatures apposées à la demande; enfin, l'avis motivé du procureur-général.

On fait aussi mention, dans cette circulaire, du décret du 7 mai 1808, qui exige des dispenses pour le mariage du grand-oncle avec sa petite-nièce; ce qui prouve que ce décret est toujours en vigueur.

Tel est l'état de notre législation actuelle sur ce point important (1).

Cette dernière législation a été rendue commune aux colonies par ordonnance royale du 7 juin 1832, ainsi conçue :

« Art. 1^er^. La loi du 16 avril 1832, relative aux ma-
» riages entre beaux-frères et belles-sœurs, est rendue exé-
» cutoire aux colonies sous la modification suivante :

» Art. 2. La faculté de lever, pour des causes graves,
» les prohibitions portées aux mariages entre beaux-frères
» et belles-sœurs, sera exercée dans les colonies par les
» gouverneurs en conseil (2). »

71. Une question qui ne serait pas sans difficulté serait celle de savoir si des dispenses pourraient être obtenues après le mariage qui aurait été contracté, par erreur ou sciemment, dans les cas où la prohibition aurait pu être levée.

Sous l'ancienne législation, les dispenses, mêmes postérieures, effaçaient le vice de l'union ; et sans qu'il fût besoin d'en former une nouvelle plus régulière, le premier mariage devenait valable. On était même moins difficile à accorder des dispenses pour valider un mariage déjà célébré que pour autoriser celui qui ne l'avait pas encore été. La tolérance des autorités religieuses avait pour but, dit Pothier, d'éviter un plus grand mal qui résulterait du scandale et des inconvénients que causerait la dissolution du mariage (Traité du contrat de mariage, n^os^ 274, 280 et suivants).

Les mêmes motifs devraient exciter la même indulgence chez les autorités civiles.

Mais la lettre et l'esprit de la loi ne s'y opposent-ils pas? Ils ne paraissent autoriser les dispenses que pour un mariage à faire, et ne serait-ce pas en forcer le sens que de les appliquer à un mariage déjà fait? On livre ces réflexions à la

(1) V. la loi du 16 avril 1832, et l'instruction ministérielle dans le journal de Sirey, t. 32. 2. 119, et la note.

(2) V. cette ordonnance dans le journal de Sirey. 32. 2. 420.

sagesse des tribunaux qui considéreront sans doute la position des époux comme bien favorable, surtout si des enfants étaient nés d'une imprudente union.

Au moins ne pourrait-on pas leur refuser le droit, après avoir obtenu des dispenses, de réparer, par une seconde célébration du mariage, le vice de la première (1)?

72. Les auteurs des Pandectes ont soulevé une question qui n'est ni sans importance ni sans gravité. Ils se sont demandé si, après avoir accordé des dispenses, le gouvernement pourrait les révoquer? Et ils répondent affirmativement, par la raison, disent-ils, que, qui peut donner peut révoquer, qui peut faire peut défaire.

Appliquant cette théorie aux dispenses qui auraient été obtenues par surprise sur un faux exposé, ils ajoutent que, si, à l'aide des dispenses, le mariage avait été célébré, il ne l'aurait pas été valablement et serait déclaré nul.

Cette opinion pourrait être vivement critiquée. Elle prêterait, dans son application, à beaucoup d'arbitraire; et les conséquences en seraient des plus funestes si le mariage avait donné naissance à des enfants qui seraient privés d'une filiation légitime pour être abandonnés à la honte de la qualification d'enfants incestueux. La surprise, un faux exposé ne motiveraient pas suffisamment la révocation, d'autant plus que le gouvernement, qui a des moyens nombreux de vérification, aurait à se reprocher de la légèreté dans sa première décision. La similitude tirée des anciens appels comme d'abus n'est pas exacte, parce qu'autrefois les dispenses n'émanaient pas, comme aujourd'hui, du souverain. Celui-ci, dans son conseil, était seulement appelé à examiner les causes des dispenses; mais en les annulant, il ne se réformait pas lui-même. Aujourd'hui, la révocation des dispenses ne devrait avoir lieu qu'au cas où un empêchement dirimant

(1) Le Code Autrichien, art. 83, porte que « si l'on n'a connaissance de l'empêchement qu'après le mariage, le curé peut provoquer des dispenses sur la demande des parties et en taisant leurs noms.

aurait été un obstacle absolu au mariage et que le gouvernement l'aurait ignoré. Mais dans ce cas-là même, les dispenses seraient nulles plutôt que révocables, et le mariage devrait être annulé pour un vice étranger aux dispenses.

Section IV.

De l'adoption.

SOMMAIRE.

73. *Définition de l'adoption.*
74. *Etait-elle admise chez les anciens?*
75. *Comment a-t-elle été établie en France?*
76. *Quels sont les empêchements qui en résultaient autrefois pour le mariage?*
77. *Quels sont ceux qu'elle produit aujourd'hui?*
78. *Le mariage contracté malgré les empêchements provenant de l'adoption serait-il nul ou susceptible d'être annulé?*
79. *La loi n'autorise pas à accorder des dispenses pour les mariages entre les enfants adoptifs et les enfants de l'adoptant.*

73. L'adoption est une fiction de la loi qui imite la nature et qui confère au père et au fils adoptif les droits que leur attribueraient la paternité et la filiation légitimes.

74. On en trouve des traces chez les Hébreux. Elle était familière parmi les Athéniens. Elle fut admise dans la législation des Romains, qui l'avait empruntée des lois grecques; et elle y reçut un développement que protégeait l'esprit de famille si respecté et si puissant chez ce grand peuple.

75. Pasquier, dans ses recherches, liv. 4, chap. 1^er^, prétend que l'adoption a été en usage en France dans les premiers temps de la monarchie.

Autrefois les administrateurs de l'hôpital de la charité de Lyon avaient le droit d'adopter les orphelins avec le consentement exprès ou tacite des parents habiles à leur succéder. L'adoption leur conférait sur la personne et les biens des enfants jusqu'à leur majorité, tous les droits attachés à la puissance paternelle.

Depuis, et par une loi du 15 pluviôse an 13, ce droit a été étendu aux administrateurs de tous les hospices de France.

On sait que l'adoption fut décrétée en principe par l'Assemblée nationale le 18 janvier 1792; qu'elle fut appliquée à la fille de Michel Lepelletier, qui fut adoptée au nom de la patrie, par la Convention, le 25 janvier 1793; qu'elle est aussi rappelée dans la Constitution de 1793 et dans un décret du 16 frimaire an 3, qui contient sur ses effets un règlement provisoire.

Mais elle n'a été définitivement organisée en France, pour l'avenir, que par le titre 8 du livre 1^er^ du Code civil.

Une loi transitoire du 15 avril 1803 en a déterminé les effets pour le passé.

Nous n'avons à considérer ici l'adoption que comme empêchement de mariage. Cet empêchement est écrit dans l'article 348 du Code civil.

Art. 348. « L'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits.

» Néanmoins le mariage est prohibé :

» Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants,

» Entre les enfants adoptifs du même individu,

» Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant,

» Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (1). »

(1) Même disposition dans le Code des Deux-Siciles (Art. 271 et 276).

Le Code prussien ne défend le mariage qu'entre l'adoptant et l'adopté (art. 13 et 969), et il est permis lorsque l'adoption a été préalablement annulée.

Le Code de Bavière le prohibe entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants; entre l'adoptant et la veuve de l'adopté, et, tant que dure l'adoption, entre l'adopté et tous les individus qui sont sous la puissance de l'adoptant (§ 7. 8. 9).

En Wurtemberg, il est interdit entre les adoptants et les enfants adoptifs (Art. 39).

L'affinité morale établie par l'adoption prescrivait les prohibitions contenues dans cet article.

Elles étaient aussi commandées par les rapports que la cohabitation fait naître entre l'adopté et la famille de l'adoptant, par l'ordre intérieur de cette famille, par le respect dû aux mœurs et le danger d'offrir un aliment aux passions dans l'espoir du mariage.

76. Les dispositions de l'art. 348 sont empruntées des lois romaines et spécialement des Institutes, *de nuptiis* § 2, et des lois 14 et 17, *ff. de Ritu nuptiarum.*

Per adoptionem quæsita fraternitas quousque impedit nuptias donec manet adoptio; ideòque eam quam pater meus adoptavit et emancipavit potero uxorem ducere, æquè et si me emancipato, illam in potestate retinuerit, poterimus jungi matrimonio.

Utique amitam et amitam magnam prohibemur uxorem ducere et si per adoptionem nubiis conjunctæ sint. L. 17, ff. de Ritu nupt.

Mais, comme on le voit, chez les Romains, l'émancipation, soit du fils adoptif, soit des enfants légitimes, faisait cesser la prohibition, parce que par l'émancipation on sortait de la famille de l'adoptant.

Cependant l'empêchement subsistait entre l'adopté et l'épouse de l'adoptant, comme aussi entre l'adoptant et l'épouse de l'adopté.

Adoptivus filius si emancipetur, eam quæ patris adoptivi uxor fuit ducere non potest; quia novercæ locum habet.

Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejusdem quæ nurus loco est nequidèm post emancipationem filii, ducere poterit, quoniam aliquandò nurus fuerit. L. 14, § 1er, ff. de Ritu nupt.

La loi 55, au même titre, défendait aussi le mariage, même malgré l'émancipation, entre le père adoptif et sa fille ou sa petite-fille adoptive.

Cette loi, au contraire, permettait, après l'émancipation seulement, le mariage entre l'adopté et la mère ou la grand-

BIBLIOTHÈQUE ROYALE

mère de l'adoptant ou sa petite-fille née d'un autre fils. La prohibition disparaissait par l'émancipation, parce qu'elle faisait considérer l'adopté comme étranger à la famille de l'adoptant.

77. Entre notre loi et les lois romaines l'on trouve des différences assez remarquables.

La principale consiste dans l'effet de l'émancipation qui, chez les Romains, effaçait l'adoption et faisait disparaître les empêchements au mariage en ligne collatérale et même en ligne directe, à l'égard de la mère ou de la grand-mère dë l'adoptant.

Parmi nous, au contraire, l'adoption consommée est irrévocable, et les empêchements qu'elle produit sont perpétuels.

Chez les Romains, la prohibition s'étendait, en ligne ascendante, à la mère et à la grand-mère de l'adoptant; en ligne descendante, à la fille et à la petite-fille de l'adopté, et en ligne collatérale, à la tante paternelle ou maternelle du père adoptif.

Notre loi nouvelle, au contraire, n'interdit pas le mariage entre l'adopté et les tantes de l'adoptant, et, par conséquent, elle le permet.

Elle est aussi muette sur les mariages entre l'adopté et les ascendantes de l'adoptant. Ce silence est-il oubli, est-il affectation? Quelle qu'en soit la cause, il doit surprendre; car, comme le fait observer avec sagesse M. Vazeilles, « convient-il que le père de l'adoptant puisse devenir son » gendre, en épousant sa fille adoptive? » (Traité du mariage, n° 109, *in fine*).

78. Au reste, on remarquera que, pour les prohibitions même qu'elle prononce par l'art. 348, la loi ne prescrit aucune mesure et n'établit aucune peine qui en assure l'exécution. Il n'est déclaré, en effet, ni au Titre du mariage ni à celui de l'adoption, que la peine de nullité serait attachée au mépris des prohibitions ordonnées; ces deux lois

n'autorisent, dans ce cas, aucune action, aucune poursuite ni civile ni criminelle ; en sorte que l'observation de la règle est absolument livrée à la surveillance et au zèle de l'officier de l'état civil et des autres autorités, et que si l'inattention ou l'ignorance de l'officier de l'état civil laissait négliger l'empêchement, il n'y aurait pas de moyen légal pour attaquer le mariage qui aurait violé la défense. Nous renvoyons aux observations que nous avons faites sur les articles 228 et 295.

79. Mais si l'officier de l'état civil refusait de célébrer le mariage des enfants adoptifs entre eux ou avec les enfants de l'adoptant, ce mariage serait impossible. Car la loi française n'autorise pas le gouvernement, dans un tel cas, à accorder des dispenses, à la différence des lois du royaume des Deux-Siciles, dont le Code civil est copié sur le Code français, sauf quelques modifications. Ce Code napolitain permet les dispenses pour ce cas comme pour celui des alliés du degré de frère ou sœur en ligne collatérale, et des oncles et tantes (V. les art. 160 et 161 du Code civil du royaume des Deux-Siciles) (1).

Section V.

De la mort civile.

SOMMAIRE.

80. *Définition de la mort civile.*
81. *Comment était-elle produite parmi les Romains ?*
82. *Quelles condamnations l'entraînaient autrefois en France ?*

(1) Voici le texte de ces deux articles :

160. Nella linea collaterale è vietato il matrimonio,

1° Trà i fratelli e sorelle legitimi o naturali ;

2° Trà gli affini del medesimo grado ;

3° Trà lo zio e la nipote, trà la zia e il nipote ;

4° Trà l'addotato ed i figli dell' addotante ancorchè addotivi.

161. Il rè non dimeno per cause gravi può dispensare al divieto espresso ne' numeri 2°, 3°, et 4° dell' articolo preecedente.

83. *Elle n'avait pas lieu sous la loi du* 28 *septembre* 1791.
84. *Mais des lois de circonstances la prononçaient contre les émigrés et les déportés.*
85. *Le Code civil l'applique à la condamnation à la mort naturelle.*
86. *Le Code pénal l'applique aux condamnations à perpétuité.*
87. *Elle n'a lieu que du jour de l'exécution par effigie.*
88. *Elle disparaît si le condamné meurt ou se représente dans les cinq ans.*
89. *Effet de la mort civile quant au mariage.*
90. *Le conjoint du mort civilement peut-il se remarier?*
Dissertation sur cette question et opinions contraires.
91. *De la réintégration dans les droits civils.*
92. *Deux manières de l'opérer.*
93. *Des effets de la réintégration quant au mariage.*
94. *Distinction entre ses effets, suivant le mode de la réintégration.*
95. *De la grâce ou de l'amnistie et de leurs effets.*
96. *De la révision et de ses effets.*
97. *Différence entre l'ancienne et la nouvelle législation à cet égard.*
98. *L'ancienne était préférable.*

80. La mort civile est une fiction de la loi qui considère celui qui en est frappé comme mort pour la société, et qui le prive de toute participation aux droits civils dont jouissent les membres du corps social.

81. Les Romains l'appelaient *maximam capitis diminutionem per quam et civitas et libertas amittitur*. Alp. fragm., tit. 10, § 11.

Elle était l'effet d'une condamnation capitale, et entraînait la perte de la liberté. *Rei capitalis damnatum sic accipere debemus ex quâ causâ, damnato, vel mors vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit*. L. 2, ff. de Pœnis.

82. Autrefois, en France, la condamnation à mort et les peines perpétuelles emportaient la mort civile.

Telles étaient les condamnations aux galères perpétuelles, à la prison perpétuelle, au bannissement perpétuel hors du royaume.

Le bannissement à perpétuité de certaine province ou de certains lieux ne privait pas des droits civils.

La mutilation d'un membre par condamnation emportait mort civile.

La profession religieuse produisait aussi la mort civile (1).

Les condamnations même par contumace ne produisaient d'effet qu'autant qu'elles étaient exécutées ; en sorte que la mort civile ne courait que du jour de l'exécution, au moins par effigie, si le condamné était contumace. (Art. 28 et 29 du titre 17 de l'ordonnance de 1670.)

Mais si le contumace se représentait dans les cinq ans, la condamnation et tous ses effets étaient éteints.

83. Le Code pénal du 6 octobre 1791 et les autres lois de l'époque n'attachaient pas la mort civile aux condamnations à mort ou à la déportation qui était la seule peine perpétuelle.

L'art. 1er du décret des 26-27 septembre 1791 portait : « Dès à présent, la peine de mort ne sera plus que la simple » privation de la vie. »

Cette disposition fut répétée dans l'art. 2 du titre 1er du Code pénal du 6 octobre 1791.

Divers articles de cette loi déclarent que les autres peines qu'elle prononce ne pourront être perpétuelles.

Seulement l'art. 1er du titre 2 veut que celui qui, après une première condamnation pour crime, serait repris de justice pour un second crime emportant l'une des peines des fers, de la réclusion, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, soit condamné à la peine prononcée par la loi contre ce second crime ; et qu'après l'avoir subie il soit transféré, pour le reste de sa vie, au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs.

D'ailleurs le condamné n'était pas frappé de mort civile.

L'art. 35 du titre 1er de cette loi déclarait abroger toutes les peines alors en vigueur autres que celle qu'elle établissait elle-même.

(1) V. Rousseau-Lacombe, Jurisprudence civile, au mot *Testament*, sect. 2, nos 7 et 8, et les auteurs qu'il cite.

V. aussi le Dictionnaire du droit canonique, au mot *Mort civile*.

84. Plus rigoureuses pour les délits politiques, les lois sur les émigrés et les prêtres déportés les frappaient de mort civile.

85. Le Code civil déclare, dans son art. 23, que la condamnation à mort naturelle emportera la mort civile.

Il dit, dans l'article 24, que les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.

86. Le Code pénal du 18 février 1810 n'attache la mort civile qu'aux condamnations aux travaux forcés à perpetuité et à la déportation. (Art. 18 de ce Code.)

87. Mais ce n'est pas du jour de la condamnation que le condamné est atteint de mort civile.

Si la condamnation est contradictoire, ce n'est que du jour de son exécution soit réelle soit par effigie. (Code civil, article 26.)

Si la condamnation n'a eu lieu que par contumace, le condamné n'est mort civilement qu'après les cinq années qui suivent l'exécution du jugement par effigie. (Même Code, article 27.)

88. Si le contumace meurt réellement, ou se représente, ou est arrêté pendant ce délai, le jugement est anéanti de plein droit; et par conséquent, le condamné est réputé mort *integri status* (Code civil, art. 29, 30, 31).

La loi ne reconnaissant pas aujourd'hui parmi nous d'ordre religieux à vœux perpétuels, il n'y a plus de mort civile résultant de l'ingrès en religion.

89. Les effets de la mort civile, par rapport au mariage, sont de dissoudre celui qui existe et de rendre le condamné incapable d'en contracter qui produise aucun effet civil.

Voici les termes de l'article 25 du Code civil, relativement au mariage :

Art. 25. « Par la mort civile, le condamné perd la propriété des biens qu'il possédait;

» Il est incapable de contracter un mariage qui produise des effets civils ;

» Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dis-
» sous quant à tous ses effets civils. »

Toutes ces dispositions sont empruntées des anciens principes et notamment de la déclaration du roi Louis XIII, de 1639.

Autrefois comme aujourd'hui, les mariages antérieurs à la condamnation qui emportait mort civile, ou plutôt antérieurs à l'exécution du jugement, cessaient de produire, dès l'instant de cette exécution, aucun effet civil.

Mais le mariage subsistait quant au sacrement; aucune puissance humaine ne pouvait le dissoudre ; en sorte que l'épouse du condamné mort civilement ne pouvait contracter un nouveau mariage.

A l'égard du mariage contracté par le condamné, il était bon aussi, comme sacrement, mais il était nul quant aux effets civils. (V. l'art. 7 de l'Ordonnance de 1639 ; v. aussi Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 433, et le Dictionnaire canonique au mot *Mort civile*.)

90. La législation actuelle ne considérant plus le mariage que comme union civile, il est entièrement dissous par la mort civile de l'un des conjoints ; et l'autre conjoint peut se remarier ; car, suivant l'article 25 du Code civil, dernier paragraphe, l'époux du mort civilement peut *exercer tous les droits auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.*

Or, un des droits les plus considérables est évidemment la faculté de se remarier.

Ce droit important appartient, à ne considérer que la loi sociale, au conjoint du mort civilement, puisque le mariage, dans son lien et dans ses effets, est dissous d'une manière absolue.

C'est aussi ce que reconnaissent tous les auteurs ; et il était difficile de le contester en se fixant sur les termes de l'article 25 du Code, en examinant même les discussions qui, au conseil d'Etat, ont préparé la règle.

Les termes de l'article 25 sont clairs, positifs, formels ;

il y est dit, en parlant du condamné frappé de mort civile:

« Le mariage qu'il avait contracté précédemment est » dissous quant à tous ses effets civils. »

Quelles expressions plus fortes, plus décisives pourrait-on désirer?

Le mariage est dissous.

Donc le lien civil du mariage n'existe plus; donc le conjoint est libre; donc aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'il contracte une nouvelle union civile.

Il est vrai que dans l'une des rédactions proposées, on ajoutait à la fin de l'article: « L'autre époux est libre de » contracter un nouveau mariage. »

Et cette phrase fut supprimée dans la rédaction définitive.

Mais pourquoi? parce qu'elle parut inutile, parce qu'on fit observer « qu'on avait tout dit quand on avait déclaré » le mariage dissous; qu'il n'était pas besoin d'ajouter que » l'autre époux était libre; que cette expression pourrait » faire croire aux consciences timorées que la loi civile » entendait aussi rompre les liens religieux; qu'il fallait » laisser l'autre époux tirer la conséquence du principe gé- » néral, suivant ses principes et ses opinions. »

Sur ces observations, le rédacteur consentit à retirer la phrase; mais le principe général fut maintenu avec toutes ses conséquences.

Ce ne fut cependant pas sans difficulté qu'il fut adopté; car il blessait les anciennes règles, il choquait toutes les idées, il présentait de graves inconvénients dans ses applications.

Toutes ces raisons furent développées avec une grande force d'érudition et de logique; et sans recourir même à la puissance des idées religieuses, on empruntait de graves arguments des lois romaines, de notre législation intermédiaire, de la position difficile où se trouverait une épouse vertueuse qui ne voudrait pas abandonner son époux dans le malheur, de l'affligeante situation des enfants qui naîtraient depuis la mort civile de l'époux.

On demandait que par des condamnations afflictives et infamantes et par la mort civile, on demandait que, comme chez les Romains, comme parmi nous-mêmes suivant la loi du 20 septembre 1792, le mariage ne fût pas dissous de plein droit, mais que seulement ces causes devinssent des causes déterminées du divorce ou de la séparation de corps, dont le conjoint du condamné serait libre de faire usage (1).

A ces considérations on opposa l'impossibilité légale de laisser survivre le contrat, seul lien que la loi reconnaisse, à la mort civile de l'un des époux ; la contradiction que présenterait la continuation du mariage et de ses effets avec l'état civil d'un individu qui, par une condamnation à mort ou à des peines perpétuelles, aurait été retranché de la société ; l'incertitude même d'une filiation que ne pourrait plus garantir la cohabitation publique des époux.

Ces dernières idées prévalurent, et le mariage fut déclaré dissous par la mort civile de l'un des conjoints ; innovation rationnelle peut-être en théorie, mais qui n'est pas sans danger dans son application ; innovation qui choque les mœurs antiques, qui blesse les opinions religieuses de la majeure partie des Français, que l'expérience des siècles semblait repousser, et qui punit dans les enfants conçus depuis la mort civile, la faute de leur père, en leur refusant l'état et les droits d'enfants légitimes par l'effet de la dissolution absolue du mariage que notre ancienne législation considérait comme toujours existant au moins dans l'intérêt des enfants nés d'un mariage antérieur. Car ceux-ci conservaient le droit de succéder à tous leurs parents, à ceux de la ligne du condamné comme à ceux de l'autre ligne (2).

(1) V. L. 1re, *C. de Repudiis* ; la loi du 20 sept. 1792, § 1er, art. 4, et pour les discussions du Conseil-d'Etat, Locré, *Esprit du Code civil*, t. 1er, p. 194 et suiv.

V. aussi les Conférences du Code civil, par *Favard*, t. 1er, p. 84 et suiv.

(2) V. Merlin, *Répertoire*, au mot *Mort civile*, § 1, art. 3.

Mais quelque rigoureuse que soit la loi, quelque fondée que puisse paraître la critique qui lui est adressée, quelque peu d'harmonie qu'elle présente avec la loi du 8 mai 1816 qui, en abolissant depuis le divorce, a consacré l'indissolubilité du mariage, tant que la loi antérieure n'aura pas été réformée, on devra s'y soumettre et reconnaître sans hésiter, qu'en prononçant la dissolution du mariage de l'homme mort civilement, elle autorise de plein droit l'autre conjoint à contracter un nouveau mariage (1).

C'est aussi ce qu'a décidé, en thèse, la Cour royale de Douai, par arrêt du 3 août 1819, dans la cause Delvarre.

C'est encore ce qu'a jugé la Cour royale de Toulouse, par arrêt du 26 mai 1837 (V. S. 37. 2. 296).

Ces arrêts sont trop conformes à la loi existante pour supposer que la jurisprudence puisse varier tant que le principe général ne sera pas modifié.

Aussi si l'on en excepte Toullier, tous les auteurs professent une doctrine conforme à cette décision (2).

91. Mais telle qu'elle est, la loi peut donner lieu à des questions assez sérieuses, relatives à la réintégration du condamné dans tout ou partie de ses droits civils.

92. Cette réintégration peut être opérée de plusieurs manières :

(1) V. sur la mort civile et ses effets une longue dissertation de M. Merlin, *Répertoire*, vo *Mariage*, sect. 2, § 2, no 3, et sect. 3, § 1er, nos 3, 4, 5, aux additions.

Nota. Chez la plupart des peuples de l'Europe, la mort naturelle seule dissout le mariage. — V. notamment le Code des Deux-Siciles, art. 216; le Code Prussien, art. 434 à 668; voir aussi le Code de la Louisianne, no 133; le Code Sarde, art. 144; les lois d'Espagne, l. 2 et 5, titre 10, de la P. 4.

(2) V. Merlin, *Répertoire*, vo *Mariage*, sect. 2, § 2, no 3, et surtout aux additions, longue dissertation : Locré, *Esprit du Code civil*, tome 1er de l'édition in-8o, p. 194 et suiv.; Delvincourt, t. 1er, p. 215; Guichard, *Traité des droits civils*, nos 330 et suiv.; Duranton, t. 1er, no 251; Vazeilles, *du Mariage*, t. 2, p. 566 et suiv.

Contrà : Toullier, t. 1er, no 285. (Voir aussi une consultation insérée dans le Recueil de Sirey, t. 19. 2. 117.)

Ou par la volonté du chef de l'État ;

Ou par l'autorité judiciaire.

Par la volonté du chef de l'État, lorsqu'il accorde au condamné à la déportation, l'exercice de ses droits civils ou lorsqu'il use de son droit général de faire grâce,

Par l'autorité judiciaire :

Dans les cas d'absolution,

De révision,

De réhabilitation.

Quels seront, quant au mariage, les effets de ces divers moyens ?

93. L'art. 18 du Code pénal, en déclarant que la condamnation à la déportation emportera mort civile, autorise néanmoins le Gouvernement à accorder au condamné l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits.

Cette faculté a été vraisemblablement le résultat de la longue discussion qui eut lieu sur la mort civile appliquée à la déportation, lorsqu'on arrêta la rédaction de l'art. 25 du Code civil.

On sentait alors la nécessité de ne pas priver le déporté de tous droits civils, au moins dans le lieu de la déportation. L'intérêt même de la colonie qui serait choisie pour y réunir les déportés, commandait à leur égard une exception aux effets généraux de la mort civile ; et un article spécial, qui était le 22e du projet, avait été proposé par la commission.

Cet article maintenait le mariage antérieur du déporté et autorisait même celui qui n'était pas marié à contracter mariage. Mais il déclarait que ces mariages ne pourraient produire des effets civils que dans le lieu de la déportation, et que les enfants nés depuis, ainsi que leurs descendants, ne pourraient succéder qu'aux biens situés dans le lieu de cette déportation.

Cependant l'article fut retranché.

Le conseil parut néanmoins adopter en principe que le

déporté jouirait de ses droits civils au lieu de la déportation et que là se créerait pour lui une nouvelle famille.

C'est sans doute cette pensée qui a produit la faculté réservée au Gouvernement par l'art. 18 du Code pénal.

Mais si le Gouvernement en use, quelle en sera la conséquence?

Le condamné conservera-t-il, même en France, l'exercice de ses droits civils, et son précédent mariage sera-t-il ou non dissous?

94. Il semble qu'il faut distinguer le cas où la concession faite par le Gouvernement aurait précédé l'exécution de la condamnation du cas où elle serait postérieure.

Si elle avait précédé l'exécution du jugement de condamnation et qu'elle fût d'ailleurs assez large, elle aurait empêché la mort civile et par conséquent la dissolution du mariage du déporté. Car on sait que la mort civile n'atteint le condamné qu'au moment de l'exécution de la condamnation (Code civ. art. 26). Elle ne frappe donc pas celui dont le jugement est modifié avant cette exécution et auquel le Gouvernement, usant du pouvoir que lui a déféré la loi, conserve l'exercice de ses droits civils.

Mais si le jugement, étant contradictoire, avait été exécuté antérieurement, ou si ce jugement, étant rendu par contumace, son exécution avait précédé la grâce de cinq années, dans ces deux cas, la condamnation aurait produit son effet, la mort civile aurait frappé le condamné, le mariage aurait été dissous, et la concession que le Gouvernement ferait au condamné de ses droits civils, n'aurait d'effet que pour l'avenir; elle ne pourrait avoir sur le passé un effet rétroactif qui serait nécessairement nuisible à d'autres intérêts et à des droits acquis.

95. Ceci nous conduit à examiner les effets de la grâce ou de l'amnistie.

La solution doit être la même que pour le cas précédent qui n'est lui-même qu'un cas de grâce partielle.

La clémence du prince ne peut exercer son influence sur le passé et faire disparaître les effets déjà produits par la mort civile attachée à la condamnation et à son exécution (V. par analogie l'art 633 du Code d'instruction criminelle).

Ainsi la grâce ne fera pas revivre le mariage précédemment éteint par la mort civile ; et si les deux anciens conjoints veulent se réunir légalement, il faudra qu'ils contractent un nouveau mariage.

Quelques auteurs vont plus loin. Ils pensent que la grâce, l'amnistie ne peuvent effacer la mort civile résultant d'une condamnation judiciaire. La réhabilitation leur paraît indispensable.

Il faut convenir que cet avis paraît justifié par les dispositions des art. 619 et suivants du Code d'instruction criminelle, qui rappelent comme cause de réhabilitation des lettres de grâce obtenues par le condamné (V. l'art. 633 de ce Code (1).

Il nous semble cependant que cette opinion est trop rigoureuse ; elle ne se concilie pas d'ailleurs avec l'art. 58 de la Charte constitutionnelle.

« Le roi, dit cet article, a le *droit de faire grâce* et celui » de commuer les peines. »

Le droit de faire grâce.

Ces expressions s'entendent d'une grâce entière, d'une grâce absolue, et non d'une grâce partielle à laquelle s'appliquerait plutôt la commutation de peine dont parle le même article.

D'ailleurs ce droit de faire grâce, conféré au roi par notre Charte constitutionnelle, s'étend évidemment à toute espèce de peine, et par conséquent aussi à la mort civile. Il serait peu rationnel de prétendre que le chef de la société, qui peut rendre, en quelque sorte, au condamné sa vie naturelle par le bienfait de la grâce ou de l'amnistie, ne puisse pas lui restituer sa vie civile par le même moyen ?

(1) Avis du Conseil-d'Etat des 22 déc. 1822, 8 janv. 1823, rapportés par Sirey, 23. 2. 91.

Une telle interprétation ajouterait de la dureté à une loi déjà trop dure, elle violerait la règle si connue *in causis favorabilibus benignè interpretandum est* (1).

96. Nous avons examiné quels étaient les effets de la grâce ou de l'amnistie, et nous avons pensé que si elle avait précédé l'exécution du jugement de condamnation, elle conservait au condamné son état civil dans son intégrité pour le passé comme pour l'avenir ; que si, au contraire, elle n'était accordée qu'après l'époque où la mort civile avait atteint le condamné, cette mort civile n'était effacée que pour l'avenir, et tous les effets qu'elle aurait déjà produits continuaient de subsister.

En serait-il ainsi dans le cas de la révision d'une condamnation entraînant la mort civile ?

On sait que la révision peut avoir lieu dans deux cas :

1° Lorsque deux accusés ont été condamnés pour le même crime par deux arrêts différents qui ne peuvent se concilier, et qui sont la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre des condamnés ;

2° Lorsque des témoins à charge ont été convaincus de faux témoignages sur le fait qui a donné lieu à la condamnation.

Si, dans ces deux cas, l'arrêt qui condamne est annulé, tous ses effets disparaissent et par conséquent aussi la mort civile qui serait résultée de l'exécution de la condamnation.

Cette juste conséquence ne saurait être douteuse. La malheureuse victime d'une déplorable erreur doit recevoir de la justice elle-même toutes les réparations possibles ; et par con-

(1) Voir dans le sens de notre opinion Legraverend, tome 2, p. 769; Proudhon, *de l'Usufruit*, nos 2021 et suivants; Toullier, t. 1er, no 241; Dumoulin, t. 1er, n° 240 ; et contre, Dalloz aîné, t. 6, p. 536 et 537, n° 21, et Dalloz jeune, *Dictionnaire général*, au mot *Amnistie*, nos 157 et suivants.

Voir aussi contre, les deux avis du Conseil-d'Etat indiqués à la précédente note.

séquent la mort civile doit être effacée dès son origine, comme s'il n'y avait jamais eu de condamnation.

Ce serait dans une telle circonstance surtout qu'on reconnaîtrait le danger du principe absolu de la dissolution d'un premier mariage par la mort civile.

Car, si le conjoint, trompé par la condamnation et l'exécution qu'elle aurait reçue, s'était remarié, si une nouvelle famille avait été le fruit de cette seconde union, que devrait-il arriver?

Sans doute les nouveaux nœuds seraient rompus, et le conjoint serait tenu de se réunir à son premier époux, le premier mariage ayant recouvré toute sa force ou plutôt ne l'ayant jamais perdue réellement.

Sans doute aussi les enfants nés du second mariage seraient légitimes, parce que la bonne foi aurait couvert le vice de leur naissance.

Mais combien ne serait-elle pas difficile et affligeante la position d'une femme, adultère par ignorance, épouse unique de deux époux encore vivants, mère d'enfants de deux lits dont les pères encore existants l'un et l'autre seraient placés par la nature entre elle et les enfants qu'ils lui auraient donnés!

Quelle source d'embarras, de chagrins, de dissensions domestiques et peut-être de malheurs plus graves une telle condition ne soulèverait-elle pas?

97. Et ne serait-il pas à désirer que la loi la tarît, en revenant à des principes dont l'expérience avait prouvé la sagesse, et en ne permettant pas au conjoint du mort civilement de passer à un second mariage avant la mort naturelle de son premier époux?

Ce retour à l'ancienne législation serait un avantage dont le besoin peut se faire sentir aussi dans plusieurs autres cas, non-seulement dans ceux de la déportation et de la grâce ou de l'amnistie dont nous avons déjà parlé, mais encore dans ceux de l'absolution d'un contumace et de la réhabilitation

d'un condamné qui s'est rendu digne de cette faveur de la loi.

D'après l'article 30 du Code civil, lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera représenté ou qui n'aura été constitué prisonnier qu'après les cinq ans de l'exécution du premier jugement, sera absous par le second jugement ou n'aura été condamné qu'à une peine qui n'emportera pas la mort civile, il *rentrera dans la plénitude de ses droits civils pour l'avenir*.

Mais, ajoute cet article, il n'y rentrera qu'à *compter du jour où il aura reparu en justice*.

Le premier jugement conserve pour le passé tous les effets que la mort civile avait produits.

Ainsi s'il était marié, son mariage avait été dissous.

S'il s'est marié, son mariage est nul.

Pour redevenir époux, il faut qu'il en contracte un nouveau quoique avec la même personne, et cette personne peut le repousser et faire un autre choix.

Si, depuis sa mort civile, son épouse a formé de nouveaux nœuds, la loi les protége, ne reconnaissant plus ceux qu'elle avait elle-même consacrés.

Enfin il est frappé à jamais dans ses affections les plus douces, dans ses habitudes les plus fortes comme dans ses intérêts pécuniaires, par cela seul qu'au malheur d'une condamnation erronée mais exécutée, il a ajouté l'imprudence d'un éloignement qui s'est prolongé pendant plus de cinq ans.

Telle est le fâcheux résultat de la nouvelle législation.

Le réhabilité est dans une condition semblable. Tous ses droits passés sont irrévocablement éteints; si sa punition physique a cessé, ses peines morales sont maintenues, sa qualité d'époux ne doit plus exister que dans ses souvenirs et ses regrets. Il faut qu'il commence une vie nouvelle (V. Code d'instruction criminelle, art. 633).

98. Il faut reconnaître qu'une telle législation est d'une bien grande rigueur, et que peut-être elle eût dû être adoucie

au moins relativement au mariage, c'est-à-dire à cette union si solennelle, si respectable qui, dans la pensée de chacun des époux, devait avoir la durée de leur vie entière et de leur vie naturelle, non de leur vie civile seulement.

On concevrait que cette rigueur pût être appliquée au condamné que la prescription seule aurait affranchi de la peine. Car un libéré par prescription n'inspire pas le même intérêt et n'offre pas autant de garantie. Aussi la loi ne le réintègre-t-elle même pas pour l'avenir dans ses droits civils. (V. C. C. art. 32.)

Mais dans tous les autres cas, la législation ancienne était, il semble, plus sage, plus humaine, plus conforme aux grands principes de l'équité qui doit être la base de toute législation.

99. Tout ce que nous avons dit dans cette section ne s'applique pas aux émigrés dont l'état et les droits ont été réglés par des lois spéciales.

La mort civile qui les avait frappés n'avait pas annulé leur mariage; elle était seulement une cause de divorce. (L. du 20 septembre 1792).

Leur amnistie les a reintégrés dans leurs droits civils.

Leurs mariages contractés pendant l'émigration, quoique nuls dans le principe, sont devenus valables par la cohabitation postérieure à l'amnistie. (V. sur l'état et les droits des émigrés, le Dictionnaire de Dalloz jeune, au mot *Emigré*.)

Section VI.

De quelques autres cas d'empêchement.

SOMMAIRE.

100. *Diverses autres sortes d'empêchements.*

100. Nous avons parcouru les cas d'empêchements au mariage qui résultaient d'incapacités expressément prévues par la loi civile.

Il est d'autres empêchements qui sont indiqués par la loi naturelle, par les mœurs, par les idées religieuses ; l'ancienne législation les avaient adoptés, et nous aurons quelques observations à faire sur les effets qu'ils peuventa voir aujourd'hui.

---

§ Ier.

Impuissance.

SOMMAIRE.

101. *L'impuissance physique est-elle un empêchement légal?*
102. *Principes du droit romain sur cette question.*
103. *Règles du droit canonique et de l'ancien droit Français.*
104. *Silence de la loi du* 20 *septembre* 1792.
105. *Silence de la législation du Code civil.*
106. *Distinction entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle admise par quelques auteurs.*
107. *Cette distinction n'est ni juste, ni rationnelle.*
108. *Arrêts sur la question.*
109. *Délai dans lequel doit être formée l'action.*

101. Un premier empêchement signalé par la nature est l'impuissance physique.

La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, celui qui, par un vice physique, ne peut y parvenir, surprend le consentement de la personne à laquelle il a voulu s'unir.

Une telle union, fruit de la fraude ou de l'erreur, est repoussée par la nature et ne saurait être consacrée par la loi.

102. Chez les Romains elle était déclarée nulle. Mais leur législation avait varié sur les preuves. La loi 39, ff. *de jure dot.*, § 1er, exigeait la castration. *In castrato verò nec dos est, nec matrimonium, secus in spadone.*

L'empereur Justinien autorisa la répudiation ou le divorce après deux ans de cohabitation impuissante. Ce temps d'épreuve fut porté à trois ans par la novelle 22, chapitre 6 (V. L. 10, *de repudiis*, et l'Authentique *Sed hodiè*).

103. Parmi nous aussi, l'impuissance était autrefois une cause de nullité de mariage.

Pour en avoir la preuve, le juge ordonnait la visite, par des chirurgiens ou des matrones, de celui des époux qui était accusé d'impuissance.

Pendant long-temps même cette preuve se faisait par le congrès. Mais ce moyen scandaleux fut interdit par le célèbre arrêt de règlement du 18 février 1677 que provoqua peut-être la censure sévère du satyrique Boileau qui, dans sa satyre sur l'Homme, flétrit cette étrange mesure.

Suivant le droit des Décrétales, on considérait comme preuve suffisante de l'empêchement d'impuissance, la déclaration faite par les deux parties, avec serment sur les saints évangiles et après une cohabitation de trois ans, qu'elles n'avaient pu, pendant ce temps, avoir commerce ensemble, lorsque cette déclaration était soutenue par quelques indices extérieurs du défaut de virilité (V. le chap. *Laudabilem de frigidis et malefic.*) (1).

C'était autoriser en quelque sorte le divorce par consentement mutuel.

Le droit français n'avait pas admis ce dangereux moyen.

Cependant il considérait l'impuissance comme une cause de nullité du mariage.

Mais il fallait que les preuves ne fussent pas douteuses (2). Or il est fort difficile d'en obtenir de positives.

104. C'est sans doute cette difficulté qui empêcha de faire mention de l'impuissance dans la loi du 20 septembre 1792.

105. Les législateurs du Code civil ont gardé le même silence.

Ont-ils aussi été frappés de la difficulté des preuves et du scandale de ces sortes de discussions?

Se sont-ils arrêtés, avec les législateurs romains, à cette

(1) V. le Dictionnaire canonique au mot *Impuissance*, et Pothier, *du Mariage*, nos 97 et 458.

(2) V. sur l'impuissance Despeisses, tome 1er, p. 243.

règle de droit, que c'est le consentement et non la cohabitation qui constitue le mariage? *Nuptias non concubitus sed consensus facit*, l. 30 de regul. jur. l. 15 in fin. de cond. et dem).

Mais c'aurait été résoudre la question par la question; car le but que doivent se proposer les époux par le mariage ne permet pas de supposer qu'il y eût eu consentement si le vice d'impuissance eût été connu.

Nous ne pouvons admettre l'opinion de M. Dalloz aîné et de M. Favard, qui pensent que l'impuissance n'est aujourd'hui ni une cause de dissolution du mariage, ni même un simple empêchement prohibitif (1).

Le silence du législateur sur cet empêchement naturel ne doit avoir été l'effet que de l'impossibilité de déterminer les caractères et les preuves de l'impuissance, et de la pensée qu'il avait assez dit en déclarant, dans l'art. 145, qu'il *n'y avait pas de mariage lorsqu'il n'y avait pas de consentement*, et en autorisant par l'art. 180 la demande en nullité du mariage, lorsqu'il y *avait eu erreur dans la personne*.

Tout le reste devait être livré à la conscience du juge, qui apprécierait les circonstances, qui vérifierait les preuves du vice reproché et de son étendue, et qui examinerait s'il y avait eu un consentement éclairé.

Ainsi, l'on doit reconnaître que sous notre législation actuelle comme sous celle qui l'a précédée, l'impuissance est une cause d'empêchement ou de nullité du mariage; seulement, que les tribunaux ne doivent admettre un semblable moyen qu'avec beaucoup de circonspection (2).

106. Ces principes posés, faudra-t-il, avec Toullier et

(1) Dalloz, Jurisprudence générale, tome 10, p. 11, n° 2;
Favard, Répertoire de la nouvelle législation, tome 3, p. 457.

(2) Le Code Autrichien place l'impuissance au moment du contrat parmi les causes prohibitives du mariage, § 60.

Les Lois Espagnoles placent aussi l'impuissance au nombre des empêchements dirimants du mariage, l. 16, tit. 2.

Duranton, distinguer entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, n'avoir aucun égard à la première et n'admettre que la seconde (1)?

107. Une telle distinction ne serait ni juste ni rationnelle.

Elle ne serait pas juste; car que l'impuissance soit naturelle ou accidentelle, l'erreur du consentement donné au mariage n'en aura été ni moins grande dans son principe ni moins funeste dans ses conséquences; et comme cette erreur est la base de l'action en nullité, pourquoi annulerait-elle le mariage dans un cas et le laisserait-elle subsister dans l'autre?

Elle ne serait pas rationnelle. En effet, les raisonnements des auteurs cités sont fondés uniquement sur la difficulté de reconnaître l'impuissance naturelle, qui peut ne provenir que d'une faiblesse des organes plutôt que d'un vice de conformation.

Mais l'argument même n'entraîne pas la conséquence du rejet absolu du moyen de nullité tiré de l'impuissance naturelle.

Il conduirait seulement à ne l'admettre que lorsqu'elle serait produite par un défaut apparent et non équivoque de conformation.

Au reste, l'appréciation du défaut physique et de ses effets étant laissée comme elle doit l'être, à la sagesse scrupuleuse des tribunaux, la dissolution du mariage ne deviendra pas facile.

Les tribunaux devront se montrer rigoureux pour le vice accidentel comme pour le vice naturel, et rechercher par tous les moyens d'instruction que pourrait autoriser le respect dû aux mœurs, si le vice existe; c'est-à-dire s'il est

(1) Toullier, *Droit civil*, t. 1. 418;
Duranton, *Droit français*, t. 2. 53. 54;
Contre,
Vazeilles, *Traité du Mariage*, t. 1er, p. 98-105, et Merlin, *Répertoire*, vo *Impuissance*.

tellement caractérisé qu'il ne puisse y avoir aucun doute sur l'impuissance du conjoint.

Dans ce cas absolu, mais dans ce cas-là seulement, le mariage devra être annulé.

Cette sage sévérité empêchera les abus de ces affligeantes réclamations que l'on doit prévenir par les difficultés du succès, mais que l'on ne doit pas absolument proscrire lorsqu'il y a nécessité et que l'un des époux a été indignement trompé.

108. Au reste, les exemples seront rares.

On peut en juger par le petit nombre de causes de ce genre qui ont été portées devant les tribunaux depuis un grand nombre d'années.

Les Recueils judiciaires n'en rappellent que trois jugées par les Cours de Trèves, de Gênes et de Riom, les 1er juillet 1808, 7 mars 1811, 30 juin 1828 (1), et un seul de ces arrêts, appuyé sur les faits les plus déterminants, a déclaré le mariage nul. La demande a été rejetée par les autres arrêts. Celui de la Cour de Gênes a décidé la question en principe; celui de la Cour de Riom s'est fondé sur le silence de la loi nouvelle, sur le rejet du vice d'impuissance pour autoriser le divorce ou le désaveu d'un enfant; sur la difficulté, l'impossibilité même dans certains cas d'obtenir des preuves certaines de l'impuissance; sur le scandale de l'action et sur celui des vérifications qu'elle rendrait nécessaire et qu'un refus même pourrait arrêter sans que la loi et la morale permissent de le vaincre.

Ces considérations sont puissantes, mais elles ne sont pas décisives. Si la loi n'autorise pas spécialement l'action, au moins elle ne la défend pas; elle la permet même en termes généraux en déclarant nul, pour les mariages comme pour les contrats ordinaires, le consentement que l'erreur a

(1) Voir les deux premiers arrêts dans la Jurisprudence de Dalloz aîné, t. 10, p. 11, aux notes.

Voir celui de Riom dans le journal de Sirey, t. 28. 2. 226.

dicté. La difficulté des preuves ou leur incertitude et le scandale des poursuites doivent seulement commander la plus grande circonspection dans l'admission de semblables demandes. Mais il peut se présenter tel cas où il y aurait injustice extrême à les repousser.

On conçoit, au reste, que l'action en nullité ne devrait appartenir qu'à celui des époux qui aurait été trompé et dont le consentement, effet de l'erreur et du dol, ne serait pas valable.

109. M. Vazeilles, dont nous avons adopté l'opinion sur la nullité du mariage produite par l'impuissance de l'un des époux, pense que l'action n'est plus recevable après six mois de cohabitation. Cette fin de non-recevoir fondée sur l'art. 181 du Code paraît juste, le délai de six mois devant suffire pour reconnaître l'erreur et en demander la réparation. Elle diminuerait encore le danger des abus.

---

§ II.

Adultère.

SOMMAIRE.

110. *Empêchement résultant de l'adultère. Il n'était admis autrefois que lorsqu'il y avait des circonstances aggravantes.*
111. *Il a été aboli par la loi de* 1792.
112. *Le Code civil l'avait rétabli, en cas de divorce.*
113. *L'abolition du divorce l'a fait disparaître.*
114. *Doit-il être maintenu pour les divorces prononcés?*
115. Quid *pour le cas de separatum de corpis?*

110. L'adultère, accompagné de circonstances aggravantes, formait autrefois un empêchement dirimant au mariage du coupable et de son complice.

Les circonstances aggravantes étaient une promesse de mariage ou le meurtre de l'époux.

L'adultère, isolé même de ces circonstances, était, d'après la novelle 134, chap. 12, un obstacle au mariage.

Mais dans le XIII^e^ siècle, le pape Innocent III restreignit l'empêchement au cas où l'adultère serait accompagné d'une des deux circonstances que nous venons d'indiquer. (V. chap. *Significasti.* 6, extern. D, til. (1).

Le droit romain ainsi modifié était admis parmi nous.

111. La loi du 20 septembre 1792 a aboli cet empêchement.

112. Il avait été rétabli par l'art 298 du Code civil, pour le cas de divorce et sans qu'il existât de circonstances aggravantes.

113. Aujourd'hui que le divorce est aboli par la loi du 8 mai 1816, l'empêchement, qui ne s'appliquait qu'à ce seul cas de dissolution du mariage, a dû disparaître.

114. Cependant il doit être maintenu pour les divorces qui auraient été prononcés avant la loi du 8 mai 1816. Car cette loi, en abolissant le divorce, n'a pu affranchir l'époux, dont la mauvaise conduite l'avait provoqué, de la peine qui y était attachée, et cette peine ou plutôt cette prohibition était perpétuelle.

« Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier » avec son complice, » dit l'art. 298 du Code (2).

115. Mais si la peine est maintenue pour les divorces consommés, elle ne saurait être appliquée aujourd'hui aux séparations de corps, seul remède autorisé par la loi contre les maux d'une vie commune. Les causes de la séparation de

(1) V. Pothier, du *Mariage*, n^os^ 231 et suivants, et le Dictionnaire canonique au mot *Mariage*.

(2) L'adultère est une cause de nullité du mariage suivant le Code autrichien, art. 67 ; suivant le Code prussien, art. 937; suivant les lois de Saxe (Curtius, § 86 et 88); suivant celles de Bavière, § 7. 8. 9; suivant celles de Wurtemberg (mais la prohibition pouvait être levée par des dispenses); suivant les lois espagnoles, Ley. 19, tit. 2.

corps sont, il est vrai, les mêmes que celles du divorce, à l'exception du consentement mutuel.

Mais la loi n'applique pas au cas de séparation de corps les peines et les prohibitions qu'elle a établies pour le divorce, et l'on sait que les dispositions pénales et prohibitives ne s'étendent pas d'un cas à un autre. C'est ce que doit reconnaître le jurisconsulte si le moraliste exprime un vœu contraire (1).

---

§ III.

Ordres sacrés.

SOMMAIRE.

116. *De l'empêchement résultant de la prêtrise ou des vœux religieux.*
117. *Il fut établi par Justinien.*
118. *L'Eglise d'Occident ne l'admit que dans le XII^e siècle.*
119. *Il fut aboli par la loi du 9 février 1790 et la constitution de 1791.*
120. *Le Concordat du 18 germinal an X est muet sur cet empêchement.*
121. *La Charte de 1814 l'avait rétabli.*
122. *Il n'a pas été maintenu par celle de 1830.*
123. *Cet empêchement doit-il être admis aujourd'hui?*
124. *Lettres ministérielles sur la question.*
125. *Arrêts contraires.*
126. *Opinion des auteurs.*
127. *La législation ne contient aucune disposition prohibitive.*

116. L'engagement dans les ordres sacrés et des vœux monastiques étaient autrefois un empêchement dirimant au mariage.

Cet empêchement n'existait pas dans la primitive Église.

L'usage du célibat des prêtres s'introduisit ensuite; mais pendant plusieurs siècles, l'empêchement résultant des ordres sacrés ne fut pas prohibitif.

117. Justinien fut le premier qui ordonna que les ordres

(1) Vazeilles, du *Mariage*, p. 135.

sacrés fussent un empêchement dirimant au mariage. La loi 45 *Cod. de épisc. et cler.*, déclare nuls les mariages contractés par des personnes engagées dans les ordres sacrés.

Mais par des lois postérieures, le même empereur se borna à prononcer la peine de la déposition de leur ordre contre les personnes qui se mariaient depuis leur ordination. (V. novelle 6, cap. 5, et nov. 22, cap. 42).

Chez les Grecs, d'après les règlements faits par le fameux Concile *in Trullo*, ainsi nommé du nom du salon du palais de l'empereur dans lequel il fut tenu, le mariage était permis aux prêtres et aux diacres avant leur ordination seulement.

Quant aux évêques, on pouvait les élever à l'épiscopat, quoique mariés ; mais alors ils étaient obligés de se séparer de leurs femmes qui se retiraient dans un couvent.

118. Dans l'Eglise d'Occident, les ordres sacrés n'ont pas été considérés, jusqu'au XII^e^ siècle, comme un empêchement dirimant au mariage. Le Concile de Paris, tenu en 829, celui d'Augsbourg réuni en 952, défendent le mariage des personnes qui sont dans les ordres sacrés, mais seulement sous peine de déposition de leur ordre (1).

Les canons des deux Conciles de Latran tenus, l'un en 1123, l'autre en 1139, sont les premières lois canoniques qui annulent le mariage des prêtres ; et plus tard le Concile de Trente maintint cette discipline en anathématisant ceux qui déclareraient licites les mariages des personnes engagées dans les ordres sacrés.

Une déclaration de Charles IX, du 4 août 1564, rendue en exécution des lois canoniques, ordonna que les prêtres, moines, religieux et religieuses qui, durant les troubles civils ou depuis, avaient abandonné leurs professions et s'étaient mariés, seraient tenus de laisser leurs époux et de retourner à leur première vocation ou de se retirer hors du royaume, dans le délai de deux mois, sous peine des galères ou d'une détention perpétuelle.

(1) Pothier, du *Mariage*, n^os^ 115 et suiv.

Les canons étaient observés parmi nous avant 1789.

119. Ils disparurent devant la loi du 9 février 1790 et la constitution de 1791, qui interdirent formellement, pour l'avenir, et abolirent, pour le passé, les vœux monastiques, les vœux religieux et *tous les engagements contraires au droit naturel.*

La loi du 20 septembre 1792, sur le mariage, ne reproduisit pas l'empêchement résultant des ordres sacrés et les prêtres conservèrent la liberté de se marier.

120. Le concordat du 18 germinal an X ne les priva pas de cette faculté ; car il garde le silence sur le mariage des prêtres. Aussi M. Portalis, dans les motifs de la loi organique du Concordat qu'il présentait au Corps législatif, s'exprime-t-il ainsi :

« Pour les ministres du culte, à qui le célibat est or-
» donné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui
» leur est faite par ces règlements n'est point consacrée
» comme empêchement dirimant dans *l'ordre civil.* »

Le Code civil rédigé dans le même esprit, fut aussi muet sur le mariage des prêtres (1).

121. Mais la Charte octroyée en 1814 l'interdisait, au moins implicitement, en déclarant que la religion catholique était la religion de l'Etat. Ce qui était, il semble, en adopter les règlements prohibitifs du mariage des prêtres.

122. Par une raison inverse la prohibition aurait dû cesser à la promulgation de la Charte du 14 août 1830, qui protége également tous les cultes et qui se borne à déclarer que la religion catholique est celle de la majorité des Français (V. art. 5 et 6 de la Charte).

(1) Le mariage est interdit à ceux qui sont liés par des vœux solennels, ou qui sont dans les ordres sacrés (Code des Deux-Siciles, art. 162 : et Code autrichien, § 63).

Il est aussi prohibé par le Code bavarois, § 7, par celui de Wurtemberg, par les lois d'Espagne et de Portugal, qui ont adopté les règles du concile de Trente. Les lois d'Espagne l'interdisaient aussi à

123. Tel est l'état actuel de la législation.

Pourrait-on y trouver une preuve légale de la prohibition du mariage des prêtres ?

Il faut le reconnaître. Examinée avec la méditation calme du jurisconsulte qui se tient en garde contre l'impression si pénétrante du sentiment religieux, la question ne peut présenter de graves difficultés.

Que pourrait-on, en effet, invoquer pour la prohibition ?

Des règlements de l'Eglise, des décisions des Conciles?

Mais ces règlements, ces décisions ne font pas loi pour notre société civile ; et le mariage n'est considéré, par notre législation, que comme contrat civil.

124. Des lettres ministérielles écrites sous l'administration impériale (1)?

Mais ces lettres décèlent l'embarras de leur auteur et contiennent l'aveu que la législation ne s'opposait pas au mariage des prêtres.

Ces lettres sont au nombre de trois, l'une du 14 janvier 1806, est adressée par le grand-juge à l'archevêque de Bordeaux. Elle annonce que défenses ont été faites à tous les officiers de l'état civil de recevoir l'acte de mariage d'un prêtre désigné.

C'était un coup d'autorité et un acte moral sans doute, mais la loi l'autorisait-elle ?

Si la défense eût été écrite dans la loi, une lettre ministérielle eût-elle été nécessaire ?

Les mêmes réflexions naissent à la lecture des deux autres lettres dès 30 janvier et 9 février 1807, adressées, la première au préfet de la Seine-Inférieure, la seconde à l'évêque de Bayeux.

Ces deux lettres distinguent entre les prêtres qui, depuis

ceux qui avaient fait vœu de chasteté et profession religieuse. Ley. 11, y. 16. tit. 2, p. 4.

(1) V. ces lettres dans le Répertoire de M. Favard, au mot *Mariage*, t. 3, p. 459 et suivantes.

le Concordat, n'ont pas repris leurs fonctions, et ceux qui se sont mis en communion avec leurs évêques.

Les premiers, disent les lettres, doivent-être abandonnés à leurs consciences.

Quant aux seconds, ajoutent-elles, il importe, pour l'honneur du sacerdoce et même pour la sûreté des familles, d'empêcher leurs mariages.

On reconnaît, d'ailleurs, que la loi civile se tait sur le mariage des prêtres, et c'est sur des considérations seulement qu'on s'appuie.

Les mêmes idées morales et religieuses sont énoncées dans une décision manuscrite prise par le chef de l'État, le 9 juillet 1806, et écrite en marge d'un rapport ministériel.

Cette décision qui n'a pas été publiée officiellement, ne peut avoir aucune force.

125. Quant aux décisions judiciaires, on en trouve de contradictoires.

Un arrêt de la Cour royale de Turin, rendu le 31 mai 1811, déclare que le mariage est interdit aux prêtres.

Mais, avant et depuis, plusieurs arrêts de cassation ont reconnu la validité de ces mariages.

Un premier arrêt du 3 floréal an 13, s'applique à un mariage célébré en l'an 2, sous l'empire de la loi du 27 septembre 1792.

Un second arrêt, rendu le 22 janvier 1812, a déclaré que le mariage d'un prêtre, contracté aussi en l'an 2, avait légitimé un enfant que ce prêtre avait eu en 1778, époque à laquelle sa qualité de prêtre lui interdisait le mariage.

Un troisième arrêt du 16 octobre 1809, a reconnu valable le mariage contracté par un prêtre en 1807, sous l'empire du Code civil et du Concordat du 18 germinal an 10. Cet arrêt casse un jugement contraire. Le prêtre avait cessé ses fonctions avant le Concordat.

Enfin, la Cour de cassation a, il semble, consacré sa ju-

risprudence par un quatrième arrêt du 7 janvier 1821.

Ce dernier arrêt de la Cour suprême casse un arrêt de la Cour de Paris qui avait admis les héritiers collatéraux du prêtre Martin à attaquer le mariage de celui-ci, contracté sous la Charte de 1815. L'arrêt ne prononce, il est vrai, que par une fin de non-recevoir contre les collatéraux auxquels, dit-il, la loi n'accordait pas le droit d'attaquer le mariage.

Mais s'il y avait eu nullité d'ordre public comme on le prétendait, toute partie intéressée aurait eu le droit de la proposer. (Argument par analogie tiré de l'article 184 du Code civil.)

L'arrêt juge donc qu'il n'y avait pas nullité.

Cependant, depuis, la Cour de Paris, en infirmant un jugement du Tribunal civil de la Seine, a maintenu l'opposition qu'avaient formée le père et la mère du prêtre Dumontel au mariage de leur fils. Ce prêtre avait reçu son ordination en 1824, c'est-à-dire sous le Concordat du 12 germinal an X. L'arrêt est du 4 janvier 1832 et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 21 février 1833.

Voici les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation :

« Attendu qu'il résulte des articles 6 et 26 de la loi or-
» ganique du Concordat de germinal an 10, que les prêtres
» catholiques sont soumis aux Canons qui étaient alors
» reçus en France, et par conséquent à ceux qui prohibaient
» le mariage aux ecclésiastiques engagés dans les ordres
» sacrés ;

» Attendu que le Code civil et la Charte ne renfermant
» aucune dérogation à cette législation spéciale, l'arrêt at-
» taqué, en interdisant le mariage dont il s'agit, n'a violé
» aucune loi (1). »

L'arrêt de la Cour de Paris avait été rendu contre les

(1) V. l'arrêt de la Cour de Paris dans le journal de Sirey, t. 32. 2. 65; et celui de la Cour de cassation dans le même journal, t. 33. 1. 169.

conclusions du procureur-général Persil. Celui de la Cour de cassation est aussi contraire aux conclusions du procureur-général Dupin.

Ces deux savants jurisconsultes, dont l'opinion est fondée sur les plus profondes discussions en droit politique comme en droit civil, ont vu leurs efforts échouer contre deux articles du Concordat où il est assez difficile de trouver ce que les deux Cours ont cru y voir.

126. Les décisions contraires sont en assez grand nombre. Il en a été rendu par les tribunaux de Sainte-Menehould, de Nancy, de Cambray, d'Issoudun, et ces derniers jugements sont conformes à l'opinion presque unanime des auteurs qui ont examiné la question (1).

127. Ils sont aussi en harmonie avec les termes de la loi et avec la discussion qui l'a préparée, comme avec les motifs exposés par Portalis, qui déclare que, *depuis la proclamation de la liberté des cultes, la loi ne doit voir que des Français comme la nature ne voit que des hommes....*; « que » l'engagement dans les ordres sacrés, les vœux monas- » tiques et la disparité des cultes qui, dans l'ancienne ju- » risprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le » sont plus aujourd'hui (2). »

Ce concours d'autorités et, plus que toute le reste, le texte de la loi nous autorisent à invoquer la maxime si ancienne et si vraie : *Legibus non exemplis judicandum est*, et à penser que le mariage n'est pas prohibé aux prêtres; tout en déplorant que la législation ne se concilie pas avec nos mœurs antiques et n'interdise pas aux prêtres un mariage qui blesse les croyances religieuses de la majeure partie des Français.

(1) V. Toullier, *Droit civil*, t. 1er, nos 504 et 505;

Vazeilles, p. 107 et suivantes, no 94; Favard, *Répertoire*, vo Mariage, t. 3, p. 428;

Merlin, *Répertoire*, vo Mariage; Dalloz aîné, *Jurisprudence générale*, 10. 52, no 8.

(2) V. la législation civile et commerciale de Locré, t. 4, p. 482 et 497.

§ IV.

Diversité des religions, différence des couleurs.

SOMMAIRE.

128. *De la diversité des religions considérée comme cause d'empêchement du mariage.*
Prohibition des Conciles à cet égard.
129. *Constitutions des empereurs.*
130. *Edits de Louis XIV, qui défendaient le mariage entre un catholique et une protestante.*
131. *Cet empêchement a été aboli par les lois nouvelles.*
132. *La différence des couleurs était autrefois un empêchement.*
133. *Lettre ministérielle sur cette question.*
134. *Arrêt de la Cour de Bordeaux qui la juge en faveur du mariage.*
135. *Jurisprudence conforme de la Cour de cassation.*
136. *Loi du 24 avril 1833, qui attribue les mêmes droits à toute personne née ou devenue libre.*

128. La diversité des religions a été long-temps en France une cause d'empêchement du mariage.

Cependant les décisions des anciens Conciles se bornaient à défendre, mais sans les déclarer nuls, les mariages entre les chrétiens et les payens ou les hérétiques. Seulement ils soumettaient à une pénitence et à la séparation d'habitation pendant sa durée ceux qui étaient contrevenus à la défense.

Le seul Concile qui ait prononcé la nullité de ces mariages est celui tenu à Constantinople en 692, appelé *in Trullo*, dont nous avons déjà parlé. Mais ce Concile, composé d'évêques pour la plupart monothélites, n'a jamais eu d'autorité dans l'Église latine; et ses canons n'y ont pas été suivis.

129. Le mariage des chrétiens avec les juifs avait été prohibé par les empereurs Constance, Valentinien, Théodose et Arcade.

Il ne paraît pas que leurs constitutions fussent observées du temps même de Justinien qui ne les a pas insérées dans son Code (1).

(1) V. le *Traité du mariage*, par Toullier, partie 3, chap. 3, art. 9.

130. La première loi connue en France sur l'empêchement produit par la différence de religion est l'édit de Louis XIV, du mois de novembre, par lequel il veut qu'*à l'avenir* ses sujets de la religion catholique ne puissent, sous aucun prétexte, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée, déclarant de tels mariages non valablement contractés et les enfants qui en naîtraient illégitimes.

Ces défenses furent renouvelées par l'édit de révocation de celui de Nantes; et elles ont été en vigueur en France jusqu'à la révolution.

131. Les lois nouvelles, notamment celle du 20 septembre 1792 sur le mariage, ont fait disparaître une prohibition contraire à la loi naturelle et à notre organisation sociale (1).

132. La différence de couleurs était aussi un obstacle au mariage entre les blancs et les négresses, ou même entre les blancs et les filles d'un sang-mêlé. Un règlement spécial du mois de mars 1724, et des décisions des 7 décembre 1723 et 25 septembre 1774 prohibaient ces mariages.

La prohibition devait avoir lieu, même en France, suivant un arrêt du conseil du 5 avril 1778.

Son but, déclaré dans une lettre d'un ministre de Louis XV, du 27 mai 1771, était *de ne pas affaiblir l'état d'humiliation* attaché à l'espèce des hommes de couleur, *dans quelque degré que ce fût*.

Déplorable erreur que les lumières de la philosophie ont dissipée.

Ces aveugles règlements n'avaient cependant pas force de loi. Le Parlement de Paris n'y eut aucun égard le 2 mai 1746, date d'un arrêt qui ordonna de passer outre à la célébration

(1) Le mariage est prohibé entre une personne qui professe la religion chrétienne et une personne d'une autre religion; mais la différence des confessions dans le christianisme n'est pas un obstacle suivant le Code autrichien, art. 64, et le Code prussien, n° 939.

La différence des cultes est un empêchement en Espagne. Ley. 15, tit. 2, p. 4.

du mariage d'un blanc et d'une négresse libre, à peine contre le curé de la saisie de son temporel.

133. Sous le Gouvernement consulaire une lettre du ministre de la justice, adressée aux préfets le 8 janvier 1803, les invite à faire connaître, dans le plus bref délai, aux maires et aux adjoints de toutes les communes, que l'intention du Gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses ni entre des nègres et des blanches (1).

La mesure était arbitraire, et comme le fait observer avec justesse M. Dalloz aîné, cette circulaire ne saurait avoir force de loi.

Cependant le Gouvernement impérial y attachait de l'autorité, puisque, par une décision du 17 avril 1812, des dispenses lui parurent nécessaires et il en accorda pour le mariage d'un nègre attaché au service de M^me^ Bonaparte avec une femme blanche.

134. De telles dispenses seraient aujourd'hui considérées comme absolument inutiles; il n'est pas à présumer qu'aucun officier de l'état civil refusât de célébrer le mariage d'un nègre et d'une blanche. S'il s'y refusait, il y serait sans doute contraint par les tribunaux (2).

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 mai 1806, a rejeté l'opposition faite par un père au mariage de sa fille qui voulait épouser un mulâtre sans fortune et ne jouissant d'aucune considération.

Cet arrêt reconnaît cependant qu'il y a empêchement entre un blanc et une négresse, ou entre une blanche et un nègre.

« Attendu, dit-il, qu'à l'exception des mariages entre un » blanc et une négresse ou une blanche et un nègre, pro- » hibés formellement par un acte du Gouvernement, la dif-

(1) V. cette circulaire sous la date du 18 nivôse an XI, dans le Recueil de la jurisprudence de Bordeaux, année 1809, 4^e^ cahier, supplément, p. 14.

(2) V. la Jurisprudence de Dalloz aîné au mot *Mariage*, 10, 59 et 60.

» férence de couleur, de naissance, de fortune, d'âge ou d'é-
» tat ne peut plus être admise par les tribunaux, pour in-
» terdire et prohiber un mariage, sans ajouter à la loi et
» sans tomber dans un excès de pouvoir sévèrement et jus-
» tement proscrit. » (Merlin, Répertoire, v. Opposition).

Dans les premiers mots de ce motif l'arrêt commet préci-sément la faute qu'il signale et qu'il censure.

135. Un arrêt plus récent rendu par la Cour de cassation a beaucoup plus largement appliqué la vraie doctrine, en déclarant valable un mariage contracté en 1818 à New-York par le sieur Beguin avec la nommée Emilie, femme de couleur, née esclave à la Guadeloupe. L'arrêt décide : 1° que le décret du 16 pluviôse an II qui avait aboli l'esclavage dans les colonies, étant de notoriété publique, avait eu effet, même à la Guadeloupe où il n'avait pas été publié ; 2° qu'aucune loi ne prohibait, dans les colonies, le mariage entre les blancs et les gens de couleur, et que les circulaires ministérielles, qui les prohibaient, ne pouvaient rendre nuls les mariages régulièrement célébrés nonobstant ces défenses. L'arrêt est du 27 juin 1838 (le voir dans le *Journal de Sirey*, t. 38. 1. 497).

136. Remarquons, d'ailleurs, que toutes les anciennes prohibitions auraient été abolies par la loi du 24 avril 1833 qui déclare que « toute personne née libre ou ayant acquis
» légalement la liberté, jouit dans les colonies françaises :
» 1° des droits civils ; 2° des droits politiques sous les con-
» ditions prescrites par les lois. »

Cette loi abroge toutes les dispositions contraires et toutes les restrictions ou exclusions qu'elles prononçaient, quant à l'exercice des droits civils et politiques, à l'égard des hommes de couleur libres et affranchis (1).

(1) La différence des couleurs est un empêchement au mariage de ces personnes avec des blancs ou des blanches. (Code de la Louisianne, art. 95.)

Le même article le défend entre une personne libre et un esclave.

§ V.

Fiançailles.

SOMMAIRE.

137. *Définition des fiançailles.*
138. *Leur but.*
139. *Les canonistes en distinguent deux sortes.*
140. *Comment se formaient-elles, suivant les loïs romaines?*
141. Quid *suivant les lois françaises?*
142. *Quels étaient autrefois leurs effets?*
143. *Comment étaient-elles dissoutes?*
144. *Les lois actuelles ne leur attribuent aucune force.*
145. *Les promesses de mariage non exécutées peuvent donner lieu à des dommages-intérêts dans certains cas.*

137. Les fiançailles étaient une promesse que deux personnes de sexe différent se faisaient l'une à l'autre, de se prendre pour mari et femme.

Sponsalia sunt mentio et promissio futurarum nuptiarum. L. 1, 2 et 3 ff. *de sponsalibus.*

138. L'usage des fiançailles est très-ancien. Il avait lieu chez les Hébreux et chez les anciens peuples du Latium, qui le transmirent aux Romains. Les chrétiens l'avaient adopté comme servant à faire réfléchir les futurs époux sur les obligations et l'indissolubilité de mariage et sur le danger de ceux qui étaient précipités et mal assortis.

139. Les canonistes distinguaient deux sortes de fiançailles: celles par paroles du présent, qui formaient une convention par laquelle un homme et une femme déclaraient se prendre pour époux. Comme elles favorisaient les mariages clandestins, elles furent défendues par le Concile de Trente.

Les fiançailles par paroles du futur, les seules qui, depuis ce Concile, ont été admises, ne contenaient qu'une simple promesse de mariage.

140. Suivant les lois romaines, le simple consentement

formait les fiançailles. *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.* L. 4, ff. *de sponsal.*

141. L'ordonnance de 1639, art. 7, exigea que les fiançailles fussent rédigées par écrit en présence de quatre parents, afin que la preuve en pût être faite.

Il fallait aussi le consentement des personnes dont le consentement était nécessaire pour le mariage même.

Les fiançailles étaient reçues et bénies par le curé de la paroisse des époux ou de l'un d'eux, ou par un prêtre auquel le curé déléguait ses pouvoirs.

Quoiqu'elles ne fussent pas nécessaires pour la validité du mariage, elles étaient cependant exigées dans beaucoup de diocèses (1).

142. Les fiançailles produisaient plusieurs effets :

1° Elles formaient entre les futurs époux un engagement réciproque d'où dérivait, pour chacun d'eux, une action pour exiger l'accomplissement du mariage;

2° Il en résultait un empêchement probibitif qui ne permettait pas aux fiancés, tant qu'elles subsistaient, de se marier licitement à un autre;

3° Enfin, même après leur dissolution, elles opéraient un empêchement dirimant appelé d'*honnêteté publique*, qui s'opposait à ce que l'un des fiancés épousât les parents de l'autre en ligne directe, et même ceux du premier degré en ligne collatérale (Pothier, *ibid*, art. 5).

143. La dissolution des fiançailles était prononcée lorsque l'une des parties refusait de les exécuter et que, traduite devant l'official, elle persistait dans son refus (Pothier, *ibid*, art. 6). Mais le juge civil seul pouvait statuer sur les dommages et intérêts réclamés à cause de l'inexécution de la promesse.

144. Aujourd'hui, quoique les fiançailles soient toujours

(1) V. Pothier, *du Mariage*, partie 2, chap. 1, art. 3, et le Dictionnaire du droit canonique au mot *Fiançailles*.

observées avant le mariage religieux, elles ne produisent aucun effet devant la loi civile.

145. Seulement si elles sont accompagnées ou précédées d'une promesse de mariage, il peut être accordé, selon les circonstances, des dommages-intérêts à la partie qui réclame l'exécution de la promesse contre celle qui y résiste.

Nous disons *selon les circonstances*, car la liberté absolue qui doit régner dans le consentement donné à un acte aussi important que le mariage, ne permet pas de poursuivre l'exécution d'une telle promesse (1).

Mais si la rupture de cette promesse a causé un préjudice réel à l'autre partie, si, par exemple, des dépenses ont été faites, ou si, ce qui serait beaucoup plus grave, une jeune fille avait été compromise dans sa réputation, des dommages et intérêts devraient être accordés. Mais ils ne devraient l'être qu'à raison du préjudice causé, non à raison des avantages perdus; et leur valeur serait calculée sur la fortune et la qualité des parties.

Comme ces sortes de questions roulent sur le fait plutôt que sur le droit; qu'il n'y a d'autre principe à consulter que celui consigné dans l'art. 1382 du Code civil d'après lequel, lorsqu'on a causé à autrui un dommage par son fait, on est obligé de le réparer, et que c'est dans les circonstances surtout que se puisent les décisions, il serait superflu de citer ici des arrêts; on en trouvera plusieurs dans la Jurisprudence générale de Dalloz, au mot *Mariage*, section 1re, art. 3, tome 10, pag. 16 et suivantes.

On fera seulement remarquer que les tribunaux n'accordent que très-difficilement des dommages et intérêts aux hommes. Ceux-ci n'obtiennent, en général, que la restitution des frais qu'ils ont faits. On en conçoit la raison. L'honneur des femmes, beaucoup plus délicat, est plus grièvement

(1) Duranton, Droit français, *Traité des contrats*, nos 286 et suivants.

blessé par les motifs souvent mensongers que la malignité publique prête à la rupture d'un mariage (1).

Suite du titre premier.

CHAPITRE II.

DES EMPÊCHEMENTS RELATIFS ET ACCIDENTELS OU DES CONDITIONS PRESCRITES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

146. *Consentement nécessaire pour la validité du mariage.*
147. *La loi requiert celui des personnes sous la puissance desquelles se trouvent les contractants.*
148. *Division du chapitre.*

146. Le mariage est un contrat. La première des conditions, pour sa validité, doit donc être le consentement des parties contractantes.

147. Mais cette condition isolée n'est pas toujours suffisante. L'homme social ne jouit pas d'une indépendance absolue. En échange de la protection qu'elle lui accorde et des bienfaits qu'elle lui prodigue, la société lui a imposé des devoirs à remplir, qu'il doit d'autant plus respecter, qu'ils ont même pour but principal son intérêt personnel, et qu'ils tendent à l'éclairer, à le diriger dans l'acte le plus solennel de sa vie.

(1) Les promesses de mariage par acte authentique ou sous seing-privé donnent une action en dommages-intérêts à défaut d'exécution (Code Sarde, art. 106);

Et si elles sont faites devant l'officier de l'état civil, suivant l'art. 148 du Code des Deux-Siciles, devant le juge de paix, devant un notaire ou publiées en chaire, suivant l'art. 61 du Code civil du canton de Vaud.

Les fiançailles sont un empêchement en Espagne. Ley. 7, tit. 7, p. 4.

Ces devoirs dépendent de son âge, de sa qualité, de sa position sociale.

Le mineur pourrait être égaré par son inexpérience. Il ne doit pas lui être permis de se livrer à la seule impulsion de sa volonté du moment pour un contrat aussi important.

Le majeur lui-même pourrait être séduit par ses passions ou trompé par ses illusions. Il sera garanti de ce danger par les conseils de ceux qui ont entouré de soins son enfance et sa jeunesse, et auxquels il doit de la reconnaissance et du respect.

Certaines positions sociales, celles des militaires, par exemple, dont la liberté est momentanément enchaînée pour le service de l'Etat, produisent envers la patrie des obligations qui ne doivent pas être exposées au relâchement qui pourrait résulter des nouveaux engagements de famille légèrement formés.

Enfin, le chef de l'Etat est responsable envers la société de la dignité et de l'éclat de sa famille. Il doit donc surveiller plus spécialement encore les mariages des princes qui se rapprochent du trône.

De toutes ces considérations ont dû naître autant de règles propres à assurer à la société la garantie qu'elle avait le droit d'exiger pour les convenances et l'harmonie future des mariages.

148. L'examen de ces règles est l'objet de ce chapitre qui se divise en autant de sections qu'il y a de règles principales.

Elles traiteront :

Du consentement des contractants ;

Du consentement des personnes dont dépendent les parties contractantes, savoir :

Du consentement des parents ou de celui des tuteurs,

Pour les enfants légitimes,

Pour les enfants naturels,

Pour les enfants adoptifs,

Pour les mineurs ;

Du consentement nécessaire aux militaires et aux marins ;

De celui exigé pour les princes de la famille royale ;

Enfin, de celui des maîtres pour le mariage de leurs esclaves.

Section première.

Du consentement des contractants.

SOMMAIRE.

149. *Du consentement des contractants.*
150. *Ce consentement doit être éclairé.*
151. *Il doit être libre.*
152. *Mais, pour faire annuler le mariage, l'erreur doit être grave*
153. *La violence forte et caractérisée.*
154. *Le défaut d'intelligence établi.*

149. L'article 146 du Code civil s'exprime ainsi :

Art. 146. « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a pas » de consentement. » Art. 146.

Les lois romaines avaient dit :

Nuptias non concubitus sed consensus facit. L. 30, de *reg. jur.* ; *l.* 15 *in fine de condit. et dem.*

Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes ; id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt. L. 2. de Ritu nuptiarum.

L'article 146 est la traduction presque littérale de la première partie de cette dernière loi romaine.

Les législateurs de 1792 n'avaient posé le principe qu'indirectement.

« Ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent » se marier. » (Loi du 20 septembre 1792, titre 4, sect. 1re, art. 12).

150. Le consentement, pour être valable, doit être éclairé.

S'il est l'effet de l'erreur, s'il a été surpris par dol, il est nul.

Non videntur qui errant consentire. L. 16, § 2, ff. de reg. j.

Ne cui dolus suus contrà naturalem æquitatem prosit. L. 1, § 1er, de doli mali et metus except.

151. Le consentement doit être libre; s'il est extorqué par la violence, il ne produit aucun effet.

Nihil tam contrarium est consensui quam vis et metus. L. 11, ff. de reg. j.

Ces principes, dictés par l'équité naturelle, sont écrits dans toutes les législations. Le Code civil les a consignés dans ses règles spéciales sur le mariage comme dans ses règles générales sur tous les contrats.

L'article 180 prévoit le cas où le mariage a été contracté *sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux*, et dans ce cas il autorise à l'attaquer ceux ou celui dont le consentement n'a pas été libre.

L'article 1109 déclare qu'il *n'y a pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.*

152. Mais un mariage ne doit pas être légèrement annulé. L'ordre social lui-même est intéressé à sa fixité.

Il faut donc, pour en provoquer la dissolution, une erreur ou un dol tellement graves, qu'il soit évident qu'ils ont été la seule cause du consentement surpris.

153. Et si la violence a été employée, il faut que son caractère ait été assez puissant pour que la résistance morale ou physique parût impossible.

Ainsi nous avons à rechercher la nature de l'erreur ou du dol et celle de la violence propres à entraîner la nullité du mariage.

154. Il est aussi des personnes qui, par leurs infirmités morales et physiques, sont incapables de donner un consentement.

Tels sont les insensés ;

Tels peuvent être, mais suivant les circonstances, les sourds et muets.

Nous devrons donc aussi examiner la position, relativement au mariage, de cette classe d'hommes ainsi affligés par la nature.

---

§ Ier.

De l'erreur et du dol.

SOMMAIRE.

155. *L'erreur est ordinairement l'effet du dol.*
156. *Quel doit en être le caractère pour entraîner la nullité du mariage?*
157. *Difficulté de la question.*
158. *De l'erreur sur la personne.*
159. *Faut-il, pour rendre le mariage nul, que l'erreur tombe sur la personne physique?*
160. *Ne suffit-il pas qu'elle porte sur la personne morale ou sociale?*
161. *Dissertation sur la question.*
162. *Opinion du premier Consul.*
163. *L'erreur sur la personne morale ou sociale est une cause de nullité du mariage, surtout si l'autre contractant a été l'auteur ou le complice du dol qui l'a causée.*
164. *L'erreur sur les qualités morales n'est pas une cause de nullité.*
165. *Ni celle sur la fortune ou sur des titres de naissance.*
166. *Conclusion.*
167. *Opinions des auteurs.*
168. *Jurisprudence des arrêts.*
169. *Les changements survenus depuis le mariage dans l'état physique et moral de l'un des époux n'annulent pas l'union.*

155. L'erreur et le dol seront examinés dans le même paragraphe. Leur corrélation est évidente. Souvent le dol est la cause et l'erreur est l'effet, et il est assez rare qu'un

des contractants soit livré à une grande erreur sans que l'autre contractant n'ait pratiqué aucun dol.

156. Mais soit que l'erreur ait été ou non accompagnée de dol, quelle doit être sa nature pour qu'on puisse dire qu'il n'y a pas eu de consentement?

157. Cette question présente les plus sérieuses difficultés.

Elle a donné lieu au Conseil d'État à des discussions fort étendues, mais qui n'ont amené à aucune solution positive. Elles n'ont produit d'autre développement aux dispositions de l'article 146, que d'indiquer, dans l'article 180, *l'erreur dans la personne* comme une cause de nullité du mariage. Le Conseil d'Etat paraît, d'ailleurs, s'en être remis à la prudence des tribunaux, pour l'application du principe qu'il a posé dans la loi.

Il était sage de ne rien déterminer sur les cas d'erreur. Des règles spéciales n'eussent pu prévoir tous ceux que la combinaison des faits peut produire, et elles eussent exposé au danger, ou de dissoudre des mariages dont l'erreur n'eût pas été la principale cause, ou d'en maintenir qui n'auraient été que le déplorable effet d'une surprise et même d'un dol manifeste.

Dans l'examen de ces graves questions, l'équité, qui est la première des lois, doit être religieusement consultée. Les hautes considérations qu'elle peut fournir, combinées avec les règles du droit positif, offrent les meilleurs éléments d'une décision juste.

158. Les règles positives sont simples.

Elle sont contenues, soit dans l'article 1110, qui est relatif à tous les contrats, et par conséquent aussi au contrat de mariage, soit dans l'article 180 qui traite spécialement du mariage.

Suivant l'article 1110, « l'erreur n'est une cause de nullité » de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance » même de la chose qui en est l'objet.

» Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne

» tombe que sur la personne avec laquelle on a intention » de contracter, à moins que la *considération de cette per-* » *sonne* ne soit la cause principale de la convention. »

L'article 180 publié une année avant, avait été rédigé dans le même esprit. »

Il s'exprime ainsi :

« Lorsqu'il y a eu erreur *dans la personne*, le mariage Art. 180. » ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a » été induit en erreur. »

Nous disons que les deux articles ont été dictés par le même esprit. Car dans le contrat de mariage, les mots *chose et personne* se confondent et n'ont que la même acception. C'est en effet la personne de l'époux qui est l'objet de la convention de mariage. C'est cette personne seule qui est la chose sur laquelle se fixe le consentement de l'autre contractant. C'est donc cette personne seule qu'on doit considérer, pour reconnaître si elle est celle qu'on a entendu épouser.

Ainsi en combinant les deux articles 180 et 1110, qui sont les auxiliaires indispensables l'un de l'autre, il faut dire que l'erreur n'est une cause de nullité du mariage que *lorsqu'elle tombe sur la substance même de la personne qui en est l'objet.*

Sur la substance de la personne, c'est-à-dire sur ce qui la constitue, suivant les lois naturelles et suivant les lois sociales. Car l'homme, placé dans le sein d'une société, n'est pas seulement l'homme physique ; c'est encore l'homme civil ; c'est même aussi l'homme moral.

Toute personne exerce dans le corps social son action particulière sous ces trois rapports. Ce sont donc les qualités qu'elle possède, c'est-à-dire son existence, sa condition sous chacun de ces rapports qui forment sa substance. Ce sont elles, par conséquent, qu'il faut considérer pour vérifier s'il y a eu erreur dans la substance de l'objet du mariage, et si l'erreur a été assez grave pour faire déclarer qu'il n'y a pas

eu de mariage parce qu'il n'y a pas eu de consentement.

159. L'erreur sur l'individu physique est considérée par tous les auteurs comme une cause de nullité du mariage. Cette cause est signalée dans l'exposé des motifs de la loi.

« L'erreur, en matière de mariage, ne s'entend pas d'une » simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition » de la personne à laquelle on s'unit, mais d'*une erreur* » *qui aurait pour objet la personne même*. Mon intention » déclarée serait d'épouser une telle personne; on me » trompe ou je suis trompé par un concours singulier de » circonstances; et j'en épouse une autre qui lui est subs- » tituée à mon insu et contre mon gré. Le mariage est » nul. »

L'orateur s'occupe ici principalement de l'erreur sur l'individu physique. Mais quoiqu'il dise qu'on ne doit pas entendre la loi dans le sens d'une simple erreur sur les qualités, la fortune et la condition de la personne, nous verrons qu'il ne faut pas attacher un sens trop restrictif à ses paroles; ou, au moins, que telle n'est pas la conséquence que l'on doit tirer des discussions du Conseil d'État.

160. Les auteurs des Pandectes françaises présentent comme un exemple d'erreur dans la personne, le cas où quelqu'un voulant épouser *Jeanne* aurait épousé *Nicole* qui se serait fait passer pour *Jeanne* (1).

Toullier donne le même exemple en changeant seulement les noms (2); et il l'avait emprunté de Pothier, ainsi que les auteurs des Pandectes françaises (3).

L'auteur du Droit civil présente un autre exemple, qui a trait surtout à la qualité et à la fortune de l'individu.

Un prince demande en mariage à un autre prince sa fille aînée qui est l'héritière de la principauté de son père; les parents envoient la fille cadette; et celui qui l'avait deman-

(1) Voir le Commentaire sur l'art. 46, t. 3, p. 149.
(2) V. *Droit civil français*, t. 1er, no 469.
(3) V. Pothier, *Traité du mariage*, no 308.

dée l'épouse, croyant épouser l'aînée qu'il ne connaissait pas.

Il y a erreur sur la personne, ajoute l'auteur; et le mariage est nul lors même que la princesse, trompée elle-même par ses parents, serait innocente de la fraude. Cependant l'époux a vu, au moment du mariage, celle qu'il épousait et il a consenti à l'union; il n'y avait là qu'erreur de qualité civile ou plutôt d'ordre de naissance et de puissance future.

Cet exemple démontre que l'erreur sur la personne ne doit pas être trop restreinte dans son application, et que l'erreur sur l'existence civile, même sur la condition sociale, ne doit pas être considérée comme sans importance.

161. Cette espèce d'erreur fut l'objet d'un examen approfondi au Conseil d'État.

On soutenait, d'un côté, que toujours, en droit, on avait entendu que l'erreur sur la personne comprenait l'erreur sur les qualités civiles; que c'était dans ce sens que le mot *personne* avait toujours été pris.

De l'autre, on disait que l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte sur l'individu, et non quand elle ne tombe que sur le nom et sur les qualités civiles.

Pour établir le premier système, on s'attacha à prouver que la personne civile n'était pas moins l'objet du consentement que la personne physique; que dans l'ordre social, une femme, comme tous les individus, a des qualités essentielles qui constituent son existence, qui la personnalisent pour ainsi dire; et que si, croyant épouser l'individu qui a ces qualités, on en a épousé un qui ne les avait pas, il y a véritablement erreur de personne.

Il est impossible de supposer, ajoutait-on, que le consentement soit toujours déterminé par la vue de l'objet auquel on s'unit. Quelquefois des individus, qui ne se sont jamais vus, conviennent cependant de s'épouser; ils en conviennent parce que chacun d'eux connaît la famille, les mœurs,

l'éducation de l'autre, et que ces diverses notions lui font espérer son bonheur dans l'union qu'il contracte.

« La figure n'est même qu'un accessoire pour l'homme sage. Loin de se laisser prendre par le physique, il considère principalement le moral. La considération de la famille surtout est toujours d'un grand poids ; car le mariage forme des liens non-seulement entre les époux mais encore entre les familles.

» Le système contraire serait injuste dans ses conséquences.

» Ce serait réduire l'époux à une condition trop dure que de le forcer à garder une femme qu'il aurait épousée comme la fille de son ami, lorsque celle à laquelle il voulait s'unir serait arrivée et aurait détruit l'illusion. »

Les partisans de ce système reconnaissaient que, si le principe de la nullité du mariage produite par l'erreur du consentement était établi d'une manière trop absolue, quelques femmes pourraient en être victimes.

Mais ils prévoyaient que beaucoup d'entr'elles abuseraient du principe contraire.

Ils pensaient, d'ailleurs, que la sévérité des principes ne serait invoquée que lorsque l'époux trompé l'aurait été sur les qualités morales comme sur les qualités civiles et que l'union serait malheureuse.

Pour le système opposé, on soutenait que dans l'ordre de la société, il était impossible de distinguer la personne civile de la personne naturelle.

« Le nom et les qualités civiles ne sont pas la personne.

» Comment admettre que les qualités civiles aient une influence déterminante pour un acte aussi important que le
» mariage? C'est par le caractère, c'est par la figure que
» des époux se conviennent, s'attachent, se choisissent. Le
» législateur ne peut pas supposer qu'ils ne se connaissent
» pas sous ce rapport..... Que sont auprès des qualités
» naturelles les qualités purement civiles?

» Aujourd'hui qu'on ne considère plus l'homme qu'en » lui-même et tel qu'il est dans la nature, la considération » de l'alliance n'influe plus que sur un petit nombre de » mariages ; c'est la considération de l'individu qui en dé- » termine le plus grand nombre.

» Au moment où le mariage est formé, les époux sont » en présence. L'amabilité de l'un rit à l'imagination de » l'autre ; ils s'acceptent mutuellement. Leur consentement » porte donc nécessairement sur la personne. Il n'est en dé- » faut que sur le nom. Si ensuite le mari vient dire que son » épouse lui déplaît, c'est un fourbe, c'est un lâche qui ne » mérite aucune foi. »

On insistait, surtout, dans ce second système, sur le malheur d'une femme innocente qui aurait partagé l'erreur de son époux et que la nullité du mariage en rendrait seule victime (1).

162. Dans cette discussion qui se prolongea pendant différentes séances, le premier consul se fit remarquer par plusieurs de ces observations lumineuses qui décèlent le génie. Voici une de ses réflexions sur le délai de trois mois proposé pour l'action en nullité :

« Ce terme n'est pas trop long puisque l'identité dont il » s'agit n'est pas seulement l'identité physique, mais encore » l'identité morale du nom, de l'état et des autres circons- » tances qui ont déterminé le choix de la personne (2); peut- » être même que l'erreur ne devrait être couverte par au- » cun laps de temps; car tout contrat frauduleux est essen- » tiellement faux (3). »

Cette réflexion fait voir que, dans la pensée du premier consul, l'identité morale devait aussi être considérée, et que

(1) V. Locré, *Esprit du Code civil*, sur l'art. 146, 2e division, 3e subdivision.

(2) V. Conférences du Code civil par Favard, t. 2, p. 65, et la Législation civile de Locré, t. 4, p. 362.

(3) V. les mêmes ouvrages.

l'erreur sur cette identité comme celle sur l'identité physique viciait le contrat, surtout lorsqu'il y avait fraude.

163. Cette idée de la fraude pratiquée par l'un des époux fixa surtout l'attention.

Ceux-là même qui repoussaient le système de l'erreur sur les qualités civiles terminèrent par dire que « le mariage où » il y a erreur sur les qualités ne peut être déclaré nul que » lorsque la femme est complice de la fraude. Car si c'est » une aventurière, la loi ne doit pas la protéger. »

Cette opinion, ainsi modifiée, se rapproche du premier système, quoique les auteurs de celui-ci soutinssent que la nullité du mariage devrait être prononcée même quoiqu'il y eût bonne foi dans la personne sur laquelle l'erreur aurait porté.

Mais l'équité repousse une telle rigueur.

Lorsque l'erreur a été commune aux deux contractants, pourquoi punir l'un d'une faute qui n'est pas la sienne, et dissoudre, sur la demande de l'autre, un nœud que peut-être son imprudence a contribué à former?

Au reste, les cas seront rares où le contractant sur la personne duquel tombera l'erreur, n'aura pas été l'agent principal ou au moins le complice de la fraude; et refuser dans un tel cas la nullité du mariage, ce serait encourager le dol; ce serait récompenser le coupable; ce serait frapper la victime et la réduire au désespoir, en ajoutant au malheur qu'elle a eu d'être trompée, le malheur plus grand encore d'être, pendant sa vie entière, en présence de la personne qui l'aurait enveloppée dans ses manœuvres frauduleuses.

Ce serait *aussi absolument anéantir* la règle que d'en réduire l'application à l'erreur sur la personne physique. Car il est bien évident que lorsqu'on se présente pour se marier, on « agrée là personne physique avec laquelle on se pré- » sente. Une règle si juste, si sage, a donc nécessairement » un autre objet; et cet objet, c'est la personne sociale. » (Esprit du Code civil, *loc. cit.*) »

Ce serait enfin blesser l'esprit de la loi et le sentiment unanime de ses rédacteurs. Car *tous convenaient* que, dans le cas où la personne sur qui l'erreur serait tombée, *en aurait été complice*, la nullité du mariage *devrait être prononcée*.

C'est ce qu'atteste formellement Merlin dans son Répertoire, au mot *Empêchement*, § V.

C'est ce qu'indiquent, au reste, les fragments de discussions que nous avons ci-dessus transcrits.

En résumé, on doit reconnaître que l'*erreur dans la personne*, relativement au mariage, doit s'entendre de l'erreur sur les qualités civiles comme de celle sur les qualités physiques.

164. Quant aux qualités purement morales, telles que les facultés intellectuelles, les défauts, les vices même, elles ne pourraient avoir, isolément considérées, aucune influence sur la validité du mariage. L'époux, avant de le former, devait rechercher, à cet égard, les documents qui lui manquaient. S'il a été dans l'erreur, il ne doit en accuser que sa propre négligence.

165. Il en est de même de l'erreur sur la fortune, sur le titre de noble, sur la qualité d'étranger ou sur d'autres circonstances semblables qui sont hors de la personne et qui ne peuvent en être considérées que comme les accessoires; pourvu cependant que ni le nom ni la famille du contractant n'aient été déguisés, et que l'autre contractant ait pu vérifier lui-même ou faire vérifier ce qu'il aurait voulu savoir (1).

166. Notre dissertation peut se réduire à ces deux propositions :

L'erreur sur les qualités morales et sur les avantages ac-

(1) V. Pothier, du *Mariage*, n° 310; Toullier, *Droit civil français*, nos 461, 464.

V. aussi l'*Esprit du Code civil* sur l'art. 146, 2e division, 3e subdivision, n° 2; Vazeilles, du *Mariage*, t. 1er, n° 65; Proudhon, t. 1er, p. 227; Duranton, t. 2, p. 40.

cessoires de la personne ne sera pas une cause de nullité du mariage.

Mais l'erreur sur ses qualités physiques ou civiles, sur ce qui constitue son existence naturelle et sociale, viciera le consentement et autorisera la demande en nullité si la personne sur laquelle elle tombe est l'agent ou le complice de la fraude.

Ainsi l'erreur sur l'instruction, sur le caractère, sur les vertus, sur la fortune, ne pourra pas être invoquée.

Mais celle sur l'identité physique de la personne que l'on a entendu épouser, sur son incapacité physique, effet d'une cause naturelle ou accidentelle telle que nous l'avons indiquée en examinant le cas d'impuissance ; l'erreur aussi sur l'état civil ou social de cette personne et sur l'existence civile de sa famille, ces erreurs, préparées par la fraude du contractant, autoriseront celui qui aura été trompé à faire annuler un mariage qui manquerait le but de la nature ou qui associerait l'un des contractants à l'infamie d'une existence honteuse, et auquel il n'aurait évidemment pas consenti, s'il n'avait été trompé.

167 et 168. Nous sommes donc bien loin de penser avec Pothier, qu'un mariage contracté avec un homme condamné aux galères doive être maintenu. Une condamnation à une peine infamante autorisait autrefois la dissolution du mariage par le divorce, quoïqu'elle lui fût postérieure ; elle autorise aujourd'hui la séparation de corps (1).

Comment ne donnerait-elle pas le droit à un époux trompé de se débarrasser à jamais d'une union flétrissante que le dol seul aurait formée?

Les mêmes motifs devraient faire annuler un mariage contracté par erreur et par l'effet du dol avec un forçat libéré (2).

(1) V. C. c., art. 252 et 306.

(2) Duranton, t. 2, n° 62 ; Dalloz aîné, t. 10, p. 16, n° 11, et Dalloz jeune, Dictionnaire, au mot *Mariage*, n° 51.

Il nous paraît juste aussi cet arrêt de la Cour de Colmar qui a considéré comme erreur substantielle et comme cause de nullité du mariage, l'erreur d'une femme qui, sans le savoir, avait épousé un moine profès. Il eût été cruel de livrer cette femme, pendant sa vie entière, non-seulement aux embarras de la position sociale de celui auquel son sort aurait été attaché, mais encore aux tortures toujours renaissantes d'une conscience que déchireraient des principes religieux dont personne ne méconnaît la puissance.

Le dol par lequel quelqu'un s'attribuerait le nom, la famille d'un autre, et parviendrait par cette manœuvre à s'allier à une famille honorable qu'il tromperait indignement, ce dol criminel produirait une erreur grave qui porterait sur l'existence civile et sociale de la personne, et qui devrait autoriser l'action en nullité du mariage.

Tel est l'avis de MM. Vazeilles, Proudhon, Dalloz et Toullier (1).

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Bourges du 6 août 1827 (2).

Cependant, comme le fait observer, avec justesse, M. Vazeilles, un simple changement de nom sans conséquence, tel que celui d'un étranger qui voudrait passer pour regnicole, ou celui d'un Français qui ne déguiserait pas d'ailleurs sa condition, ne pourrait être considéré comme ayant été la cause déterminante du mariage et n'en produirait pas la nullité (3).

Mais M. Toullier est, il semble, beaucoup trop indulgent, lorsqu'il ne considère pas comme une cause de nullité l'erreur qui a été l'effet de l'altération d'un acte de naissance,

(1) Vazeilles, t. 1, nº 70; Proudhon, t. 1, p. 296; Dalloz aîné, *Jurisprudence générale*, t. 10, p. 10, nº 7.

Toullier, *Droit civil*, t. 1. nº 468.

(2) V. l'arrêt dans le journal de Sirey, 29. 2. 40, et dans celui de Dalloz, 29. 2. 71.

(3) V. Vazeilles, *ibid*, nº 71.

commise dans le but de se faire considérer comme enfant légitime, quoiqu'on ne fût qu'enfant naturel, et de céler son état à une famille qui répugnait à l'alliance d'un bâtard (1).

Une telle fraude, un tel faux ne sauraient être consacrés par les tribunaux ; et si l'épouse l'a ignoré, si le fait apparent a été la cause déterminante de son consentement, si elle a compté sur la considération et les autres avantages de la famille qu'on lui annonçait, l'erreur grave dans laquelle elle a été jetée, tombant sur l'existence civile de l'homme qui l'a trompée, elle doit avoir le droit de faire annuler le mariage.

Telle est aussi l'opinion de M. Vazeilles (2).

Il serait superflu de multiplier les exemples. Il suffit de faire observer, en terminant, que l'erreur sur l'état civil et sur l'existence sociale comme celle sur l'individu physique, présentent l'une et l'autre des causes de nullité du mariage qu'elles ont déterminé; mais que c'est surtout dans les circonstances que les tribunaux doivent chercher les motifs de leurs décisions (3).

169. Mais on doit reconnaître avec tous les auteurs que le

(1) *Droit civil*, 1, n° 469.

(2) T. 1, du *Mariage*, n° 72.

(3) Le Code prussien, art. 40, contient une disposition qui est en harmonie avec les idées que nous venons d'énoncer : voici ses termes :

« Toute expression de volonté étant invalidée pour cause d'erreur, » une telle erreur annule aussi le consentement dans un mariage, » lorsque l'on s'est trompé dans la personne du futur époux, ou dans » les qualités personnelles qui ont coutume d'être supposées lors de » l'assentiment donné à une union de ce genre. »

Par ces mots, *les qualités personnelles*, on doit entendre les *qualités civiles et sociales*, non les qualités intellectuelles et morales.

Le Code autrichien dit comme le Code français :

« Le consentement est nul.... s'il y a eu erreur sur la personne. » (Art. 57.)

Le Code sicilien n'admet pas l'erreur sur les qualités et les conditions de la personne. L'art. 154 s'exprime ainsi :

« *Non vi è consenso in colui che erra sulla persona del futuro sposo : l'errore sulle qualità e le condizioni della persona non distruggé il consenso.* »

changement survenu depuis le mariage, dans l'état physique ou civil de la personne, ne peut autoriser la demande en nullité du contrat. Averti, en le formant, que sa durée devait être de la vie entière, chacun des époux a dû s'attendre à subir les conséquences des malheurs ou des fautes de celui auquel il s'unissait. Si, au moment de l'union, le vice n'existait pas ou n'était pas connu, il n'y a pas eu erreur dans le consentement d'un côté, ou il y a eu bonne foi de l'autre; et par conséquent il n'y a pas nullité. Le changement d'état aurait pu seulement être une cause de divorce dans le cas de condamnation à une peine infamante (V. C. c., art. 232). Mais aujourd'hui que le divorce a été aboli, cette cause de dissolution du mariage ne pourrait être admise (1).

---

§ II.

De la violence.

SOMMAIRE.

169 *bis. La violence est une cause de nullité.*
170. *Ancien droit.*
171. *Droit nouveau.*
172. *Caractère de la violence légale.*
173. *Violence physique*, quid?
174. *Violence morale*, quid?
175. *L'une et l'autre annulent le mariage.*
176. Quid *de l'enlèvement ou rapt?*
177. *Circonstances à considérer pour apprécier la violence.*
178. *Elle doit être injuste pour qu'il y ait nullité.*
179. *Faut-il qu'elle porte sur la personne elle-même.*
180. *Danger d'étendre le principe.*
181. *De la violence exercée par un tiers.*
182. Quid *si le conjoint n'a pas été complice?*
183. *La nullité ne doit être admise qu'avec circonspection.*

(1) V. Toullier, t. 1., n° 470, *in fine*; et M. Vazeilles, n° 74.

184. *La crainte d'un danger futur ne la produit pas.*
185. *Ni la crainte révérentielle.*

169 *bis*. La violence est une cause de nullité de tous les contrats. Car le consentement qui les forme doit être libre ; s'il n'y a pas de liberté, il n'y a pas de consentement ni par conséquent de contrat légal.

170. Mais la nullité n'a pas lieu de plein droit ; elle ne peut être que le résultat des preuves de la violence et de ses caractères. C'est en ce sens que les jurisconsultes ont dit, avec les lois romaines : *Coacta voluntas est voluntas ; volui quia coactus volui*. L. 21, § 5, *ff. quod metus causâ*. Ces lois, en effet, accordaient une action devant le prêteur pour se faire restituer contre le consentement qui n'avait pas été libre. *Sed per prætorem restituendus sum ut abstinendi mihi potestas tribuatur. D. Lex.*

171. Ces idées avaient été adoptées par le droit français, qui considérait aussi comme nul tout contrat pour lequel il n'y avait pas eu de liberté dans le consentement, mais qui voulait que la nullité fût vérifiée et déclarée par le juge (V. Ordonnance de 1510, art. 46). C'était, sauf quelques nuances de forme, la législation romaine appliquée à nos usages.

Les législateurs du Code civil ont puisé dans ces anciennes sources.

De là les règles qui posent le principe et qui en déterminent l'application.

Art. 180. L'art. 180 du Code civil s'exprime ainsi :

« Le mariage, qui a été contracté sans le consentement » libre des deux époux ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le con- » sentement n'a pas été libre. »

Cet article spécialise pour le mariage le principe général qui est écrit pour tous les contrats, dans l'art. 1109 ainsi conçu :

« Il n'y a pas de consentement valable... s'il a été extor-
» qué par violence. »

Mais quelle doit être la nature de la violence ?

Quelle gravité doit-elle présenter ?

Sur qui doit-elle porter ?

Ce sont autant de questions que la loi nouvelle a dû prévoir et pour laquelle elle a dû offrir des moyens de solution.

Elle les trouvait aussi dans les lois romaines.

172. Considérée dans sa nature, la violence peut être ou physique ou morale.

173. Les sévices, les mauvais traitements caractérisent la violence physique ; les menaces même, suivant leur gravité et lorsque le danger est imminent, constituent la violence physique *metum præsentem accipere debemus. L.* 9, *ff. quod metus causâ. Proximum et instantem imò et futurum*, dit la Glose avec la loi, I, *ibid.*

174. La violence morale consiste dans la crainte qu'on vous fait éprouver, soit pour votre honneur, soit pour votre fortune, soit pour les objets de vos plus chères affections.

Qui dat ne stuprum patiatur, in metu majoris videtur quam mortis. L. 8, § 2, *ff. quod metus causâ.*

Pro affectu parentes magis in liberis terrentur.

175. Les deux sortes de violence ont également fixé l'attention du législateur, même lorsqu'il ne s'occupait que du mariage. Aussi, pour rendre sa pensée plus claire adopta-t-il pour l'art. 180 un changement de rédaction qui lui fut proposé par le Tribunat.

Le projet de l'article portait :

« Le mariage peut être attaqué..... par les époux ou
» par celui des deux *dont le consentement a été forcé.* »

Au lieu de ces derniers mots, le Tribunat proposa de dire :

« *Dont le consentement n'a pas été libre.* »

On pensait que ce léger changement rendrait mieux la pensée toute entière de la loi, vu que la disposition s'appli-

querait dès-lors beaucoup plus clairement au défaut de *liberté morale*, comme au défaut de liberté physique (1).

On faisait observer, en effet, que « la contrainte pouvait être morale et cachée, et résulter de la faiblesse de l'âge et de la tyrannie des familles ; elle pouvait être telle qu'elle déterminât la personne violentée à donner un consentement apparent devant l'officier de l'état civil ;

» Mais qu'il était possible que la contrainte eût lieu au moment de la célébration du mariage. Alors l'officier public était violenté lui-même ou était complice de la violence. »

176. L'enlèvement ou le rapt, exécuté par celui qui veut épouser une personne malgré sa famille, malgré elle, fait présumer de plein droit que le consentement n'a pas été libre. Il est vrai que le texte du Code civil ne le dit pas, mais le fait même le démontre ; et les discussions qui ont préparé la loi annoncent que telle a été la pensée du législateur.

Autrefois même le rapt était un empêchement dirimant du mariage ; et cet empêchement était perpétuel. Il durait, soit que la personne ravie fût encore en la puissance du ravisseur, soit qu'elle eût été rendue à la liberté. (*L.* 1, *Code de rap. Virg.*)

Les Capitulaires de Charlemagne étaient conformes à cette constitution de Justinien : *Nunquàm illam habeat uxorem*, *VI*, 60 ; *eas nulla tenùs habeant uxores*, *VII*, 395.

Le Concile de Pavie, tenu en 850, avait adopté cette rigueur.

Elle fut adoucie par Innocent III pour le cas où la personne ravie se déterminait librement à épouser son ravisseur. *Cap.* 7, *ext. de raptoribus.*

Le Concile de Trente permit aussi le mariage contracté librement, mais après que la personne ravie avait cessé

(1) V. les Conférences du Code par Favard, sur l'art. 180, édit. in-8°, livre 2, p. 68.

d'être au pouvoir du ravisseur, *à raptore separata et in loco tuto constituta.*

L'ordonnance de 1639, article 3, « déclare nuls des ma-
» riages faits avec ceux qui ont ravi des veuves ou filles, de
» quelque âge ou condition qu'elles soient, sans que par
» le temps ni par le consentement des personnes ravies, de
» leurs pères, mères et tuteurs, ils puissent être confirmés,
» tandis que les personnes ravies sont en la puissance du
» ravisseur (1). »

La commission du Code civil et la section avaient proposé d'établir la même règle en ne déclarant valable que le consentement donné après que la personne ravie aurait recouvré sa pleine liberté.

Mais ce mode de rédaction ne fut pas conservé. La disposition de l'article 181 du Code le remplace et le rend inutile en accordant à l'époux dont le consentement n'a pas été libre, six mois depuis qu'il jouit de sa pleine liberté, tout en continuant de cohabiter, pour demander la nullité du mariage obtenu de lui par violence.

La même nullité peut être invoquée quoique l'enlèvement eût été exercé par un tiers et même par des parents qui veulent forcer la personne ravie à s'unir à quelqu'un qu'elle s'obstine à refuser; car dans ce cas là aussi il y a contrainte (2).

177. Les lois anciennes punissaient de mort le rapt de violence, même celui de séduction (Voir l'ordonnance du 26 novembre 1639, art. 3; et Rousseau-Lacombe, jurisprudence canonique). Aujourd'hui la loi ne punit le rapt que lorsqu'il est exercé sur un mineur (Code pénal, art. 354—357).

Considérée dans sa gravité, la violence doit avoir les caractères indiqués par l'art. 1112 du Code civil. Elle doit

(1) V. cet article dans la Jurisprudence civile de Lacombe, au mot Mariage; voir aussi Pothier, *Traité du Mariage*, nos 225, 227.

(2) Dalloz aîné, *Mariage*, 10, 14, no 5.

être de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

« On a égard en cette matière, ajoute l'article, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. »

Le premier paragraphe de l'article est la traduction du texte d'une loi canonique relative au mariage même.

Si talis metus inveniatur illatus qui potuit cadere in constantem virum. Cap. 28, ext. de sponsal.

Suivant les lois romaines, il fallait que la violence fût atroce et contre les bonnes mœurs : *Vis atrox et adversùs bonos mores.* L. 3, § 1, ff. quod met. caus.

La même loi indique ce qu'elle entendait par le mot atroce : *Si fortè, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.* L. 3, ff. quod met. causâ.

Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem sed majoris malitatis. L. 5, ff. quod met. causâ.

La crainte aussi devait être présente ; la simple inquiétude sur un mal futur n'aurait pas suffi : *Metum autem præsentem accipere debemus non suspicionem inferendi ejus.* L. 9, *ibid.*

C'est conformément aux idées exprimées dans la législation romaine qu'a été rédigé l'article du Code civil. On a traduit par le mot français *raisonnable* le mot latin *constantem*, parce que, dans le langage de la loi, le mot *raisonnable* signifie *homme fait*, non susceptible de se laisser affecter par des circonstances qui feraient peur à un enfant, mais seulement par celles qui seraient de nature à causer une frayeur raisonnable. (V. Conférences sur le Code civil par Favard, sur l'article 1112, in-8°, livre 5, p. 6) (1).

(1) Le Code prussien, au titre des contrats, indique les faits qui peuvent être considérés comme des actes de violence. (Art. 31, 55, 46, partie 1re, livre 4.

« Le consentement est nul s'il a été extorqué par force physique ou » par des menaces attentatoires à la vie, à l'honneur, à la sûreté et à

C'est avec beaucoup de sagesse que le législateur a voulu que pour apprécier la violence, on ait égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

Les impressions de la crainte doivent être beaucoup plus vives sur une jeune fille d'un âge tendre, d'une constitution faible, d'un caractère timide.

La condition même peut influer sur les effets de la violence lorsqu'elle est exercée sur une personne d'une condition servile ou dépendante par un homme riche et puissant.

178. La violence, pour rendre le contrat nul, devait être, d'après la loi romaine, *atroce et contre les bonnes mœurs*; c'est-à-dire, que non-seulement elle devait être grave, mais encore injuste, dit Pothier, *Traité du mariage*, n° 316.

Cette opinion a été consacrée par plusieurs arrêts tant sous le droit nouveau que sous le droit ancien.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 29 messidor an 11, a jugé que la crainte d'une contrainte autorisée par la loi ne pouvait être cause d'une restitution en entier contre l'acte souscrit par l'effet de cette crainte.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 9 prairial an 12, a décidé qu'un débiteur contraignable par corps, qui, après son arrestation, conduit à sa prière dans un corps-de-garde, avait souscrit en présence de ses amis une lettre de change pour le montant de sa dette, ne pouvait demander la nullité de son engagement comme lui ayant été extorqué.

Un autre arrêt de la même Cour, du 12 février 1806, décide que la transaction faite dans une maison d'arrêt entre un créancier et un débiteur emprisonné pour dettes, n'est pas nulle comme extorquée par violence.

Enfin, un arrêt de la Cour de Toulouse, du 24 juillet 1806, déclare en thèse que les faits de violence doivent

» la liberté, ou par la privation de vivres, de médicaments, ou par » l'effet de douleurs corporelles, pourvu que ce consentement ait été » révoqué dans les huit premiers jours de la liberté. » — La brièveté du délai détruit le bienfait de la règle.

avoir le caractère de délit pour annuler l'obligation (1).

Pothier, appliquant cette doctrine au mariage, cite l'exemple d'un homme qui, ayant abusé d'une jeune fille, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle aurait obtenu contre lui et qu'elle était prête à mettre à exécution.

Il ajoute que dans ce cas le mariage serait valable.

Cette opinion est vraie. Les poursuites exercées étaient autorisées par la loi. Que, pour y échapper, l'homme ait offert de réparer son crime ; que la jeune fille, touchée d'un repentir peut-être un peu contraint, ait consenti à pardonner ; cela étant légitime, on ne peut voir là de contrainte illégale ni par conséquent de nullité (2).

Sous notre législation pénale, si, pour éviter de justes poursuites, un ravisseur consentait à épouser la fille mineure qu'il aurait enlevée, quel est le tribunal qui serait disposé à accueillir sa réclamation, lorsque, pour faire dissoudre un mariage réparateur, il viendrait se plaindre d'une violence fondée uniquement sur la crainte d'une condamnation légale ?

La même répulsion devrait écarter la plainte de celui qui, après s'être rendu coupable de viol, cédant à la crainte d'une plainte légitime, aurait accepté le mariage qui lui était offert pour échapper à la juste indignation de la victime et à la vengeance de la loi.

Mais il en serait autrement si, au lieu d'employer ces moyens légaux, les parents de la jeune fille s'emparaient de la personne du coupable, le séquestraient arbitrairement et le forçaient par la crainte de la mort ou d'un grave danger.

Dans ce cas il y aurait violence injuste, violence *adversùs bonos mores*, suivant l'expression de la loi romaine ; et

(1) Voir ces arrêts dans le Journal de Sirey, 3. 2. 523 ; 4. 2. 174 ; 6. 2. 243 ; 11. 2. 105 : et le 1er et le dernier dans le Journal de Dalloz, 1, 7. 20 ; 9. 2. 80.

(2) De semblables mariages se font souvent en Suisse.

quel que fût le premier tort de l'homme, la nullité du mariage ainsi extorqué n'en devait pas moins être prononcée. Nous partageons complètement à cet égard l'opinion de MM. Toullier, Duranton et Vazeilles, dans les traités desquels nous avons puisé ce dernier exemple (1).

Toullier et Duranton ajoutent que dans l'ancienne jurisprudence on jugeait nuls de pareils mariages, en condamnant néanmoins le coupable aux dommages et intérêts envers la personne déshonorée.

179. Considérée sous un troisième rapport, la violence est une cause de nullité du contrat de mariage comme de tout autre contrat, lorsqu'elle a été exercée non-seulement *sur la partie contractante*, mais *encore lorsqu'elle l'a été sur ses descendants ou sur ses ascendants* (Art. 1113 du Code civil).

Cette disposition est puisée dans les plus nobles des principes, les sentiments de la nature.

On sait avec quelle activité ils agitent le cœur d'un père, celui d'une mère *cum pro affectu parentes magis in liberis terreuntur*. *L.* 8, § 3, *ff. quod metus causâ* (Voir aussi la Loi 8, *in fine institut. de noxalibus*). Le cœur d'une mère surtout est capable des plus cruels sacrifices dans l'intérêt de ses enfants. Chef-d'œuvre de la nature, le cœur d'une mère est animé du plus ardent amour pour les enfants qu'elle a portés dans son sein. Elle s'oublie elle-même pour eux, et rien ne lui coûte pour leur épargner un mal, un danger même.

Celui qui abuse de cette affection si vive, si sainte pour forcer une malheureuse femme à consentir à une union qui lui répugne, commet la plus criminelle des violences morales et ne doit pas espérer que les tribunaux consacreront un mariage qui en a été le triste fruit.

L'amour des enfants pour leurs ascendants est moins passionné, sans doute ; mais il n'en est pas moins puissant.

(1) Toullier, *Droit civil*, t. 1. n° 455 ; Vazeille, *Traité du Mariage*, t. 1, n° 82 ; Duranton, *Droit français*, t. 2, nos 50 et 51.

Excité par une affection respectueuse, par la reconnaissance, par le sentiment même du devoir, un fils est aussi capable d'un grand dévouement ; et c'eût été méconnaître le cœur humain, celui surtout de l'homme épuré par la civilisation et par une saine éducation, que de ne pas ranger la violence exercée sur les ascendants comme une cause de nullité du mariage.

C'est donc une heureuse pensée que celle qui a inspiré au législateur d'assimiler à la violence exercée sur la partie contractante celle qui le serait sur ses ascendants. Les lois romaines n'avaient pas créé cette touchante règle (1).

180. Mais doit-elle être étendue même à des parents collatéraux, à des amis sur lesquels on aurait placé toutes ses affections ou auxquels on serait uni par les liens d'une reconnaissance commandée par de grands services ?

M. Vazeilles énonce cette opinion qu'il fortifie par un exemple frappant. M. Dalloz est porté à l'adopter (2).

Mais n'est-il pas à craindre que chez ces deux auteurs recommandables le sentiment de l'homme de bien n'ait égaré les méditations du jurisconsulte ? N'y aurait-il pas du danger à élargir encore un cercle déjà trop agrandi peut-être par la loi ? et l'immutabilité des mariages, si nécessaire à l'union des familles et même au bon ordre de la société, ne serait-elle pas compromise si l'on multipliait trop les moyens de nullité ? Ne serait-ce pas affaiblir le respect dû à un contrat aussi important ? Ne serait-ce pas fournir des armes au caprice, à la légèreté si, à l'aide d'un prétexte de contrainte ou de violence exercée sur des étrangers ou même sur des parents éloignés pour lesquels on affecterait le plus chaleureux dé-

(1) Dans les autres Codes européens, si l'on en excepte le Code des Deux-Siciles et celui du canton de Vaud qui sont, en général, la copie du Code napolitain, on ne trouve pas cette règle si philantropique et si conforme aux sentiments de la nature qui met sur la même ligne la violence exercée sur la personne du contractant et celle qui l'est sur ses ascendants ou sur ses descendants.

(2) Vazeilles, n° 79 ; Dalloz aîné, au mot *Mariage*, n° 19.

vouement et qui serait colorée de quelques faits plus apparents que réels, on pouvait espérer de détruire un mariage qui cependant aurait été l'effet très-légal d'un consentement libre?

Gardons-nous d'ouvrir un champ trop vaste à des discussions où l'imagination joue trop fréquemment un rôle dangereux et où il n'est que trop facile d'obscurcir la vérité.

Rappelons-nous, d'ailleurs, que les exceptions, les nullités doivent être scrupuleusement renfermées dans les limites que leur a tracées la loi, et que leur faire franchir ces limites ce serait violer la règle en croyant l'interpréter.

181. On vient de voir que la violence est une cause de nullité du mariage, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur ses descendants ou ascendants.

Il y a aussi nullité quoique la violence ait été exercée par un tiers. C'est ce que déclare l'art. 1111 du Code civil :

« La violence exercée contre celui qui a contracté l'obli-
» gation, est une cause de nullité, *encore qu'elle ait été*
» *exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la con-*
» *vention a été faite.* »

Cette règle est empruntée de la loi 9, § 1^er^, et de la loi 14, § 3, *ff. quod metus causâ.*

Elle est, au reste, commandée par l'équité naturelle. Qu'importe, en effet, quel que soit l'auteur de la violence; il suffit qu'elle ait été employée afin d'arracher le consentement pour qu'il n'y ait pas consentement aux yeux de la loi, parce qu'il n'a pas été libre, parce que celui qui a été donné n'a pas été l'expression de la volonté du contractant (1).

La règle doit s'appliquer au mariage, soit parce qu'elle est contenue dans le chapitre qui détermine les conditions

(1) Le Code autrichien, art. 875, n'admet pas comme cause de nullité la violence qui provient d'un tiers, à moins qu'elle n'ait été exercée ou produite à l'instigation ou à la connaissance du contractant.
C'est soumettre la violence à une preuve souvent impossible.

essentielles à la validité de toutes les conventions en général, quelle qu'en soit la nature, et que toutes les conditions développées dans ce chapitre s'appliquent aussi au contrat de mariage qui est la plus importante des conventions, soit parce que dans le titre même du mariage, la liberté du consentement est spécialement exigée (V. l'art. 180 (1).

182. Il est indifférent que l'autre époux ait été ou non complice de la violence; l'eût-il même ignorée, le mariage qu'elle aurait produit n'en serait pas moins nul, parce qu'il manquerait de la plus nécessaire des conditions, la liberté du consentement.

C'est ce que déclare la loi 14, § 3, *ff. quod metus causâ. Sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re, eum qui convenitur, si crimine caret, lucrum sensisse.*

Ce principe était trop juste pour ne pas être admis dans le droit français. Celui qui a été la victime de la violence doit inspirer plus d'intérêt que la personne qui en a profité. Avant tout, le tort causé par la contrainte doit être réparé. D'ailleurs, la loi vient au secours de la bonne foi en faisant produire, au mariage même annulé, les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants (Code civil, art. 201).

Au reste, le cas sera rare où la violence aura été ignorée de l'époux dans l'intérêt duquel elle aurait été employée.

Mais ce ne sera qu'avec la plus grande circonspection que les tribunaux admettront, comme cause de nullité du mariage, le moyen de la violence qui aurait été l'œuvre d'un tiers, ou celui de la crainte produite par quelque danger pressant.

Ainsi, ne serait pas nul le mariage qui aurait été contracté afin de se garantir soi-même ou de garantir ses proches parents d'un mal dont on serait menacé dans sa personne ou dans sa fortune. Car, quoique la crainte eût pu

(1) V. le Traité de M. Vazeille, n° 78; celui de M. Duranton, n° 48; Toullier, t. 6, n° 77.

être la première ou la principale cause du mariage, comme il n'y aurait pas eu de condition imposée ni de violence exercée dans le but direct de contraindre au mariage, l'union serait valable (1).

Les mouvements personnels de terreur, les précautions prises et les sacrifices faits pour échapper au péril que l'on redoute, ne peuvent être assimilés à des faits de violence étrangère. Quoique le consentement ait été déterminé par une position malheureuse ou inquiétante, il suffit qu'il y ait eu spontanéité dans le consentement pour qu'il puisse être considéré comme libre, et que le mariage doive être maintenu.

Les temps de révolutions présentent des exemples de ces sortes de mariages.

183. La loi dit que la violence, pour être une cause de nullité d'un contrat, doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Il était conséquent avec ce principe de déclarer que « la » crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre as- » cendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit » point pour annuler le contrat. »

C'est ce que porte l'art. 1114 du Code civil.

Cette règle est un hommage rendu aux affections de la nature. Elles sont trop puissantes, en général, pour que la résistance d'un enfant au mariage que lui commanderaient ses père et mère, pût lui faire craindre pour sa personne ou sa fortune un *danger considérable et présent*. Si donc l'enfant cède aux désirs de ses père et mère, c'est moins par crainte que par un juste sentiment de respect et de confiance. Au moins ne peut-on pas supposer dans l'enfant une forte répugnance pour l'union qui lui est proposée, ni dans

(1) V. Pothier, Obligations, nº 24; Toullier, t. 6, nº 85.

les père et mère de passion vive et intéressée qui les excite à exiger cette union.

Considérée comme cause de violence illégale la révérence paternelle, c'eût été déposer dans le sein des familles un germe fécond de discussions et de discordes déplorables.

Les Romains chez lesquels la puissance paternelle avait bien plus d'étendue, bien plus de force que parmi nous, n'admettaient cependant pas qu'un mariage pût être annulé comme étant l'effet de la contrainte exercée par le père de famille.

Pourquoi? parce que cette puissance n'allait pas jusqu'à obliger le fils de famille à faire un mariage contre sa volonté, et parce que, si celui-ci le contractait, il était présumé l'avoir voulu.

Si patre cogente ducit uxorem..... maluisse hoc videtur. L. 22. ff. de ritu nupt. Voy. aussi L. 21 eod. et L. 26, § 1^er^, ff. de pignor.

C'est assez que notre législation ait prévu le cas où il y aurait preuve de violence et qu'elle ait alors autorisé l'action en nullité.

Mais on ne doit pas attribuer ce caractère aux menaces vagues qu'un père ferait à sa fille de lui retirer son affection, de la priver de sa succession, ni même à l'éloignement momentané de la fille qui serait placée par ses parents dans une pension, dans un couvent.

Cette espèce de contrainte morale, si elle n'était, d'ailleurs, accompagnée d'aucun sévice, d'aucun mauvais traitement, n'aurait pas la gravité exigée par la loi pour entraîner la nullité du mariage qui en aurait été la suite; et ce serait le cas de dire avec les jurisconsultes romains, mais dans le sens de la validité de l'acte : *Coacta voluntas, voluntas est.* L. 21, § 5, *ff. quod met.* (V. Duranton, t. 2, n° 47).

§ III.

Des insensés, des interdits.

SOMMAIRE.

184. *Les fous, les insensés ne peuvent contracter mariage. Divers cas.*
185. *Le mariage est nul si l'insensé était interdit antérieurement.*
186. *Il est aussi nul si la démence était notoire, quoiqu'il n'y eût pas eu d'interdiction.*
187. *Mais il serait difficile de l'annuler si la cause de l'interdiction n'existait pas notoirement au moment du mariage.*
188. Quid *si le mariage est contracté dans des intervalles lucides?*
189. *Par qui la nullité peut-elle être demandée?*
190. *Elle peut être demandée par l'époux qui a ignoré l'interdiction ou la démence.*
191. *Elle peut l'être par le tuteur de l'interdit.*
192. *Elle ne peut pas l'être par les héritiers de l'un ou de l'autre époux.*
193. *Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire peuvent se marier même sans l'assistance de ce conseil.*
194. Quid *de l'interdiction légale résultant d'une condamnation afflictive?*

184. Le consentement étant nécessaire pour former le contrat de mariage, ceux qui sont incapables de volonté sont, par cela même, incapables de mariage, puisque le consentement n'est que l'expression de la volonté.

Comme conséquence naturelle de cette vérité, on serait donc autorisé à dire que les furieux, les fous, les insensés ne peuvent contracter de mariage, parce qu'ils ne peuvent avoir de volonté au moins raisonnée.

Furor contrahi matrimonium non sinit; quia consensus opus est. L. 16, § ult.

Sed rectè contractum non impedit. Ibid.

Ainsi, la fureur, la démence ne permettent pas de contracter mariage.

Mais elles ne portent aucune atteinte au mariage qui a précédé.

Ici se présentent plusieurs questions :

La fureur, la démence peuvent être ignorées ; car elles ne se manifestent pas toujours par des actes apparents, caractéristiques et surtout continuels. Des intervalles lucides peuvent se rencontrer.

Si dans cet intervalle le mariage est contracté, sera-t-il nul?

S'il y a nullité, quel est celui des deux conjoints qui pourra la réclamer?

Des héritiers auraient-ils ce droit? Ces trois questions doivent être examinées successivement.

La première peut se présenter dans deux cas :

Ou l'insensé a été interdit,

Ou il ne l'a pas été.

185. Dans le premier cas, il en est du contrat de mariage comme de toutes les autres conventions.

L'interdit en est incapable.

L'art. 1124 du Code civil le défend expressément : *Les incapables de contracter sont les interdits*, etc.

Indépendamment même du principe général consigné dans l'art. 1124, la Commission législative et la section avaient inséré dans le projet du Code un article spécial ainsi conçu :

« Sont incapables de contracter mariage, 1° l'interdit » pour cause de démence ou de fureur; 2° les sourds et » muets de naissance, à moins qu'il ne soit constaté qu'ils » sont capables de manifester leur volonté. »

Si cet article du projet a été supprimé lors de la rédaction définitive, c'est seulement parce qu'on l'a jugé inutile, les dispositions qu'il contient n'étant que des conséquences naturelles de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. D'ailleurs la règle spéciale ne fut pas contredite. Elle est incontestable ; elle se trouve implicitement consacrée par l'art. 146 (1).

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 146.

Ainsi, dans le cas de l'interdiction déjà prononcée, il y a incapacité absolue.

Il y a donc empêchement formel et par conséquent nullité du mariage qui serait contracté malgré cet empêchement : cette nullité est même prononcée textuellement par l'article 502 du Code, suivant lequel « l'interdiction a son effet du jour *du jugement, et tous actes passés postérieurement par l'interdit sont nuls de plein droit.*

186. Mais s'il n'y a pas eu de jugement ni même de demande en interdiction, et si, dans l'ignorance de l'incapacité l'officier de l'état civil a uni les époux, le contrat pourra-t-il être annulé?

L'art. 503 du même Code peut servir à la solution de la difficulté :

« Les actes antérieurs à l'interdiction, dit cet article, » peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait » notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. »

Dans ce second cas, d'ailleurs, comme dans le premier, le mariage manque de la condition la plus nécessaire à la formation du lien. Il n'y a pas eu de consentement, puisque l'un des contractants était dans l'impuissance morale d'exprimer une volonté réfléchie (1).

Aussi, un membre de la Commission de la Cour de cassation fit-il remarquer que d'après les anciens principes, la démence ou la fureur produisait incapacité du jour où elle était prouvée avoir existé, et non du jour où l'interdiction était prononcée (V. Despeisses).

« Mais cette Commission, rassurée par les autres précau- » tions dont la célébration de mariage est entourée, se borna » à recueillir l'observation ; et l'art. 146 fut maintenu dans » sa simplicité (2). »

186. Si la cause de l'interdiction n'existait pas notoirement au moment du mariage, il y aurait beaucoup de dif-

(1) Duranton, n° 34.
(2) V. *Esprit du C. civ.*, par Locré, sur cet art. 146.

ficultés à considérer le mariage comme nul, quelque vice qu'on pût reprocher au consentement dans la supposition de la démence; car le fait lui-même serait nécessairement enveloppé de quelques nuages; une démence qui n'est pas notoire est rarement bien caractérisée. L'insanité, la fureur surtout, se signalent toujours par des actes qui les décèlent au public. L'absence de tous actes extérieurs doit exciter les doutes du magistrat et lui inspirer une sage méfiance qui ne lui permet pas d'annuler les actes.

Au reste, c'est d'après les faits et le plus ou moins d'évidence des preuves que ces sortes de questions doivent être décidées.

188. Remarquons que des intervalles lucides n'attribueraient pas capacité pour le contrat de mariage à l'interdit pour cause de fureur ou de démence; car le jugement d'interdiction et ses effets n'en conservent pas moins toute leur force. L'incapacité de l'interdit ne peut cesser que par un nouveau jugement qui, en lui donnant main-levée de son interdiction, lui rende l'exercice de ses droits.

Des intervalles lucides sont, d'ailleurs, d'une appréciation fort incertaine et n'offrent qu'une bien faible garantie du recouvrement même temporaire de la raison.

Le Tribunat avait demandé une disposition qui déclarât que l'interdit était, en fait de mariage, hors d'état de donner un consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides.

Le Conseil n'adopta pas cette idée, parce que la règle générale lui parut avoir pourvu à tout (1).

Selon Despeisses, auteur du parlement de Toulouse, les insensés pouvaient se marier pendant la durée des intervalles lucides (2).

Cette doctrine ne pourrait s'appliquer aujourd'hui qu'aux insensés non encore interdits. L'incapacité absolue des in-

(1) Locré, sur l'art. 146, *Esprit du Code civil.*
(2) Despeisses, t. 1er, p. 246.

terdits est écrite dans l'art. 502, qui ne fait aucune exception.

189. Mais dans les divers cas d'un mariage contracté par un insensé, par qui la nullité pourra-t-elle être demandée?

Si l'on s'en tenait rigoureusement au texte de l'art. 1125 du Code civil, il faudrait dire que cette nullité ne pourrait être invoquée par les personnes capables de s'engager.

L'application de la règle serait exacte si la démence ou l'interdiction avaient été connues avant le mariage de celui qui se serait uni à l'insensé ou à l'interdit. Éclairé sur l'état moral de l'autre contractant, le conjoint qui n'aurait pas été arrêté par ces infirmités et qui en aurait peut-être fait l'objet de ses tristes spéculations, ne pourrait ensuite se jouer de ses engagements. Il devrait subir le sort qu'il aurait accepté; il serait repoussé dans son action par sa propre turpitude.

190. Mais s'il avait ignoré l'interdiction ou même la démence, et si son ignorance était établie par de graves présomptions ou par la preuve testimoniale, dans ce cas le malheur d'une union aussi déplorable devrait provoquer en sa faveur la sollicitude des tribunaux; il aurait le droit de soutenir que son consentement n'a été que le triste fruit de l'erreur la plus grave; il serait fondé à dire que son erreur est tombée sur la personne, puisqu'il avait cru s'unir à un être doué d'intelligence, et que la personne à laquelle il s'est associé, privée de sa raison, n'a qu'une vie végétative ou furieuse.

Quel est le tribunal qui refuserait de venir au secours d'un malheureux trompé sans doute par les manœuvres ou au moins par la dissimulation de la famille de l'insensé?

On conçoit qu'une erreur produite par une telle cause autoriserait la demande en nullité du mariage, soit que l'insensé eût été ou non interdit, s'il résultait des circonstances et des preuves que l'un des contractants avait été dans une complète ignorance de l'incapacité morale de l'autre.

191. Quant à l'insensé lui-même, si l'interdiction avait précédé le mariage, un tuteur pourrait en faire déclarer la nullité, en vertu de l'article 502.

S'il n'y avait par eu d'interdiction, l'article 503 devrait faire repousser l'action, à moins que la cause de l'interdiction ne fût notoire au moment du mariage, ce qui ferait naturellement présumer que l'autre contractant n'aurait pu l'ignorer. Mais la demande ne pourrait être formée que par un tuteur dont serait pourvu l'insensé par suite d'une interdiction judiciaire, à moins que cet insensé, ayant recouvré dans la suite sa raison, ne la formât lui-même.

192. Des actions semblables peuvent-elles appartenir aux héritiers de l'un ou de l'autre des conjoints?

De la part des héritiers elles ne seraient admissibles que dans les circonstances les plus graves.

Ceux du conjoint capable de contracter seraient repoussés par l'approbation de leur auteur dont le silence prouverait ou le consentement au mariage quoiqu'il en connût le vice, ou sa renonciation à en faire usage, la cohabitation ayant dû nécessairement l'éclairer.

Quant aux héritiers de l'incapable, on leur opposerait leur négligence à provoquer l'interdiction et la fin de non-recevoir écrite dans l'article 504 du Code civil.

On arguerait aussi contr'eux du défaut d'opposition de leur part au mariage de leur parent en démence; ce défaut d'opposition pourrait être considéré comme une reconnaissance tacite que la démence n'était pas caractérisée. Comment, en effet, concevoir que des parents, surtout des successibles n'eussent pas usé de la faculté que leur donne l'article 174 de s'opposer au mariage de leur parent affligé de démence, si cet état avait été bien prononcé?

Enfin on invoquerait contr'eux une autre fin de non-recevoir écrite dans l'art. 180 du Code, qui ne permet qu'aux époux eux-mêmes d'attaquer le mariage lorsque leur consentement n'a pas été libre. Cette fin de non-recevoir a été

consacrée, même pour un cas de démence, par un arrêt de la Cour de cassation, du 9 janvier 1821, dans l'affaire Joliot et Martin. L'arrêt est rapporté dans le journal de Sirey, t. 21. 1. 157 (1).

Nous ferons sur les actions en nullité qui ont pour motif la démence, quelques autres observations dans le chapitre qui sera plus spécialement destiné à traiter des demandes en nullité des mariages.

193. Tout ce qui a été dit dans ce paragraphe est étranger au prodigue et même à ceux auxquels les tribunaux, usant du pouvoir discrétionnaire que leur donne l'article 499 du Code civil, auraient nommé un conseil judiciaire. Ceux-ci ne jouissent pas, il est vrai, de l'exercice complet de leurs droits civils, mais, si en eux la raison est plus faible, ils ne sont cependant pas privés de son secours, ni par conséquent incapables de donner un consentement. « En général ils sont habiles à contracter; *ils peuvent se* » *marier;* ils peuvent faire un testament, ce que ne peuvent » pas faire les interdits pour cause d'imbécillité, de dé- » mence ou de fureur. »

(Exposé des motifs de la loi sur l'interdiction, par le conseiller d'Etat Emery.)

Ces expressions de l'orateur, *ils peuvent se marier*, ne permettent pas qu'il reste dans l'esprit la moindre incertitude sur la faculté qu'elles signalent (2).

(1) Suivant le Code autrichien (art. 48), les individus qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, ne peuvent contracter mariage.

La loi de Saxe a une disposition semblable. (Curtius, t. 1^er^, § 5.)

Les lois d'Espagne aussi, ainsi que celles d'Angleterre (Ley. 6, tit. 2, partida 4; Statut 15. Georges II, chap. 80.)

Le Code du canton de Berne prohibe le mariage aux furieux, il ne le permet aux imbéciles qu'avec l'autorisation préalable du tribunal des affaires matrimoniales, et aux interdits que du consentement de leurs père et mère. (Art. 31 et 32.)

(2) Duranton, 2. 35; Vazeilles, t. 1^er^, p. 92.

Au reste, nul ne peut être dépouillé d'un droit que la loi attribue en général à tous les membres du corps social, sans une disposition expresse et prohibitive qui le lui enlève.

Or il n'existe dans nos Codes aucune prohibition qui interdise le mariage à celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire ; on n'y voit même aucune règle qui l'oblige à se faire assister de son conseil pour la validité du mariage.

Donc le prodigue et généralement tout individu auquel un conseil a été judiciairement donné, n'en a pas moins le droit de contracter mariage, sans avoir même besoin de l'assistance de ce conseil.

Nous examinerons dans la suite si cette assistance ne serait pas nécessaire pour la validité des conventions matrimoniales.

194. S'il est une classe d'individus qu'une condamnation judiciaire a placés dans un état d'interdiction légale, sans cependant qu'elle les ait déclarés morts civilement, leur mariage sera-t-il nul?

La loi ne s'explique pas sur cette question, et l'on ne peut la décider par les principes ordinaires consignés soit dans l'article 502 du Code civil soit dans les articles 1124 et 1125. Car ces articles ne s'appliquent qu'aux interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, puisqu'ils sont fondés sur l'incapacité naturelle où sont les insensés d'exprimer un consentement éclairé. Or cette incapacité, œuvre de la nature, ne frappe pas ceux que la loi seule a punis de leurs crimes par une privation temporaire de certains de leurs droits civils.

Nous disons de *certains de leurs droits civils*, la question proposée n'étant pas relative aux individus condamnés à une peine emportant mort civile, mais seulement à ceux contre lesquels ont été prononcées des condamnations moins rigoureuses qui ne les privent que d'une partie de leurs droits civils en les déclarant, sous ce rapport, en état d'interdiction légale ; tels que les individus dont s'occupe l'article 29 du Code pénal.

Il n'en serait pas de ces sortes d'interdits comme des condamnés morts civilement. (V. l'art. 25 du Code civil.) La loi ne les déclare pas incapables de contracter mariage ; et par conséquent leur mariage ne serait pas nul de plein droit.

Mais ce mariage pourrait être annulé pour cause d'erreur sur la personne morale et sociale de l'individu auquel on se serait uni en mariage. Le conjoint trompé, en établissant cette erreur, et en signalant la gravité du vice de son consentement, devrait en obtenir la réparation et pourrait faire annuler une union flétrissante que l'erreur seule aurait produite.

Quant au condamné lui-même, il ne serait pas admissible à invoquer son état d'interdiction légale contre un mariage qui aurait été l'effet de son dol personnel.

Le conjoint serait aussi non recevable dans une telle action s'il n'avait pas ignoré l'état du condamné.

Nous ajouterons que les héritiers du conjoint trompé verraient repousser, par les dispositions de l'article 180 du Code civil, toute réclamation qui n'aurait pas été déjà exercée par un commencement de poursuites du conjoint lui-même (1).

---

§ IV.

Des sourds et muets.

SOMMAIRE.

195. *Chez les Romains, les sourds et muets de naissance ne pouvaient tester.*

196. Secus *des sourds et muets par accident s'ils savaient écrire.*

197. *Ceux qui n'étaient que sourds ou muets ou aveugles pouvaient se marier.*

(1) V. sur cette question l'opinion conforme de Duranton, t. 2, n° 36 et suiv.

198. *Innocent III donna cette faculté aux sourds et muets qui pouvaient exprimer par signes un consentement.*
199. *Cette décision avait été reçue en France.*
200. *Examen de la question au Conseil d'État lors de la discussion du Code civil.*
201. *Lois qui se sont occupées des sourds et muets comme donataires ou témoins.*
202. *Lacune sur ce point dans la loi du mariage.*
203. *Point d'arrêts modernes sur la question.*

195. Chez les Romains les sourds et les muets de naissance étaient assimilés aux insensés et considérés comme incapables d'exprimer un consentement.

La loi voulait qu'on leur nommât un curateur, parce que, disait-elle, ils ne pouvaient veiller eux-mêmes à l'administration de leurs biens.

Sed et mente captis et surdis et mutis et eis qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt. — Inst. lib. 1, tit. 23, § 4.

Ils ne pouvaient aussi faire un testament, des codiciles, une donation à cause de mort. L. 6, § 1, et L. 10 Cod. *Qui testam. facere possunt.*

196. Celui qui, sourd et muet par accident, aurait appris à écrire, aurait le droit de faire des dispositions testamentaires.

Si ex casu, potest, modò litteras sciat et suâ manu scribat. L. 10 Cod.

La même capacité appartient à celui qui n'aurait que l'une ou l'autre des deux infirmités.

Potest si surdus tantùm, vel mutus. L. 10 Cod.

Quant aux aveugles, ils jouissaient des mêmes droits que les autres citoyens; seulement ils ne pouvaient tester que par testament nuncupatif et devant sept témoins, *Tabulario adhibito.*

197. Celui qui n'était que sourd ou muet ou aveugle pouvait se marier d'après les lois romaines. *Mutus, surdus, cœcus,*

dotis nomine obligantur quia nuptias contrahere possunt. L. 73, ff. de jure dot.

198. Mais ceux qui, sous le poids d'une interdiction naturelle et en quelque sorte civile, étaient sourds et muets de naissance, ne pouvaient contracter mariage avant le pontificat d'Innocent III.

Ce pontife leur accorda ce droit par une décision canonique. Sa Décrétale exige *qu'ils fassent connaître leur consentement par des signes bien marqués, parce que la validité du mariage ne dépend point des paroles, mais du consentement exprimé par des signes extérieurs* (1).

199. Cette décision avait été reçue en France. Le mariage des sourds et muets de naissance y était autorisé lorsqu'ils pouvaient exprimer leur consentement par signes. La validité d'un tel mariage fut déclarée, le 16 janvier 1658, par un arrêt du Parlement de Paris que rapporte Soefve, t. 2, centurie 1, ch. 82 (2).

Un célèbre arrêt de la même Cour, rendu le 26 juin 1776, ordonna qu'il serait passé outre à la célébration du mariage de la demoiselle Lemarrois, sourde et muette de naissance, mais qui avait reçu une éducation soignée et qui montrait une grande intelligence. Son ancien tuteur avait formé, depuis sa majorité, une opposition à ce mariage; l'opposition fut levée.

200. Les procès verbaux de la rédaction du Code civil nous font voir que la position des sourds et muets de naissance fut au Conseil d'Etat l'objet d'une longue dissertation.

La Commission avait proposé un article ainsi conçu :

« Les sourds et muets de naissance ne peuvent se marier » qu'autant qu'il serait constaté dans les formes prescrites

(1) D'Hericourt, Lois ecclésiastiques, du mariage, art. 53. *Innocentius III, cap. cum apud extra. de sponsalibus et matrimonii extrav. spons., cap.* 22 *et* 25.

(2) V. aussi Rousseau-Lacombe, *Jurisprudence civile*, au mot *Mariage*, part. 4, nº 1, et les auteurs qu'il cite.

» par la loi qu'ils sont capables de manifester leur volonté.»

La rédaction avait reçu de légers changements, lorsqu'au Conseil d'Etat on attaqua le fond de la question, et l'on demanda pourquoi le mariage serait interdit aux sourds-muets?

« La Commission et la Section expliquèrent leur système; » elles avaient suivi la déclaration de 1736 qui parle des » sourds–muets de naissance.

» On ne pourra se dispenser, dirent-elles, de régler la » manière dont ils doivent exprimer leur consentement. » La loi doit s'en expliquer; car les sourds-muets ne peuvent » être admis indistinctement à contracter; il est impossible » de leur donner, pour le plus important des contrats, la » capacité indéfinie qu'on ne peut leur laisser à l'égard des » autres. . . . . L'intérêt détermine plus souvent que » le goût à épouser un individu affecté d'une infirmité aussi » gênante. On doit donc être en garde contre cet intérêt » et contre les séductions qu'il essaie pour extorquer un » consentement dont les conséquences ne sont pas aperçues » par celui qui le donne. »

Il fut répondu que le sourd-muet de naissance, en voyant son père et sa mère, a connu la société du mariage. Il est toujours capable de manifester la volonté de vivre comme eux; et alors, pourquoi aggraver son malheur en ajoutant des privations à celle que lui a imposée la nature? . . . .

« La jurisprudence, ajoutait-on, n'a jamais eu de difficultés à lever que par rapport à la comparution des sourds-muets en justice; et encore depuis la découverte de l'art de les faire exprimer, on suppose tellement la facilité de les comprendre qu'on ne leur nomme plus de curateur lorsqu'ils sont traduits en justice; on ne leur donne qu'un interprète pour expliquer aux juges les signes qui suppléent en eux à l'organe de la parole. . . . . .

» Leur mariage, au reste, n'a jamais causé d'embarras. . . . . Tous les sourds–muets peuvent manifester leur volonté. . . . . .

» La loi doit donc se borner à déclarer le sourd-muet incapable de se marier, lorsqu'il ne peut manifester son consentement; si elle se rend plus difficile, elle le met dans un état d'interdiction plus pénible même qu'un mariage hasardé.

. . . . . .

» Ainsi le système de la Commission et de la Section est vicieux en ce que, par une disposition générale, il exclut du mariage le sourd-muet et ne l'admet que par voie d'exception. Il faudrait, au contraire, renverser cette rédaction pour poser en règle générale que les sourds-muets sont capables de se marier, et convertir ensuite en exceptions les incapacités particulières où ils peuvent se trouver. »

Cette discussion se termina par la suppression de l'article.

On comprit que la nécessité du consentement, établie par la règle générale de l'article 146, permettait de se taire sur le mariage des sourds-muets.

Seulement on arrêta que l'article proposé serait remplacé par une disposition sur la manière dont les sourds-muets de naissance exprimeraient leur consentement; mais cette disposition n'a pas été rédigée, et l'appréciation du consentement donné par le sourd-muet et des preuves qui le caractériseraient a été laissée à l'arbitrage des tribunaux, *comme le voulait la Section*, dit M. Locré (1).

Ainsi le Code civil ne présente aucune disposition relative au mariage des sourds-muets; ils sont soumis à la disposition générale de la loi, qui veut qu'il *n'y ait pas de mariage s'il n'y a pas de consentement*.

Quant à l'expression du consentement, ce sera à l'officier de l'état civil à la reconnaître; et si ce consentement était dénié, si la nullité du mariage était demandée sur le motif qu'il n'y aurait pas eu de consentement de la part du sourd et muet, ce serait aux tribunaux à vérifier les faits

(1) V. Locré, *Esprit du Code civil*, sur l'art. 146, 1re division, 2e subdivision.

et à discerner les circonstances et les signes qui pourraient faire juger si le sourd-muet avait ou non consenti.

On conçoit combien cette vérification, ce discernement seraient difficiles. Dans le doute cependant, ou plutôt si les preuves les plus fortes, les plus claires de l'absence du consentement n'étaient pas présentées à la justice, le mariage devrait être maintenu.

Il eût été fort à désirer que le législateur, comme il se l'était proposé, eût tracé des règles pour fixer le mode de l'expression du consentement du sourd-muet. Ces règles salutaires l'eussent protégé contre les surprises, et eussent garanti à la société et à la justice que le mariage avait été pour lui l'effet d'une volonté libre et éclairée.

Mais le législateur a reculé peut-être devant la difficulté de poser une règle claire, soumise et applicable à tous les cas.

Peut-être aurait-il dû au moins exiger que pour un acte aussi important le sourd-muet fût assisté d'un curateur nommé à cet effet, comme il l'a voulu pour l'acceptation d'une donation, lorsque le sourd et muet, ne sachant pas écrire, ne peut accepter lui-même.

201. Etrange anomalie. Des précautions sont prescrites au sourd-muet pour qu'il puisse recevoir une libéralité, tandis que pour faire le sacrifice de sa personne, de sa fortune, de son bonheur, de son existence même qu'un mariage imprudent peut compromettre, il est abandonné à lui-même, à son impuissance morale et aux dangers auxquels l'expose la privation de l'ouïe et de la parole, c'est-à-dire de ces sentinelles vigilantes que la nature nous a accordées pour découvrir la fraude d'autrui, et reconnaître nos propres erreurs.

Notre législateur ne s'est occupé spécialement du sourd-muet que dans l'article 936 du Code civil dont nous venons de parler, et dans l'article 333 du Code d'instruction criminelle. Ce dernier article veut qu'il soit nommé un interprète

au sourd-muet, accusé ou témoin, qui ne sait pas écrire.

202. Ce mode appliqué au mariage, n'offrirait pas assez de garantie, comme le fait observer avec beaucoup de justesse M. Vazeilles : « On peut accorder ou refuser sa confiance à l'interprétation de la déclaration d'un sourd-muet, accusé ou témoin ; de même qu'on peut croire ou ne pas croire à cette déclaration en la supposant fidèlement traduite, et chercher ailleurs des témoignages et des preuves. Pour le mariage il ne suffit pas de vérifier un simple fait, il faut s'assurer du discernement du sourd-muet et de sa volonté (1). »

Un curateur spécial choisi par le conseil de famille du sourd-muet, qui serait composé, suivant le vœu de la loi, de ses parents les plus proches, et présidé par le juge de paix, magistrat du peuple et de la famille, qui plus qu'un autre est à portée de connaître les rapports et les affections de tous ses membres, un tel curateur offrirait au sourd-muet, pour le mariage, une assistance salutaire et bien propre à s'assurer de la vérité de son consentement comme à le garantir des piéges que ses infirmités peuvent lui faire tendre.

Mais en attendant qu'une heureuse innovation ait été faite à la loi, ou plutôt qu'une lacune importante ait été remplie, il faut reconnaître que rien ne s'oppose à ce qu'un sourd-muet contracte mariage, et qu'il n'est soumis à cet égard à aucune autre formalité, à aucune autre condition que celles qui sont prescrites, en général, à toutes les autres personnes qui se proposent de former de semblables nœuds.

203. On ne connaît pas d'arrêts modernes qui aient prononcé sur le mariage d'un sourd-muet.

La Cour de Toulouse, par arrêt du 26 mai 1824, a jugé qu'un muet n'était pas incapable de se marier (2).

(1) M. Vazeilles, *Traité du mariage*, t. 1er, p. 95.

(2) Dalloz jeune, Jurisprudence périodique, t. 24. 2. 125.

En Wurtemberg, les muets, les aveugles, les boiteux ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation préalable du tribunal matrimo-

Section II.

Du consentement de ceux dont dépendent les parties contractantes.

SOMMAIRE.

204. *Nécessité du consentement de ceux de qui on dépend.*
205. *Des différentes causes de dépendance, division de la section.*

204. L'état de dépendance où l'on peut se trouver dans le corps social forme aussi un empêchement au mariage.

Cet empêchement n'est que relatif, puisqu'il peut cesser par le consentement de ceux sous la puissance desquels on est placé.

205. L'homme social peut être soumis à la puissance d'autrui sous plusieurs rapports :

Comme enfant légitime et majeur ;

Comme mineur ;

Comme enfant naturel ;

Comme enfant adoptif ;

Comme prince ;

Comme militaire ;

Comme esclave.

Cette section se diviserait naturellement en autant de paragraphes qu'il y a de rapports à considérer. Mais les trois derniers rapports n'exigeant que peu d'observations, nous ne leur consacrerons qu'un seul paragraphe, après avoir examiné d'abord les conditions qui sont imposées pour le mariage aux enfants majeurs et légitimes, et celles auxquelles sont soumis les mineurs, les enfants naturels et les enfants adoptifs.

---

nial. — Même règle dans le canton de Berne pour les imbéciles, les aveugles, les sourds-muets. (Code de Berne, art. 31.)

§ Ier.

Des conditions imposées aux enfants majeurs et légitimes.

SOMMAIRE.

206. *Utilité des principes sur le consentement des personnes de qui dépendent ceux qui veulent se marier.*
207. *Généralité des législations sur ce point.*
208. *Principes du droit romain à cet égard.*
209. *Règles du droit canonique.*
210. *Ces règles non admises dans le droit français; nécessité de consentement des père et mère ou tuteurs des enfants mineurs.*
211. *Les majeurs devaient le demander à peine d'exhérédation.*
212. *Omission de ces règles par les législateurs de* 1792.
213. *Les principes de l'ancien droit admis par le Code civil avec quelques modifications.*

206. Le mariage étant de toutes les actions humaines celle qui intéresse le plus la destinée des hommes, on ne saurait l'environner de trop de précautions (1).

L'homme dans sa jeunesse, livré à l'influence des passions, aux illusions de l'inexpérience, apporterait rarement à cet acte important la maturité de raison, les lumières de discernement qu'il exige. Sans un guide éclairé et prudent, il lui serait facile de s'égarer et de se préparer des regrets amers qui empoisonneraient son existence future.

207. Tous les législateurs ont senti cette vérité; tous ont soumis les mariages à une surveillance préventive qui en assurât les avantages en les garantissant des erreurs qui auraient pu les former.

Chez quelques peuples anciens, les magistrats avaient inspection sur les mariages. C'étaient eux à Lacédémone qui les dirigeaient; et Platon voulait qu'il en fût ainsi dans sa république (2).

L'intérêt de la société était la base de ces règlements.

(1) Exposé des motifs de la loi relative au Mariage, par Portalis.
(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 23, chap. 7.

Mais ils seraient inapplicables à une grande nation. Et le but est rempli en confiant cette salutaire inspection aux pères et mères, et aux ascendants que la nature investit d'une sorte de magistrature de famille.

Aussi est-ce aux pères, en général, que les lois comme les mœurs ont confié le soin de marier leurs enfants. Cela est sage, « car leur prudence, à cet égard, sera toujours » au-dessus de toute prudence (1). »

208. Chez les Romains, il n'était pas permis de contracter mariage sans le consentement du père ou de l'aïeul sous la puissance duquel on se trouvait.

« *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes,* » *id est qui cœunt, quorumque in potestate sunt.* L. 2, *de* » *Ritu nuptiarum.* »

La même règle était écrite dans les Institutes qui exigeaient que le consentement précédât le mariage. *In tantum ut jussus parentis præcedere debeat.* Instit. de nuptis, initio.

Si la puissance paternelle appartenait à l'aïeul, le consentement de celui-ci suffisait pour le mariage de la petite-fille. Mais le petit-fils avait aussi besoin de celui de son père.

Nepote uxorem ducente et filius consentire debet : neptis verò si nubat voluntas et auctoritas avi sufficiet. L. 16, ff. de ritu nupt.

Les mariages contractés sans ces consentements étaient nuls. *Si adversus ea quæ diximus aliqui cœrint nec vis, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Instit. de nupt. § 12.

Cependant si le refus du consentement du père de famille était injuste, le préteur pouvait autoriser le mariage. *L.* 19, *eod.*

209. L'Eglise s'était conformée à ces règles pendant plusieurs siècles. Mais dans la suite, on a toléré les mariages

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 23, chap. 7.

sans leur observation. Depuis les compilations des Décrétales jusqu'au Concile de Trente, on a déclaré dans l'Eglise latine valables, quoiqu'illégaux, les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs père, mère ou tuteurs.

Le Concile de Trente consacra ce dernier usage en prononçant anathème contre ceux qui affirmaient faussement que ces mariages étaient nuls quoique l'Eglise les considérât comme bons.

Pothier et d'Héricourt prétendent que le Concile de Trente a voulu seulement condamner l'erreur des hérétiques, selon lesquels il dépendait des pères et mères des enfants de confirmer les mariages ou de les infirmer suivant leur volonté; qu'il n'était pas possible, d'ailleurs, que le Concile eût voulu s'élever contre les lois civiles qui exigeaient, pour la validité des mariages des enfants, le consentement de leurs père et mère (1).

210. Nous n'avons pas à examiner la justesse de cette explication. Mais soit qu'elle fût exacte, soit que l'Eglise ne voulût pas permettre à l'autorité civile de détruire ce que l'autorité religieuse aurait fait même par erreur, il est certain que ce point de discipline, établi par le Concile de Trente, n'a pas été observé en France.

Il existe, en effet, plusieurs ordonnances ou édits qui, sans déclarer directement les enfants de famille inhabiles à contracter mariage sans le consentement de leurs pères, mères ou tuteurs, condamnent de tels mariages comme des rapts de séduction lorsqu'ils ont été faits par des fils ou filles mineurs de 25 ans. (Voir l'ordonnance de Blois, art. 42.)

Cette ordonnance prononçait même la peine de mort contre ceux qui auraient suborné les enfants pour les faire consentir au mariage.

(1) V. Pothier, *du Mariage*, nº 321; et d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques du mariage*, article 73.

L'ordonnance de 1629, article 169, en confirmant les précédentes, déclara ces mariages nuls et de nul effet et valeur, et comme non valablement et légitimement contractés.

Une autre ordonnance de 1639, article 2, déclare les veuves, fils et filles *moindres de vingt-cinq ans*, qui auront contracté mariage contre la teneur des ordonnances, ensemble les enfants qui en naîtraient ainsi que leurs hoirs, indignes et incapables à jamais des successions de leurs père et mère et de toutes autres directes et collatérales.

La nullité était, en effet, prononcée par les Parlements lorsqu'elle était poursuivie par les pères, mères ou tuteurs.

Selon quelques auteurs, les Parlements considéraient de tels mariages comme clandestins et les annulaient sous ce rapport.

Ce motif est peu vraisemblable surtout appliqué à des mariages qui pouvaient avoir reçu de la publicité.

Quelle que fût, au reste, la raison présumée, il n'en est pas moins certain qu'on annulait, en général, les mariages contractés par des mineurs de 25 ans sans le consentement des père et mère.

211. Quant aux enfants plus âgés, les garçons, jusqu'à l'âge de 30 ans, devaient obtenir le consentement des pères et des mères à peine d'exhérédation; ceux qui avaient atteint l'âge de trente ans, et les filles ou veuves âgées de 25 ans accomplis devaient aussi, sous la même peine d'exhérédation, requérir le consentement de leurs pères et mères. Ce devoir rempli, ils étaient autorisés à se marier sans avoir obtenu le consentement demandé; et ils n'avaient pas à craindre la peine prononcée par les ordonnances. (V. l'édit du mois de février 1566, et l'ordonnance de 1639, art. 2.)

D'après cette dernière ordonnance confirmée et renouvelée sur ce point par la déclaration de 1697, l'exhérédation avait lieu de plein droit. Cependant, en général, on ne l'appli-

quait que quand les pères et mères avaient déshérité leurs enfants par un acte exprès (1).

212. Ces sages prohibitions, établies autant dans l'intérêt même des enfants que comme un hommage de déférence et de respect pour l'autorité paternelle, avaient été méconnus par les législateurs de 1792. En fixant à 21 ans la majorité de toute personne, ils avaient autorisé les enfants majeurs à se marier sans le consentement de leurs père et mère. Les mineurs seuls étaient astreints à obtenir ce consentement; et si les père et mère étaient interdits ou décédés, celui des cinq plus proches parents paternels ou maternels était nécessaire.

Telle était la législation française, lorsque le Code civil est venu lui rendre son antique moralité et ses bienfaisantes exigences sur les mariages des enfants.

213. Notre Code, en laissant à ceux qui n'avaient ni père ni mère ni autres ascendants, et qui étaient majeurs de 21 ans, la plus grande liberté pour leurs mariages, a adopté, mais en les modifiant, les dispositions des anciennes ordonnances à l'égard des enfants qui avaient des ascendants.

Comme elles, il a déclaré que ces enfants, s'ils n'avaient pas atteint l'âge qu'il fixe, seraient dans la nécessité d'obtenir le consentement de leurs père et mère ou de leurs aïeux.

Comme elles aussi, il a soumis les enfants qui avaient acquis l'âge fixé à faire à leurs ascendants des actes respectueux.

Ces deux positions des enfants doivent être examinées séparément (2).

(1) V. *Lois ecclésiastiques* de d'Héricourt, 3e partie, chap. 5, du Mariage, nos 74 — 79. Voir aussi Pothier, *Traité du contrat de mariage*, no 321 et suiv., et le Recueil de jurisprudence de Rousseau-Lacombe au mot *Mariage*, partie 2.

(2) Presque toutes les législations européennes exigent pour le mariage des enfants même majeurs qu'ils obtiennent, ou au moins qu'ils demandent le consentement de leurs pères et mères. — La Belgique et

ARTICLE Ier.

Des enfants majeurs auxquels le consentement de leurs ascendants est nécessaire pour leur mariage.

SOMMAIRE.

214. *Règle du Code civil sur le consentement exigé.*
215. *Différences entre ces règles et celles du droit romain.*
216. *Leurs différences avec l'ancien droit français.*
217. *Peine d'exhérédation prononcée par les ordonnances.*
218. *Elle n'a pas été maintenue ni par la loi de* 1792, *ni par le Code civil.*
219. *En cas de dissentiment entre des père et mère, le consentement du père suffit.*
220. *Mais la mère doit être consultée. — Arrêt sur la question.*
221. *Si la mère ne forme pas opposition, l'officier public doit se contenters du consentement du père.*
222. *Le consentement doit être donné en personne ou par un fondé de pouvoirs spécial et par acte authentique.*
223. *La procuration n'a pas besoin de désigner l'autre époux.*
224. *Le consentement peut-il résulter suffisamment de la présence au contrat de mariage?*

les pays détachés de la France en 1814 et 1815, le royaume de Bade et celui des Deux-Siciles ont adopté les règles du Code français. Dans le duché de Hesse, ce consentement est aussi nécessaire.

La Sardaigne a modifié ces règles en se conformant au droit canonique; mais les père et mère et autres ascendants peuvent exhéréder les enfants mâles âgés de moins de 30 ans, et les filles âgées de moins de 25 ans qui se marient sans leur consentement.

Ce consentement est aussi prescrit en Autriche, en Prusse (où les tribunaux cependant peuvent y suppléer), en Saxe, en Russie, dans le Wurtemberg.

Mais il n'est exigé que pour les enfants mineurs de 24 ans, suivant les confessions d'Augsbourg et Helvétique; pour les fils mineurs de 30 ans, et pour les filles mineures de 25 ans en Bavière; encore, le mariage n'est-il pas nul au-dessous de cet âge. Mais des peines sont prononcées pour les mineurs de 25 ans en Portugal; de 21 ans pour les fils, de 23 ans pour les filles en Espagne; de 21 ans en Angleterre; de 21 ans pour les fils, et de 18 ans pour les filles dans les Etats de Holstein.

En Hongrie, en Écosse, le consentement des parents n'est pas requis; en Suède, il y a peine d'exhérédation contre l'enfant qui se marie sans le consentement de ses père et mère.

225. *Le refus du consentement peut-il être levé par le juge?*
226. *Le divorce ou la séparation de corps des père et mère en dispensent-ils?*
227. *Le consentement peut-il être révoqué par acte?*
228. *Le consentement est-il révoqué par la mort ou l'incapacité du père?*
229. Quid *en cas d'absence des pères, mères ou ascendants, ou de leur incapacité?*
230. Quid *s'il y a dissentiment entre les ascendants?*

214. C'est dans les articles 148, 149 et 150 du Code civil que sont contenues les dispositions qui fixent l'âge jusqu'auquel les enfants ne peuvent contracter le mariage sans le consentement de leurs ascendants.

Voici les termes de ces articles :

« Le fils qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, la Art. 148.
fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

» Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité Art. 149.
de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

» Si les père et mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impos- Art. 150.
sibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement (1). »

(1) Le Code sarde, art. 106, exige, quel que soit l'âge, et à peine d'exhérédation, le consentement des père et mère, ou à leur défaut, celui des aïeux, et en cas de minorité, celui du conseil de famille.

Le Code de Vaud est conforme au Code napoléon (art. 64 et 65); de même, le Code hollandais, art. 92, 93, 94. Le Code autrichien n'exige que pour les mineurs ou interdits le consentement du père légitime, et si celui-ci est décédé, l'adhésion du tribunal et l'autorisation du tuteur, art. 49.

Le Code des Deux-Siciles veut le consentement du père, à son dé-

215. Ces dispositions, comparées à celles du droit romain, présentent des différences assez remarquables.

Elles ne sont pas, aussi, absolument conformes à l'ancien droit français.

Le droit romain, comme nous l'avons déjà dit, n'exigeait le consentement que des personnes sous la puissance desquelles étaient les contractants, quel que fût, d'ailleurs, l'âge de ceux-ci.

Ainsi, le fils qui, par l'émancipation avait été affranchi de la puissance paternelle, pouvait se marier sans le consentement de son père.

Emancipatus sine consensu patris uxorem ducere potest. L. 25, ff. de ritu nupt.

Le consentement de la mère n'était pas nécessaire parce que les enfants n'étaient pas sous sa puissance : *Liberi patris non matris familiam sequuntur.* L. 196, in fine, ff. de verb. signif.

Mulier familiæ suæ caput et finis est. L. 165, § ult. eod. tit.

Cependant, pour la fille mineure de 25 ans, il fallait l'avis de sa mère et celui de ses proches parents ainsi que celui de son tuteur. S'il y avait dissentiment entr'eux, le gouverneur de la province prononçait.

Si matris auxilio destituta puella intrà 25 annum sit, matris et propinquorum et ipsius quoque tutoris requiritur judicium. L. 20, C. de nupt. et tutoris. L. 1, eod.

Si dissentiant arbitrium præsidis necessarium est. D. L. 1.

216. Plus en harmonie avec les sentiments de la nature et avec les règles d'une civilisation avancée, les ordonnances de nos rois avaient exigé le consentement de la mère comme celui du père ; mais elles n'avaient pas prescrit celui des aïeux à défaut des père et mère. Il paraît même que sous les rois de la première race, le consentement du père

faut, celui de l'aïeul paternel et de la mère, et il donne la préférence à l'aïeul s'il y a dissentiment, art. 164.

Le roi peut suppléer au refus en connaissance de cause, art. 165.

seul était requis. C'est ce qui résulte des Capitulaires du roi Dagobert (seconde partie qui a pour titre : *Lex alemanorum* cap. 54, art. 1^er^), où il est dit : *Si quis filiam alterius non desponsatam (sibi à patre filiæ) acceperit sibi uxorem, si pater ejus eum requirit, reddat eam et cum quadriginta solidis eum componat.*

On lit aussi dans les Capitulaires de nos rois de la seconde race (livre 7, art. 463) : *Aliter legitimum... non fit conjugium nisi ab his qui super fœminam dominationem habere videntur uxor petatur*, etc. (1).

Il paraît que ces lois anciennes étaient tombées en désuétude lorsque fut publié l'édit de Henri II, de février 1556, dans le préambule duquel on signale « des mariages qui, » journellement, par une volonté charnelle, indiscrète et » désordonnée, se contractaient par les enfants de famille » contre le vouloir et consentement de leur père et mère, » n'ayant aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, » l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doivent à leurs » parents. »

217. Pour faire cesser ces désordres, Henri II défendit aux enfants de famille, savoir : aux fils âgés de moins de 30 ans, et aux filles âgées de moins de 25, de se marier sans le consentement de leurs pères et mères, voulant que ceux-ci « puissent les exhéréder pour telle irrévérence, in- » gratitude, mépris et contentement de leursdits pères et » mères.

.... » Qu'ils puissent aussi révoquer toutes donations » qu'ils auraient faites à leurs enfants... »

La disposition s'appliquait aussi aux veuves.

Nous avons vu que ces prohibitions avaient été renouvelées par l'ordonnance de Blois de mai 1579, par la déclaration du 6 novembre 1639, et par l'édit de mars 1697, qui répétèrent les mêmes peines en ajoutant même que les contractants et leurs

(1) Pothier, *du Mariage*, n° 323.

descendants seraient privés et déchus par le seul fait, « indi-
» gnes et incapables à jamais des successions directes et colla-
» térales, et de tous autres avantages, même du droit de
» légitime ; » en déclarant aussi la peine de rapt encourue nonobstant les consentements, intervenus depuis, des pères, mères, tuteurs et curateurs des enfants.

218. Le Code civil n'a pas maintenu la peine de l'exhérédation sur laquelle la loi du 20 septembre 1792 était aussi muette.

Nos nouveaux législateurs ont réduit à vingt-cinq ans accomplis pour les fils et à 21 ans pour les filles, la majorité au-dessous de laquelle le consentement est nécessaire.

Les progrès de la civilisation autorisaient cette réduction. Elle est, d'ailleurs, plus en harmonie avec l'époque de la majorité civile qui a été fixée pour tous les autres actes et pour toutes les personnes, à 21 ans comme elle l'avait été par la loi du 21 septembre 1792.

Si pour le mariage on a mis une différence dans le terme de la majorité entre les filles et les mâles, c'est qu'elle était commandée par la nature. Tous les législateurs l'ont établie, parce que tous ont senti les mêmes raisons. La nature se développe plus rapidement dans un sexe que dans l'autre.

En établissant la nécessité du consentement des pères et mères, ou à leur défaut, celui des aïeux, pour les mariages des fils âgés de moins de 25 ans, et des filles qui n'auraient pas atteint leur vingt-unième année, la loi a entendu parler non-seulement du premier mariage des enfants, mais encore des seconds ou troisièmes mariages qu'ils pourraient contracter après la dissolution des précédents. L'âge fixé met seul fin, lorsqu'il est accompli, à la nécessité du consentement, parce que cet âge seul garantit, en général, la maturité de la raison des contractants et les convenances de leur choix. Au reste, la loi, dans l'obligation qu'elle impose aux enfants, n'excepte pas ceux qui déjà auraient été mariés. Elle s'applique donc à tous.

219. L'art. 148 du Code a prévu le cas où le père et la mère ne seraient pas du même avis sur le mariage de leur enfant commun, et il déclare qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

Cette précaution était sage. On a compris « que dans une » société de deux, toute délibération, tout résultat devien- » draient impossibles si l'on n'accordait la prépondérance » au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a » partout garanti cet avantage au père (1). »

220. Si la préférence donnée à l'avis du père peut paraître juste comme fondée sur les lois anciennes et sur les mœurs, au moins ne faut-il pas que le consentement de la mère soit dédaigné. La loi prescrit d'obtenir ce consentement. Il faut donc qu'il soit demandé ou qu'il soit certain que la mère a pu exprimer sa volonté.

Si donc les circonstances indiquaient que la mère n'a pas été consultée, le vœu de la loi ne serait pas rempli ; la mère aurait le droit de se plaindre de l'oubli d'un devoir ou du mépris de son autorité ; elle pourrait former opposition au mariage. C'est ce qu'a décidé la Cour de Riom entre les époux de Volonzat, par arrêt du 30 juin 1817.

Le sieur de Volonzat père s'était rendu avec sa fille, âgée de 15 ans, dans une terre qu'il possédait à quelque distance de son domicile.

Bientôt il fit afficher à l'hôtel de la mairie du domicile dont il venait de s'éloigner le mariage de la demoiselle Volonzat, sa fille.

Mme de Volonzat forme opposition au mariage et la motive, 1° sur ce qu'elle n'avait pas été consultée ; 2° sur la trop grande jeunesse de sa fille ; 3° sur ce qu'il paraissait que cette dernière n'apportait pas un consentement libre à ce mariage.

Le sieur de Volonzat père demanda la main-levée de cette opposition.

(1) Exposé des motifs par, M. Portalis.

Mais l'opposition fut reçue par le tribunal du Puy qui en était saisi. Voici le texte du jugement que la Cour de Riom a confirmé par les mêmes motifs :

« Attendu que suivant l'article 148 du Code civil, le consentement du père et de la mère est simultanément nécessaire, et comme principe fondamental, pour le mariage de la fille qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis ;

» Attendu que si, par exception à ce principe, le même article veut qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffise, c'est qu'il fallait que le suffrage de l'un d'eux eût la prépondérance, afin que dans la société de deux, tout résultat ne devînt pas impossible dans le concours de leur avis différent; mais que de cette prévoyance même de la loi, il résulte cette conséquence, par respect dû à l'union conjugale, qu'à la mère doivent être communiquées les propositions sur le mariage de sa fille, pour en examiner les convenances et en dire son avis à son mari ;

» Attendu qu'il n'est pas justifié qu'il eût été question du mariage de la demoiselle de Volonzat, antérieurement à l'absence actuelle de son père de la ville du Puy, siége de son domicile, pour aller passer avec sa fille un certain temps dans une terre située dans le département de la Lozère; qu'il n'est pas non plus justifié que la dame de Volonzat ait connu le projet de mariage de sa fille antérieurement à la publication faite à la commune du Puy ; qu'il en résulte que la dame de Volonzat n'a été aucunement consultée sur le mariage ni par son mari ni par sa fille ;

» Attendu que le principal moyen que la dame de Volonzat a fait plaider à l'appui de son opposition, consiste dans le doute qu'elle s'est formé que sa fille consente librement à ce mariage, et que pour s'assurer de la volonté de sadite fille et exprimer elle-même son vœu, elle désire que sa fille se rapproche d'elle ;

» Par ces motifs, le tribunal, sans s'arrêter à la fin de

non-recevoir proposée (1), reçoit l'opposition de madame de Volonzat; et avant de dire droit sur icelle, ordonne que le sieur de Volonzat procurera dans le domicile habituel des époux, en la ville du Puy, des communications entre la mère et la fille, pendant le délai de 10 jours, pour ensuite être définitivement statué sur ladite opposition. »

Cette décision importante, autorisée par la lettre de la loi qui prescrit le consentement de la mère, est surtout conforme à son esprit qui ne permet pas d'abuser de la prééminence accordée par la loi au père comme chef de la famille, pour se jouer de l'obligation d'obtenir le consentement de la mère, et pour se dispenser même de la consulter sur les avantages ou les inconvénients de l'union proposée (2).

La question jugée par l'arrêt de la Cour de Riom eût présenté plus de difficulté si la fille n'avait pas été éloignée par le père du domicile de la mère, et si cette circonstance n'avait pas dû faire présumer que celle-ci avait ignoré le projet de mariage (3). Car si la mère et la fille avaient continué de rester ensemble, que c'eût été pendant cette cohabitation qu'auraient été faites les publications et les autres préparatifs du mariage, il eût été difficile de croire, à moins de preuves bien caractérisées, que le projet de mariage avait été caché à la mère, ce qui n'avait pas permis à celle-ci d'énoncer un avis.

Dans le doute, on aurait été autorisé à s'arrêter à l'idée qu'elle avait connu le projet de mariage, qu'elle n'y avait pas donné son assentiment, et que son opposition n'avait eu pour but que d'en retarder le plus possible l'exécution.

(1) Par la fin de non-recevoir, la dame de Volonzat prétendait que la fille seule avait qualité pour demander la main-levée de l'opposition. Ce moyen fut écarté par le motif que la fille étant mineure, le père était son représentant légitime pour former la demande.

(2) V. sur la *question* Vazeilles, t. 1er, p. 152; Duranton, t. 2, no 77; Dalloz aîné, t. 10, p. 25, no 10.

(3) V. M. Vazeilles, *ibid.*, 183.

Dans ce cas-là on aurait dû rejeter l'opposition en vertu de la prééminence accordée par la loi au consentement du père.

221. Si dans un cas semblable ou analogue à celui de la dame de Volonzat, la mère ne se plaint pas d'un oubli outrageant, si elle ne réclame pas, c'est-à-dire si elle ne forme pas opposition au mariage avant la célébration, son silence doit être considéré ou comme une approbation du mariage, ou comme une renonciation à ses droits; et le mariage fait avec le consentement du père sera à l'abri de toute atteinte légale.

L'officier de l'Etat civil ne devrait pas même surseoir à la célébration sur le motif que le consentement de la mère ne serait pas produit.

Car la présence du père et son consentement suffisant, d'après l'article 148, pour autoriser le mariage, il n'appartient pas à l'officier de l'Etat civil d'être plus exigeant que la loi.

S'il y a opposition, comme il n'en est pas le juge, il doit surseoir.

S'il n'y a pas d'opposition, les conditions prescrites étant remplies, il doit unir les époux.

Telle est aussi l'opinion de MM. Dalloz et Duranton, qui ajoutent cependant que les circonstances devront déterminer l'officier de l'Etat civil à prêter ou à refuser son ministère (1).

Mais n'y aurait-il pas le plus grand danger à laisser ainsi à l'arbitraire de cet officier l'appréciation des circonstances? n'est-il pas plus sûr et plus légal de s'en tenir à la règle qui est formelle?

Ne faudrait-il pas au moins les circonstances les plus graves, les plus extraordinaires pour autoriser un refus même momentané?

222. Le consentement des pères et mères doit être donné ou par eux-mêmes en présence de l'officier de l'Etat civil, au

(1) Dalloz, v. *Mariage*, p. 25, n° 7; Duranton, t. 2, p. 62, à la note.

moment de la célébration du mariage, ou par un fondé de pouvoir spécial qui les représente et qui assiste au mariage.

La procuration, dans ce dernier cas, doit être authentique; c'est ce qui résulte de l'article 73 du Code civil, qui ne parlant que d'un acte authentique de consentement, ne suppose même pas qu'il puisse en être donné par acte sous seing-privé.

Cette dernière forme présenterait de graves inconvénients; elle se prêterait plus facilement aux fraudes; elle pourrait donner lieu à des désaveux d'écritures ou de signatures, et à des vérifications dont les incertitudes et les dangers ne sont que trop connus; elle compromettrait donc et le sort du mariage et le repos de l'officier de l'Etat civil qui, par une imprudente confiance, se serait contenté d'un acte dont la sincérité ne lui aurait pas été suffisamment garantie.

La procuration des père et mère doit être sans nul doute spéciale pour l'objet auquel on doit l'appliquer. Ainsi elle doit exprimer en termes formels le consentement au mariage du fils futur époux.

223. Mais doit-elle aussi indiquer expressément l'épouse à laquelle le fils se propose de s'unir?

M. Vazeilles le pense ainsi. M. Dalloz partage cet avis. M. Duranton l'adopte aussi, mais avec quelque hésitation, et en ajoutant que « si le mariage était contracté, il serait » bien difficile de fonder l'action en nullité sur une des dis- » positions du Code civil. »

Le Code civil ne contient, en effet, aucune disposition qui prescrive, dans l'acte de consentement, la désignation spéciale de la personne à laquelle devra s'unir l'enfant de ceux dont le consentement est exigé.

Aussi, c'est sur des considérations et des règles générales que M. Vazeilles appuie son opinion.

« La loi, dit-il, se défie de la raison de l'enfant qui n'a » pas atteint sa majorité; elle le place sous la direction de

» ses parents qui doivent le défendre des piéges qu'on peut » lui tendre et de ses propres égaremens ; il est nécessaire, » pour qu'on le protége ainsi contre les autres et contre lui- » même, qu'on puisse le voir et l'observer distinctement » avec la personne à laquelle il témoigne la volonté de s'unir.

. . . . . .

» La loi restreint aux simples actes d'administration la » procuration illimitée conçue en termes généraux qui em- » brassent toutes affaires. L'autorisation pour le mariage, » donnée dans des termes semblables, n'est pas seulement » réductible, elle est nulle parce que ce lien est indivisible.

. . . . . .

» Les pères qui ne peuvent pas donner à leurs enfants » une autorisation indéfinie de mariage ne sauraient avoir » la faculté de conférer à des tiers le droit de l'accorder » pour eux.

» Enfin la loi 34, *ff. de ritu nuptiarum*, voulait que le » père désignât dans la procuration le mari qu'il entendait » accorder à sa fille. . . . . .

. . . . . .

» Cette loi offre un très-bon commentaire pour l'article » 148 du Code civil (1). »

Ces réflexions ont de la force. Mais sont-elles complètement décisives?

Ne peut-on pas répondre que ce n'est pas seulement par défiance de la raison de l'enfant que la loi a exigé le consentement des pères et mères et des ascendants ; que c'est aussi comme une marque de déférence et de respect pour la magistrature de famille, conférée par la nature elle-même aux ascendants, qu'il a été prescrit aux enfants d'obtenir ce consentement ; que cela est si vrai, qu'autrefois chez les Romains les enfants émancipés n'avaient pas besoin de ce consentement parce que l'émancipation les avait affranchis de

(1) Vazeilles, *Traité du Mariage*, nos 116, 117.

l'autorité paternelle ; et qu'aujourd'hui parmi nous, le jeune homme qui est âgé de 21 ans accomplis et qui n'a pas d'ascendant, peut se marier sans le consentement de ses autres parents quelque rapproché que soit leur degré ; et cependant on ne peut pas présumer en lui une raison plus forte, plus mûre, moins propre à exciter la défiance que celle d'un autre jeune homme du même âge qui serait dans la nécessité d'obtenir le consentement de ses ascendants parce qu'il lès aurait conservés ?

Qu'au reste, la loi s'en étant rapportée à la sagesse des pères de famille, c'est à ceux-ci à apprécier le degré de prudence de leurs enfants, et à ne leur accorder une liberté illimitée dans le choix d'un époux qu'autant qu'ils les jugeraient dignes de cette confiance absolue.

La comparaison, tirée d'une procuration générale, ne paraît pas exacte ; car s'il est vrai qu'aux termes de l'article 1988, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, il est vrai aussi que si ce mandat contient, même en termes généraux, le pouvoir d'aliéner ou hypothéquer ses biens, ce pouvoir, quoiqu'il ne désigne ni les objets, ni les conditions de la vente, ni le prix, n'en sera pas moins valable pour autoriser le mandataire à vendre à son choix et à tels prix et conditions qu'il voudra fixer celui des immeubles du mandant qu'il lui plaira de désigner.

Pourquoi ne serait-il pas permis à un père de donner à un fils qui aurait mérité sa confiance l'autorisation de contracter le mariage qui lui paraîtrait convenable ?

Quant à l'argument tiré de la loi 34, *ff. de ritu nuptiarum*, pour reconnaître son peu d'application, il suffit d'en transcrire les termes :

Generali mandato quærendi mariti filiæ familiàs, non fieri nuptias, rationis est ; itaque personam ejus patri demonstrare, qui matrimonio consenserit, ut nuptiæ contrahentur, necesse est.

Quel est le mandat dont parle cette loi romaine ?

D'un mandat pour chercher seulement un mari à une jeune fille, et non d'un mandat pour consentir à son mariage. Or ce sont là deux objets essentiellement différents; aussi, la Glose dit-elle qu'un tel mandataire qui fait le mariage, au lieu de se borner à chercher un mari, excède son mandat. *Mandatum quærendi matrimonii excedit, qui non tantùm matrimonium quærit, sed etiam ipsas nuptias contrahit.*

L'action en nullité du mariage serait fondée, dans un tel cas, sur ce que les limites du mandat n'auraient pas été respectées.

En serait-il ainsi d'une autorisation générale dans ses termes, mais spéciale dans son objet, par laquelle un père déclarerait consentir au mariage de son fils quel que fût son choix, s'en rapportant à sa prudence?

Un père ne pourrait-il pas aussi donner à un tiers le pouvoir spécial de le représenter à l'acte civil du mariage que son fils voudrait contracter, et de consentir à ce mariage, le père déclarant approuver, dès à présent, le choix que ferait son fils?

Qu'aurait d'illégal une procuration de ce genre? Pourquoi ne serait-elle pas valable? Sur quel article de loi pourrait-on s'appuyer pour demander la nullité d'un mariage qui aurait été contracté à l'aide d'une telle procuration?

Et cependant personne n'ignore que les nullités sont de droit étroit; qu'il faut nécessairement qu'elles soient écrites dans un texte pour être déclarées par le juge, et que celui-ci ne peut ni les créer, ni les supposer dans l'esprit de la loi lorsque la lettre est absolument muette.

Or, non-seulement aucun texte du Code civil n'exprime la nécessité de désigner dans le consentement du père la personne à laquelle l'enfant doit s'unir, mais même la lettre de l'art. 73 est exclusive de cette exigence. En voici les termes :

« L'acte authentique du consentement des père et mère,

» ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille » contiendra les prénoms, noms, professions et domicile *du* » *futur époux* (1), et de tous ceux qui auront concouru à » l'acte, ainsi que leur degré de parenté. »

On le voit, l'acte *authentique* du consentement des parents du futur époux doit seulement contenir la désignation précise de ce futur époux et de ses parents par leurs noms, prénoms, professions et domiciles; il n'est pas question dans la loi de la désignation de la personne à laquelle ce futur époux doit s'unir; et certes si dans l'intention du législateur, si dans l'esprit qui a dicté la règle, cette désignation individuelle eût été nécessaire, on n'eût pas manqué d'ajouter cette indication à toutes celles que l'article contient. Les longues méditations, les profondes dissertations et le soin scrupuleux qui ont présidé à la rédaction du Code civil, ne permettent pas de supposer dans ses savants auteurs de la négligence ou de l'oubli.

Au reste, qui pourrait se plaindre de ce défaut de désignation spéciale ?

Seraient-ce les père et mère ?

Mais on leur dirait : La procuration est votre ouvrage, vous l'avez crue suffisante, puisque vous l'avez donnée telle précisément pour le mariage. Comment pourriez-vous être admis à invoquer vous-mêmes une erreur ou une faute dont vous seriez les principaux agents ?

Serait-ce l'époux lui-même qui aurait fait usage de la procuration ?

Mais les mêmes raisons écarteraient une demande que sa mauvaise foi, d'ailleurs, rendrait odieuse.

Ajoutons qu'admettre en principe une telle cause de nullité, ce serait fournir à la légèreté et à la fraude un moyen

(1) Ces mots, *du futur époux*, ne peuvent s'entendre que de l'époux auquel est nécessaire le consentement. C'est ce qu' indiquent suffisamment les termes de l'art. 73 et ce que démontrent même les articles précédents.

facile de se jouer de l'imprudente confiance d'une jeune épouse, et de flétrir à jamais son existence en faisant considérer comme concubinage le mariage qu'elle aurait contracté de bonne foi.

224. Le mariage civil est ordinairement précédé d'un acte notarié qui contient les conventions matrimoniales des époux.

L'assistance des père et mère à cet acte et les stipulations qu'ils y auraient faites, par exemple, une constitution de dot, un don en avancement d'hoirie, ne suffiraient-ils pas pour constater leur consentement au mariage même?

Un arrêt, rendu le 25 juillet 1828 par la Cour de Toulouse, a décidé la négative (1).

Cette décision est fondée en principe. Par cela même que la loi exige le consentement des père et mère au mariage de l'enfant, elle veut que ce consentement intervienne dans l'acte constitutif du mariage. Or, il ne peut y intervenir que par le concours et l'assistance des père et mère à cet acte, soit qu'ils y figurent en personnes ou qu'ils y soient représentés par un fondé de pouvoir spécial. Leur présence, leur concours même aux conventions matrimoniales, est sans doute une puissante présomption de leur consentement au mariage même. Mais, d'une part, cette présomption n'est pas infaillible. Car les père et mère de l'un des futurs époux peuvent changer d'avis avant le moment du mariage. D'un autre côté, la loi ne se contente pas de présomptions dans une matière aussi grave; elle veut des preuves écrites et des preuves positives, formelles, qui doivent être constatées dans l'acte civil, puisque le consentement doit être énoncé dans cet acte. (V. C. c., art. 76.)

225. Si le mariage projeté était avantageux à l'enfant, le refus du consentement des père et mère, ou au moins celui du père, serait-il un obstacle insurmontable?

(1) Journal de Sirey, 29. 2. 29.

Suivant la loi 19, *ff. de ritu nuptiarum*, le père pouvait être forcé de consentir au mariage de ses enfants lorsqu'il s'y opposait injustement.

Cette loi ne parlait, il est vrai, que d'un refus général de marier ses enfants et de les doter.

Mais elle devait s'appliquer, à plus forte raison, à un cas particulier, à celui, par exemple, où le fils trouvait à faire un mariage convenable, et où, sans indiquer aucun motif, le père s'y opposait.

Aujourd'hui, d'après les dispositions du Code civil, il serait très-douteux que les tribunaux pussent autoriser le mariage du fils même majeur de 21 ans, si le père refusait son consentement, qu'il exprimât ou non les motifs de son refus, et quelqu'injuste que parût être cette résistance.

On objecte contre ce pouvoir des tribunaux que les termes de la loi sont absolus : *Ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère*, dit l'article 148, en parlant d'un fils âgé de moins de 25 ans, et d'une fille qui n'a pas atteint sa 21^e^ année ; et cette prohibition est répétée dans l'article 150 qui exige le consentement des aïeux si les père et mère n'existent pas ou sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

On ajoute que la loi accorde aux père et mère, et en général à tous les ascendants, une magistrature suprême qui serait blessée s'il était permis de leur demander compte des motifs de leurs refus.

On fait observer que l'amour des pères et mères fait présumer leurs motifs raisonnables, et que les obliger à les soumettre aux tribunaux, ce serait remettre au magistrat civil une inspection que la loi n'a confiée qu'aux magistrats domestiques (1).

Enfin on invoque les dispositions de l'article 176 du Code qui autorise les ascendants à former opposition au ma-

(1) V. les Pandectes française sur l'art. 148, t. 3, p. 169 et suiv. ; et Toullier, *Droit civil*, t. 1, n° 491.

riage sans énoncer dans l'acte les motifs de leur opposition.

Ces considérations sont puissantes ; et dans les cas ordinaires elles seraient décisives.

Mais il peut se rencontrer des circonstances où leur application serait d'une rigueur extrême.

L'amour présumé des pères n'est pas toujours une garantie assurée de la sagesse du refus de leur consentement.

Quelquefois, par une affligeante erreur de la nature, les sentiments affectueux ne sont pas ceux qui dominent toujours dans le cœur d'un père. Des discussions d'intérêt, ou d'autres causes, quelquefois les torts du fils peuvent avoir excité des passions vives, haineuses peut-être, qui repoussent toutes relations et qui provoquent des tracasseries, des contrariétés sans autre but que de faire sentir son autorité et de ne pas procurer un avantage à celui dont on a à se plaindre.

Les pères contre lesquels une séparation de corps, ou même de biens seulement, a été obtenue, ceux surtout qui ayant passé à de secondes noces, sont sous l'influence d'une seconde épouse, se laissent trop facilement, quelquefois, dominer par des mouvements d'une irritation irréfléchie par laquelle leur raison est obscurcie et leur justice paralysée. Et si le père et la mère sont décédés, des ascendants peuvent, égarés par des idées fausses, persister opiniâtrement dans un refus que rien ne justifie.

N'y aurait-il aucun remède à d'aussi graves inconvénients?

Les tribunaux, protecteurs naturels de la faiblesse opprimée, sont-ils dans l'impuissance légale de venir au secours des enfants qui seraient ainsi victimes de l'aveuglement, du caprice et de la colère?

Nous ne le pensons pas.

Chez les Romains où la puissance paternelle avait tant de force, tant d'étendue, elle fléchissait cependant pour le mariage lorsque le refus du père était injuste.

Pourquoi serions-nous, nous, plus sévères dans l'application au mariage d'une puissance qui a été si affaiblie par notre lé-

gislation nouvelle, qui même n'est conservée que pour le mariage et est éteinte pour tous les autres droits, dès que l'enfant, quel que soit son sexe, a atteint l'âge de 21 ans?

Les ordonnances de nos rois avaient prononcé des prohibitions aussi formelles que notre législation nouvelle ; et cependant on trouve dans les recueils de jurisprudence quelques exemples de mariage permis par les tribunaux sur le refus des père et mère.

Soefve rapporte un arrêt qui a permis à une jeune demoiselle mineure qui n'avait ni père ni mère, de passer outre au mariage avec un jeune gentilhomme, nonobstant l'opposition de son aïeul maternel. Le mariage était sortable ; la plus grande partie de la famille y consentait (1).

Un arrêt du 7 septembre 1684 a permis à un jeune homme âgé de 27 ans de contracter, contre la volonté de son père, un mariage agréé de sa mère et de ses parents (2).

Un troisième arrêt du 17 juillet 1722, a autorisé un mineur à contracter un mariage avantageux auquel la mère refusait de consentir (3).

Cette jurisprudence ancienne doit nous servir de guide dans les cas rares sans doute où un mariage avantageux à un enfant même mineur de 21 ans, désiré d'ailleurs par presque toute la famille, ne trouverait que chez un père ou un autre ascendant une résistance inexplicable (4).

226. Nous avons parlé de l'irritation qu'une séparation

(1) V. Soefve, t. 2, art. 2, ch. 93.

(2) Voir l'arrêt dans le *Journal des Audiences*, t. 4.

(3) Ces trois arrêts sont cités par Pothier, *du Mariage*, t. 1er, n° 332.

(4) Dans le royaume des Pays-Bas, quoique jusqu'à l'âge de 30 ans les enfants légitimes soient tenus de demander le consentement de leur père et mère, cependant depuis leur majorité qui a lieu a 23 ans, ils peuvent, en cas de refus des père et mère, s'adresser au juge du canton qui a le droit d'autoriser le mariage. (V. art. 101 à 104 du Code.)

En Autriche, dans tous les cas où le consentement est refusé, la justice peut autoriser le mariage. (Code autrichien, § 2.)

La même règle est admise en Prusse. (Code prussien, § 57.)

Même chose en Danemarck et en Norwège. (L. danoise, art. 3 et 4.)

de corps ou de biens obtenue par une épouse malheureuse pourrait exciter dans le mari contre les enfants même nés du mariage, et du refus injuste que ferait le père de consentir au mariage des enfants qui seraient auprès de leur mère.

Cette observation nous conduit à dire quelques mots d'une question qui pourrait se présenter.

Avant la loi du 8 mai 1816, le divorce était permis, et il dissolvait le mariage.

Aujourd'hui la séparation de corps est autorisée, et si le mariage n'est pas dissous, ses liens sont relâchés et ses effets diminués.

Le divorce ou la séparation de corps, quelles qu'en fussent les causes, affaibliraient-ils la nécessité du consentement des père et mère ?

Non sans doute ; si le mariage en reçoit quelque atteinte, les droits du père et de la mère sur les enfants restent les mêmes ; leur puissance, si les enfants sont encore mineurs, n'est pas altérée.

Le respect qui leur est dû par les enfants, s'ils sont majeurs, et la sollicitude paternelle que leur avenir leur fait éprouver, n'exigent pas moins qu'ils obtiennent leur consentement.

La loi, d'ailleurs, n'a pas modifié la règle pour les cas de divorce ou de séparation de corps ; elle doit donc toujours être observée.

227. Mais le consentement une fois donné peut-il être révoqué?

Ou si après sa manifestation, mais avant la célébration du mariage, le père, la mère ou l'ascendant duquel il émane, tombent dans un état d'impuissance légale d'exprimer une volonté, doit-on remplir de nouvelles conditions?

Ces deux questions sont examinées par M. Duranton, il les décide l'une et l'autre affirmativement (1).

(1) Droit français, t. 1er, nos 93 et 94.

La première ne peut présenter de difficultés sérieuses; c'est au moment du mariage que le consentement doit être manifesté, et c'est aussi à ce moment qu'il est censé être donné; s'il est contenu dans un acte antérieur, on ne l'énonce dans le contrat civil que sur la foi de l'acte qui le contient, et parce que tant que cet acte n'est pas détruit, le consentement doit toujours être considéré comme existant; mais s'il y a changement de volonté, s'il y a révocation, il n'y a plus de consentement, il ne peut donc plus y avoir de mariage.

Remarquons aussi que la révocation ne peut pas être contestée. Le consentement est exprimé ou dans un acte remis à l'enfant ou dans une procuration donnée par l'ascendant à un tiers qui doit comparaître pour lui devant l'officier de l'Etat civil.

Dans le premier cas comme dans le second, l'acte qui le renferme n'est pas synallagmatique, il n'est que l'expression d'une volonté isolée, qui n'est acceptée par personne au moment où elle est déclarée, qui n'est le prix d'aucune obligation contractée alors envers cet ascendant, et qu'il a le droit par conséquent de rétracter jusqu'au moment où il en a été fait usage.

Il la rétracte par une déclaration contraire notifiée à celui auquel il a confié ce consentement, ou si c'est une procuration qu'il a remise à un tiers, il la rétracte par une révocation du mandat. (V. les art. 2003, 2004 et 2005 du Code civil.)

Mais, comme le fait observer avec beaucoup de raison l'auteur que nous avons cité, une simple rétractation pourrait être illusoire, si l'acte contenant l'expression du consentement restait entre les mains de celui auquel il aurait été remis. Il faut ou le retirer, ou former opposition au mariage pour que l'officier de l'Etat civil soit prévenu et ne le célèbre pas. Car s'il était célébré sur l'exhibition du consentement, la révocation ne pourrait être opposée à l'autre époux qui ne

l'aurait pas connue, et le mariage serait-maintenu. (Argument par analogie de l'art. 2005.) L'ascendant ne serait même pas admissible à demander la nullité du mariage relativement à l'enfant qui se serait joué de la rétractation, sauf à en maintenir les effets civils dans l'intérêt de l'époux de bonne foi, suivant la règle écrite dans l'art. 202 du Code civil. On conçoit facilement que les dispositions de cet article n'offrent à l'époux qui a été de bonne foi qu'un bien faible dédommagement du malheur que lui cause la dissolution du mariage, et qu'il ne serait pas juste qu'il fût exposé à ce malheur par l'imprudente négligence de l'ascendant lui-même qui viendrait ensuite demander la nullité du mariage.

228. La seconde question est plus grave. Aussi les opinions sont-elles divisées.

M. Delvincourt pense que la mort, et, par conséquent aussi, l'interdiction du père qui a donné son consentement au mariage, ne rend pas nécessaire un autre consentement exprimé par la mère ou par les autres ascendants. « On ne peut pas argumenter, dit cet auteur, de ce qui a lieu pour la donation entre-vifs, suivant l'art. 932 qui est de rigueur, tandis que le mariage est favorable. »

MM. Duranton, Vazeilles, Dalloz sont d'un avis contraire. Ils se fondent sur ce que, dans l'esprit de la loi, c'est au moment de la célébration du mariage que le consentement est requis. Il faut donc que celui qui a consenti existe encore ou soit capable d'exprimer une volonté au moment où le mariage est contracté; d'ailleurs, ajoute-t-on, à la mort du père, la mère survivante est investie de la puissance paternelle, et le mariage ne peut plus se faire sans son approbation (1).

Le même raisonnement s'appliquerait aux aïeux si la mère était aussi décédée.

(1) Duranton, t. 2, n° 94; Vazeilles, n° 121; Dalloz aîné, t. 10, p. 27, n° 20.

Ces raisons paraissent décisives. On peut en ajouter une autre fondée sur le texte même de la loi.

Le père qui, ne devant pas être présent à l'acte civil du mariage de son fils, consigne son consentement dans un acte authentique, comme le veut l'art. 73, fait la remise de cet acte à quelqu'un qu'il charge ou de présenter ce consentement à l'officier de l'Etat civil, ou, si l'acte est rédigé en forme de procuration, d'assister pour lui au mariage civil et d'y consentir en son nom.

Dans les deux cas, il y a mandat de la part du père: mandat verbal si le porteur de l'acte n'y est pas désigné, mandat littéral si cet acte est une procuration remplie du nom de celui à qui elle a été confiée.

Or, il est de principe élémentaire que le mandat finit par la mort civile ou naturelle, ou par l'interdiction du mandant (Code civil, art. 2003). Donc dès l'instant où le père a été frappé de mort ou d'interdiction, personne n'a le droit d'agir en son nom et de représenter son consentement au mariage. Donc, dès cet instant, le consentement devient caduc, et la mère seule ou les aïeux sont appelés à consentir au mariage. De ce qui vient d'être dit, découle la conséquence nécessaire que l'officier de l'Etat civil, s'il est instruit du décès du père, doit refuser de célébrer le mariage jusqu'à ce qu'on lui présente un autre consentement donné, suivant l'ordre indiqué dans la loi, par la mère ou par les aïeux qui remplacent le défunt dans sa paternelle surveillance.

Il serait superflu d'ajouter que ceux dont le nouveau consentement est requis ne sont pas liés par la volonté qu'avait déjà exprimée le père. Car c'est leur propre opinion, leur volonté personnelle que la loi leur demande et qu'ils doivent déclarer.

Mais si le décès du père n'a pas été connu de l'officier de l'Etat civil, si l'enfant, muni de ce consentement, l'a ignoré lui-même ou laissé ignorer par sa future épouse, et

si les autres ascendants ne l'ont pas instruit, par une opposition au mariage, de la caducité du consentement du père, il faut dire, sans hésiter, que le mariage est valable et que nul n'a le droit de l'attaquer.

La mère et les aïeux n'auraient pas ce droit, parce que leur silence serait justement considéré comme une approbation tacite du mariage.

Ils n'auraient pas aussi ce droit en principe rigoureux, parce que l'exécution du mandat, même révoqué par celui qui serait porteur de l'acte de consentement, rendrait le contrat civil du mariage indissoluble à l'égard de l'autre époux et de sa famille qui n'auraient pas été instruits du décès du père (V. C. c., art. 2009).

229. L'art. 150 du Code a prévu le cas où les père et mère d'un futur époux seraient morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, et l'art. 149 celui où l'un des deux seulement serait mort ou dans la même impossibilité.

Le cas de mort ne laisse aucune incertitude dans l'esprit sur l'application des règles posées dans cet article.

Si le père est mort, le consentement de la mère suffit et réciproquement.

S'ils sont décédés l'un et l'autre, le consentement des aïeux des deux lignes ou de ceux d'entr'eux qui existent est nécessaire, sauf quelques modifications indiquées dans la loi.

Mais la loi ne détermine pas les cas d'impossibilité. Ils peuvent être nombreux et de diverses natures.

L'impossibilité peut être physique ou morale, absolue ou relative. Car elle peut avoir différentes causes, telles que l'absence, le bannissement, l'interdiction légale, l'interdiction civile, l'état même de démence, celui de maladie temporaire ou constante et d'infirmités physiques qui ne permettent pas d'exprimer une volonté ; toutes ces circonstances caractérisent-elles l'impossibilité dans le sens de la loi?

L'absence, par exemple, lorsqu'elle n'a pas été dé-

clarée par jugement, fait naître une difficulté sur laquelle il y a contradiction.

Nous disons lorsque l'absence n'a pas été déclarée : car le jugement de déclaration d'absence est une preuve légale de l'impossibilité où est l'absent de manifester sa volonté ; et dans ce cas il suffit de produire le consentement des personnes qui, d'après les art. 149 et 150, doivent remplacer cet absent.

Mais s'il n'y a que présomption d'absence, que faudra-t-il faire ?

Les délais d'une déclaration d'absence sont longs, puisque le jugement qui la prononce ne doit être rendu qu'un an après celui qui aura ordonné l'enquête. (Code civil, article 119.) Or, un tel retard pourrait faire manquer un mariage avantageux.

Les frais de la demande peuvent être aussi au-dessus des ressources d'une famille pauvre.

Cependant si un père est éloigné de son domicile, que le lieu où il se trouve ne soit pas connu, l'enfant n'aura-t-il aucun moyen de suppléer au consentement prescrit ? Celui de sa mère, celui de ses autres parents les plus proches ne suffiraient-ils pas ?

Chez les Romains, après trois ans d'absence d'un père dont la résidence et l'existence même étaient ignorées, les enfants de l'un et de l'autre sexe pouvaient contracter un mariage valable. *L.* 10, *ff. de ritu nupt.*

Dans l'ancien droit français, l'éloignement du père ou de la mère ne dispensait pas l'enfant de leur consentement lorsque le lieu de leur demeure était connu. Pothier cite un arrêt qui a annulé le mariage d'une fille mineure qui n'avait pas obtenu le consentement de sa mère. Celle-ci demeurait dans l'île de St-Domingue, et un avis de parents homologué par le prévôt d'Orléans avait autorisé la célébration.

Mais l'auteur ajoute « qu'il n'en est pas de même lorsque » le père ou la mère du mineur est *absent de longue absence* » et qu'on ne sait pas où il est....

» Le consentement doit, en ce cas, être suppléé par » celui du tuteur et de la famille (1). »

Une déclaration du roi, du 6 août 1686, dispensait les enfants d'avoir pour leur mariage le consentement de leurs père et mère qui s'étaient retirés en pays étranger... Le mineur même pouvait y suppléer par le consentement de son tuteur, et par l'avis de six de ses plus proches parents et alliés, ou à défaut de parents, par celui d'amis ou voisins assemblés devant le juge royal, sinon devant le juge ordinaire des lieux.

Cette dispense avait été consacrée par une autre déclaration du 24 mai 1724, qui réduisait à trois, lorsqu'il n'y avait que l'un ou l'autre des père et mère, éloigné du royaume, le nombre des parents ou alliés dont l'avis était nécessaire (2).

Suivant l'usage du Châtelet de Paris, attesté par Denizart au mot *absent* (n° 25), lorsque l'épouse d'un absent dont on ignorait le sort voulait marier sa fille mineure, elle y était autorisée par le magistrat sur l'avis des parents paternels et maternels.

Cet auteur cite aussi un arrêt rendu par le Parlement de Rennes, le 28 mars 1738, qui ordonna, conformément à l'avis des parents, qu'il serait procédé au mariage d'une fille de 21 ans dont la mère était morte et le père absent depuis dix ans.

La loi du 20 septembre 1792, qui n'exigeait le consentement des père ou mère que pour le mariage des mineurs, n'avait prévu d'autres cas d'impossibilité que la mort ou l'interdiction.

La rédaction du Code civil est plus large ; mais elle est vague et laisse tout à l'arbitraire du juge, ce qui est un danger, et rien dans les discussions du Conseil d'Etat ne se trouve qui soit propre à diriger les opinions. La difficulté ne paraît pas même y avoir été prévue.

(1) V. Pothier, nos 328 et 329.
(2) V. Pothier, *cod.*, n° 330.

Depuis, dans la pratique, on a reconnu les inconvénients de cette lacune de la législation, et pour y suppléer, le Conseil d'Etat, *en interprétation du Code civil*, a donné un avis dont les considérants rappellent les nombreuses et graves difficultés que cet acte interprétatif a eu pour but de faire cesser. Il s'applique tant à l'absence des actes de décès qu'à celle des consentements des pères, mères, aïeuls et aïeules.

En voici le dispositif (1) :

« Le Conseil d'Etat auquel Sa Majesté a renvoyé un rap-
» port du grand-juge ministre de la justice, sur les diffi-
» cultés que rencontrent beaucoup de mariages dans l'appli-
» cation de divers articles du Code civil, après avoir entendu
» le rapport de la Section de législation ;

» Considérant, etc. . . . . .

. . . . . .

» Est d'avis :

» 1° Qu'il n'est pas nécessaire de produire les actes de
» décès des pères et mères des futurs mariés, lorsque les
» aïeuls et aïeules attestent ce décès ; et dans ce cas il doit
» être fait mention de leur attestation dans l'acte de ma-
» riage ;

» 2° Que si les pères, mères, aïeuls ou aïeules dont le
» consentement ou conseil est requis, sont décédés, et si
» l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur
» décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître
» leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration
» du mariage *des majeurs*, sur leur déclaration à serment que
» le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs as-
» cendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être
» certifiée aussi par le serment des quatre témoins de l'acte
» de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent
» les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs as-

(1) On peut voir le texte entier soit dans l'*Esprit du Code civil*, par Locré, sur l'art. 150, soit dans le *Bulletin des lois*, t. 27, B. 51, p. 376.

» cendants et leur dernier domicile. Les officiers de l'Etat » civil doivent faire mention dans l'acte de mariage desdites » déclarations. »

Cet avis, qui est du 27 messidor an 13, fut approuvé par l'empereur, le 4 thermidor suivant, et a été inséré au Bulletin des lois.

Cet avis doit-il servir de règle?

M. Vazeilles, considérant que cet avis n'est pas une loi, pense que les tribunaux, sur le référé de l'officier public, pourront ordonner d'autres mesures, telles qu'un acte de notoriété avec des précautions particulières ou la délibération du conseil de famille (1).

MM. Duranton, Toullier, Dalloz aîné remarquent que l'avis ne parle que des majeurs, et que la difficulté reste entière pour les mineurs (2).

Nous examinerons plus bas la question relativement aux mineurs.

Mais à l'égard des majeurs de 21 ans, l'avis du Conseil d'Etat nous paraît décisif et suffisant; et c'est aux mesures qu'il prescrit qu'on doit s'arrêter.

Si cet avis n'est pas une loi, il en a la force comme règlement d'administration publique, et comme approuvé par le chef de l'Etat, et inséré au Bulletin des lois.

On sait, en effet, que les avis du Conseil d'Etat, interprétatifs des lois ou émis pour leur exécution, sont assimilés aux décrets lorsque le chef de l'Etat se les est appropriés par son approbation, et lorsqu'ils n'ont pas été déclarés inconstitutionnels par le pouvoir compétent, conformément à l'article 21 de la Constitution du 22 frimaire an 8. C'est ce qui a été jugé par un grand nombre d'arrêts de la Cour de cassation ou des Cours royales. Nous citerons notamment un ar-

(1) V. le *Traité du contrat de Mariage* de cet auteur, nº 124, t. 1er, p. 162.

(2) Duranton, t. 2, p. 69, nº 83; Toullier, t. 1er, nº 489; Dalloz, v. *Mariage*, t. 10, p. 27, nos 15 et 16.

rêt de cassation du 19 octobre 1808, rapporté par Sirey, t. 9. 1. 46. On peut en voir plusieurs autres cités dans le Dictionnaire de Dalloz jeune, au mot *Loi*, *n°* 103.

Ainsi, l'avis du Conseil d'Etat doit être la règle unique lorsque les père, mère et aïeux de l'enfant majeur de 21 ans qui veut se marier sont absents de leur domicile, et que ni leur existence ni le lieu de leur demeure ne sont connus.

La même règle s'appliquera aux ascendants condamnés au bannissement, si l'on ignore le lieu où ils habitent. Car le bannissement ne place pas le condamné dans un état d'interdiction légale ; il conserve tous ses droits de famille et l'exercice de ses droit civils, quoiqu'il perde ses droits de cité. (V. C. pénal, art. 28, 29, 34.) En sorte que si sa demeure est connue, on doit rapporter son consentement au mariage de l'enfant même majeur de 21 ans.

Il est un cas que l'avis du Conseil d'État n'a pas prévu. C'est celui où, quoique le domicile des ascendants soit connu, il n'est pas possible de communiquer avec eux, soit parce qu'ils se trouveraient en pays étranger ou dans des colonies avec lesquelles la guerre ou toutes autres circonstances rendraient la communication difficile ou même impossible.

Ce cas est indiqué relativement aux actes respectueux dans une instruction ministérielle du 11 messidor an XII (20 juin 1804), dont nous analyserons les dispositions en nous occupant de l'art. 155 du Code civil. Le ministre de la justice y dit qu'il faut recourir à un acte de notoriété fait dans la forme réglée par l'art. 71 du même Code.

Ce moyen, qui pourrait être employé par analogie, serait simple, mais, il est vrai, peu légal, et sous ce rapport il serait dangereux. Pour plus de sûreté il faudrait faire homologuer l'acte de notoriété par le tribunal qui, par suite, autoriserait la célébration du mariage. Avec cette précaution, le mariage, ainsi autorisé par la justice, serait à l'abri d'une attaque sérieuse.

Mais si le père, la mère ou tout autre ascendant dont

le consentement est prescrit, avait été condamné à une peine afflictive emportant interdiction légale, l'enfant serait dispensé d'obtenir son consentement pour le mariage, pendant la durée de la peine. Car le jugement de condamnation suivi d'exécution établit, sur celui qu'il frappe, une incapacité qui ne lui permet la jouissance et l'exercice d'aucun droit civil, et qui produit en lui une impossibilité absolue d'exprimer une volonté légale. (*V. art.* 29 *du Code pénal* (1).

Cette observation s'applique aux contumaces même pendant les cinq années qui suivent l'exécution par effigie du jugement de condamnation. (*V. C. c., art.* 28.) Car ils sont, pendant la contumace, en état d'interdiction legale. Il importerait peu que, dans la suite, purgeant la contumace, ils eussent été absous.

Notre doctrine est conforme au texte de la loi 12, § 15, *ff. de capt. et postlim. rev.*, et à celle de Pothier dans son Traité du mariage, n° 331 (2).

Toullier est d'une opinion contraire. « Le condamné par » contumace, dit-il, s'il est encore dans le délai de cinq » ans, n'est pas mort civilement. Il faut donc obtenir son » consentement ou constater son absence, comme il est dit » dans l'art. 155 (3). »

L'erreur de Toullier a été signalée par MM. Vazeilles et Duranton. Elle a échappé à cet auteur estimable, parce qu'il n'a pas fait attention que le contumace était placé par nos Codes dans un état d'interdiction qui le privait de l'exercice de ses droits civils, et par conséquent de la faculté légale de donner son consentement (4).

L'interdiction civile, pour cause de fureur, de démence ou de faiblesse d'esprit, présente un cas bien caractérisé

(1) V. Toullier, n° 488 ; Vazeilles, p. 163.
(2) V. Pothier, n° 331.
(3) *Droit civil*, t. 1er, n° 488, *in fine*.
(4) Duranton, n° 81 ; Vazeilles, p. 162.

d'impossibilité, de la part de l'interdit, de manifester une volonté.

Les intervalles lucides dont pourrait jouir l'interdit, n'autoriseraient ni à exiger son consentement au mariage de l'enfant, ni à s'en contenter. Il suffit que l'infirmité morale soit établie par jugement, pour que le consentement doive émaner des autres ascendants dans l'ordre indiqué par la loi. Il n'y aurait pas, d'ailleurs, assez de garantie de liberté ou de lumières dans un consentement obtenu pendant la durée précaire d'un intervalle lucide.

Remarquons que l'officier de l'Etat civil devra exiger le rapport du jugement d'interdiction et en faire mention dans l'acte pour indiquer la cause de l'absence du consentement du père ou de la mère, et pour motiver celui qu'auraient donné en remplacement les autres ascendants.

Mais s'il n'y a pas eu d'interdiction prononcée ni même demandée, quoique l'état de fureur ou de démence existe, que devra-t-on décider?

Il serait plus régulier de suspendre le mariage jusqu'à ce qu'il y eût eu jugement d'interdiction. Cependant si cette mesure répugnait à la famille, si, d'ailleurs, la démence n'avait pas un caractère dangereux pour l'ordre public, ou si les retards qu'entraînerait une action en interdiction faisaient craindre la rupture d'un mariage convenable, on pourrait, sans avoir recours à ce moyen affligeant, obtenir des tribunaux l'autorisation de faire célébrer le mariage.

Cette autorisation ne serait pas contraire à la loi, puisque les articles 149 et 150, se bornant à parler en général de l'impossibilité de manifester une volonté sans déterminer aucun cas, laissent aux tribunaux, par le vague même de l'expression, à apprécier, d'après les circonstances, s'il y a ou non impossibilité.

Le juge du domicile de l'enfant pourrait donc après s'être assuré par un acte de notoriété, par l'avis du conseil de famille ou par tout autre moyen d'instruction, qu'un père,

par exemple, est réellement incapable d'une volonté raisonnée, permettre de passer outre au mariage avec le consentement de la mère ou des autres ascendants.

Mais sans une autorisation judiciaire, l'officier de l'Etat civil ne pourrait célébrer le mariage ; car il n'est pas juge de la capacité intellectuelle du père ; et si sur la déclaration de la mère et des autres parents de l'enfant, aidée même de sa connaissance personnelle, il passait outre à la célébration du mariage, il s'exposerait aux peines d'amende et même de détention prononcées par l'art. 193 du Code pénal (1).

Des précautions semblables devraient être prises et la même autorisation pourrait être accordée par le juge, si un ascendant était affecté d'une infirmité grave et perpétuelle qui l'empêchât de manifester sa volonté. C'est ainsi qu'on devrait agir, notamment pour un père sourd et muet de naissance qui, dépourvu d'une instruction propre à suppléer à de précieux organes, serait dans l'impossibilité de faire connaître, même par signes, sa volonté sur le mariage de son fils.

L'interdiction judiciaire n'est que l'expression de l'interdiction naturelle ; celle-ci ne doit pas produire moins d'effet lorsqu'elle est certaine (2).

Nous n'avons pas parlé de la mort civile dans l'énumération des cas d'impossibilité pour l'ascendant de manifester sa volonté.

Cela eût été superflu ; car en refusant à celui qui n'est que temporairement en état d'interdiction légale, le droit de consentir ou de s'opposer au mariage de son fils, c'était dire aussi et à plus forte raison que l'individu mort civilement était privé de ce droit.

On sait, d'ailleurs, que la mort civile, image de la mort naturelle, raye de la société l'individu qui en est atteint : il

(1) Voir sur cette question l'opinion conforme de Duranton, n° 85.
(2) Vazeilles, *cod.*, n° 125, p. 163.

cesse légalement d'être époux, il cesse d'être père. Il ne peut donc réclamer les droits attachés à aucun de ces titres.

L'on doit appliquer aux aïeuls et aïeules comme aux pères et mères, tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur la nécessité de leur consentement au mariage de leurs enfants, et sur les différents cas d'impossibilité d'exprimer ce consentement.

Nous ferons observer ici que l'exigence du consentement des aïeux pour le mariage de leurs descendants est une création de notre nouvelle législation; elle n'était pas admise dans l'ancien droit français. Les ordonnances de nos rois prescrivaient aux majeurs de requérir le consentement ou le conseil des père et mère; mais elles n'imposaient pas le même devoir envers les ascendants dans un ordre plus élevé.

D'après les lois romaines elles-mêmes, il n'y avait que l'ascendant sous la puissance duquel était placé le futur époux, dont le consentement ou le conseil fût nécessaire. Si la puissance paternelle était effacée par quelque cause que ce fût, la nécessité du consentement ou du conseil disparaissait.

Par les expressions *aïeux*, *aïeules*, le Code civil a-t-il entendu tous les ascendants à quelque degré qu'ils fussent, ou a-t-il voulu qu'on s'arrêtât au premier degré au-dessus du père?

M. Vazeilles émet la première interprétation.

Il pense que les mots *aïeux*, *aïeules*, sont des termes génériques qui, dans leur exacte acception, s'appliquent à tous les ascendants et ascendantes.

L'esprit de la loi paraîtrait favoriser cette interprétation:

« Au défaut des père et mère, disent les orateurs du Gou-
» vernement, leur place est occupée par les aïeux et aïeules,
» dépositaires après eux du pouvoir patriarchal. »

Et cette respectable magistrature de famille appartient à tous les ascendants, aux bisaïeuls comme aux aïeuls.

Aussi en parlant soit du consentement requis, soit du conseil qui doit être demandé, selon l'âge des descendants, dans l'exposé des motifs comme dans les discours des tribuns, c'est presque toujours le mot *ascendant* qui est employé pour désigner les parents en ligne directe plus élevés en degré que les père et mère, et pour lesquels cette déférence est prescrite.

Cependant, on ne doit pas le dissimuler, la question est au moins très-douteuse.

La lettre de la loi est restreinte; car si dans le langage grammatical on dit *aïeux* pour signifier généralement tous ceux de qui on descend, les mots *aïeul* et *aïeule* ne sont employés que pour désigner le *grand-père* et la *grand'mère*.

Remarquez aussi que le mot générique *aïeux* s'applique aux ascendants des deux sexes comme de tous les degrés, et que si le législateur eût voulu étendre la règle à tous les ascendants, même à ceux des degrés supérieurs au grand-père et à la grand'mère, il se serait servi de l'expression générale les *aïeux* au lieu de dire les *aïeuls* et *aïeules*.

Comment aussi concilier ce système avec les termes de l'article qui, au cas seulement de décès des père et mère, appellent les aïeuls et aïeules à les remplacer. La loi ne paraît-elle pas avoir voulu limiter le remplacement aux ascendants du premier degré s'ils existent, et faudra-t-il faire concourir à ce remplacement tous les ascendants existants quel que soit leur degré, ou ne faudra-t-il aussi y appeler les ascendants d'un degré supérieur qu'au cas de décès des ascendants du degré inférieur?

Enfin comment expliquer que l'article 150 en prévoyant le *dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne*, n'ait parlé que d'un seul aïeul et d'une seule aïeule dans chaque ligne, tandis que la même ligne aurait pu avoir deux ascendants du même sexe en remontant au-dessus du degré de grand-père et de grand'mère?

Le texte de la loi est donc contraire à l'opinion que nous examinons.

Son esprit est, d'ailleurs, fort incertain ; car le mot *ascendant* que l'on trouve quelquefois au lieu du mot *aïeul* dans les discours qui ont discuté le titre du mariage, peut avoir été employé pour varier l'expression plutôt que pour indiquer un sens plus étendu.

Enfin, il est de principe que les prescriptions, les causes de nullité doivent être circonscrites dans le sens le plus étroit plutôt qu'étendues hors des limites de l'acception ordinaire des mots.

Toutes ces raisons nous portent à penser qu'il y a erreur dans l'opinion que nous avons analysée.

Cependant on ne doit pas le dissimuler, la question est grave ; les termes mêmes de l'article 174 du Code civil fourniraient un argument en faveur de l'opinion de M. Vazeilles ; car cet article n'admet les oppositions au mariage par des collatéraux qu'à *défaut d'aucun ascendant*, expressions qui s'appliquent aux bisaïeux comme aux aïeuls et aïeules, et qui supposent que les bisaïeux ont aussi le droit d'opposition, quoique l'article 173 rappelle seulement pour l'exercice de ce droit, les père et mère, aïeuls et aïeules. Or, c'est le même esprit qui a dicté les dispositions sur la nécessité du consentement des ascendants, sur les actes respectueux, et sur le droit d'opposition de la part des ascendants ; il serait donc prudent d'obtenir le consentement du bisaïeul s'il n'existait pas d'ascendant d'un degré plus proche.

230. L'article 150 du Code civil déclare que s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul, et que s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

Ces deux dispositions isolément considérées sont fort claires.

La seconde a été appliquée dans une espèce où il n'y avait que deux ascendants, une aïeule paternelle et un aïeul ma-

ternel ; la grand'mère paternelle consentait au mariage, le grand-père maternel refusait son consentement. La Cour de Poitiers autorisa le mariage, par arrêt du 8 juillet 1830, sans que l'enfant eût besoin de faire des actes respectueux au grand-père ; son refus de consentir étant constant opérait un dissentiment entre les deux lignes, et par cela même emportait consentement au mariage (1).

Mais si l'on combine ensemble les deux dispositions que nous venons de rappeler, elles peuvent laisser des doutes sérieux.

Supposons que l'aïeule d'une ligne refuse son consentement, et que l'aïeul et l'aïeule de l'autre ligne fassent le même refus, il ne restera plus pour le mariage que le consentement de l'aïeul d'une ligne? ce consentement unique suffira-t-il étant en opposition avec le dissentiment des trois autres aïeux?

Non, si l'on compte par voix.

Mais oui, si l'on compte par ligne.

Or, c'est ce dernier mode que le législateur paraît avoir voulu indiquer. Autrement il n'eût pas prévu le dissentiment dans la même ligne pour donner la préférence à l'avis de l'aïeul. Dans tous les cas, comme cela résulte de l'expression générale de l'article, même dans celui où il existe des ascendants dans les deux lignes, il eût au contraire, par une disposition particulière, réglé que les ascendants des deux lignes se réuniraient pour manifester leur volonté, et que l'avis du grand nombre serait suivi, sauf à ajouter aussi que le partage emporterait consentement.

Ainsi l'on doit reconnaître que, suivant l'esprit de la loi, le consentement de l'aïeul, c'est-à-dire du grand-père de l'une des lignes, suffira pour autoriser le mariage.

Il est bien entendu, au reste, que dans le cas de l'art. 150, le refus du consentement de la part du grand-père pré-

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Dalloz jeune, t. 30. 2. 263.

vaudra sur l'avis favorable de la grand-mère, comme dans celui de l'art. 149, le refus du père prévaut sur celui de la mère, la prééminence accordée par la loi s'appliquant toujours à l'opinion du chef de la famille, qu'elle soit ou non favorable au mariage de l'enfant.

ARTICLE II.

Des enfants majeurs qui peuvent se marier sans le consentement des ascendants, et des actes respectueux.

SOMMAIRE.

231. *Des actes respectueux. — Ancien droit. — Droit intermédiaire. —Droit nouveau.—Leur nombre suivant l'âge.*
232. *A qui doivent-ils être adressés.—Leur forme.*
233. *L'enfant veuf en est-il tenu s'il se remarie.*
234. *Est-il nécessaire envers la mère ou l'aïeule s'il y a consentement du père ou de l'aïeul?*
235. *Comment se calcule l'intervalle des actes respectueux?*
236. *L'enfant doit-il être présent à l'acte?*
237. *S'il est absent, faut-il un mandat spécial pour le représenter?*
238. *Le même mandat peut-il servir aux trois actes respectueux?*
239. *Si l'enfant s'est retiré dans la maison du futur conjoint est-il présumé libre?*
240. *Les actes doivent être rédigés en termes de déférence? — Doivent-ils contenir la réponse de l'ascendant?*
241. Quid *si l'ascendant est absent ou ne veut pas se faire voir? — Comment l'acte doit-il être notifié? — En cas d'absence à qui doit être remise la copie?*
242. *S'il y a plusieurs ascendants il faut autant de copies.*
243. *Les copies n'ont pas besoin d'être signées par le second notaire ou les témoins.*
244. *Cas où l'on peut se dispenser des actes respectueux.*

231. La loi en exigeant pour le mariage des enfants le consentement des pères et mères ou celui des ascendants d'un degré supérieur, a voulu surtout prévenir les erreurs

de la jeunesse et les égarements des passions si actives à cette dangereuse époque de la vie.

Mais ce temps d'épreuve devait avoir un terme. L'ancien droit français l'avait fixé à trente ans pour les fils, à vingt-cinq ans pour les filles, cet âge faisant présumer plus d'expérience et moins de facilité à se livrer à une influence étrangère ou même aux désordres des passions.

En affranchissant les enfants parvenus à l'âge de vingt-cinq ou trente ans de la puissance de famille sous laquelle plus jeunes ils étaient placés par le mariage, nos anciens législateurs avaient eu la sage pensée d'exiger que les enfants, dans l'intérêt même de leur avenir comme dans un intérêt de déférence et de respect pour leur père et mère, leurs demandassent leur conseil.

De là les sommations respectueuses usitées dans l'ancien droit pour se conformer aux prescriptions de l'édit du mois de février 1556, de celui du 26 novembre 1639 et de la déclaration de mars 1697.

Ces divers règlements les prescrivaient à peine d'exhérédation. Mais ils n'expliquaient pas si elles devaient être répétées; et en admettant qu'on dût les réitérer, ils laissaient une entière incertitude tant sur le nombre des sommations que sur l'intervalle de temps qui devait les séparer.

Aussi l'usage, à défaut de règle fixe, variait-il suivant les lieux. Dans certains pays on faisait trois sommations; dans d'autres on se bornait à deux, et lors même qu'une seule avait été faite, la peine de l'exhérédation n'avait jamais été prononcée (1).

Les édits étaient aussi muets sur les formes des actes par lesquels le conseil des père et mère devait être requis.

Pour suppléer à leur silence, un arrêt de règlement rendu par le Parlement de Paris, le 27 août 1622, voulut que les sommations respectueuses fussent faites en vertu de la per-

(1) V. l'*Esprit du Code civil*, par Locré, sur les art. 151 et 152.

mission du juge royal du domicile des pères et mères, et par deux notaires de la ville de Paris ; partout ailleurs par deux notaires royaux ou par un notaire royal et par deux témoins qui devaient signer la sommation avec le notaire. Le tout à peine de nullité (1).

La loi du 20 septembre 1792 avait méconnu ce devoir de famille qui, chez les Romains, n'avait jamais été prescrit.

Nos nouveaux législateurs, plus soigneux des mœurs domestiques, ont rétabli ce respectable règlement et l'ont prescrit même à l'égard des aïeuls et aïeules de l'enfant. Innovation heureuse qui prouve leur sollicitude pour maintenir le respect dû aux chefs des familles.

En soumettant les enfants à requérir le conseil de leurs ascendants, le Code a rejeté l'expression irrévérente de sommation et lui a substitué celle d'*acte respectueux*, comme plus convenable à son objet et à la nature des rapports qui doivent exister entre un enfant et ses père et mère ou ses autres ascendants.

Le Code a aussi réglé le nombre des actes respectueux selon l'âge des enfants, la forme dans laquelle ils devaient être faits et le délai qui devait les séparer, quand il en fallait plusieurs.

Voici les termes de la loi nouvelle :

« Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère et celui de leurs aïeuls et aïeules lorsque leur père et leur mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. » Art. 151.

« Depuis la majoritée fixée par l'art. 148 jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait Art. 152.

(1) V. les *Lois ecclésiastiques* de d'Héricourt, tit. *du Mariage*, art. 77.

pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois de mois en mois ; et un mois après le troisième acte il pourra être passé outre à la célébration du mariage. »

Art. 153. « Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. »

Art. 154. « L'acte respectueux sera notifié à celui ou à ceux des ascendants désignés en l'art. 151, par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, et dans le procès-verbal qui doit en être dressé il sera fait mention de la réponse. »

Tels sont les divers articles qui déterminent le nombre et le mode des actes respectueux et à quels ascendants il doivent être adressés (1).

Ces divers articles, dans les premiers temps de leur publication surtout, ont fait naître beaucoup de questions.

Nous les examinerons après avoir fait quelques observations sur les termes imparfaits de l'art. 153.

232. Dans cet article il n'est parlé que de l'âge de trente ans après lequel un seul acte respectueux serait nécessaire ; mais cela doit s'entendre seulement des fils ; relativement aux filles, quoique l'article soit muet, il est certain qu'il leur suffit aussi d'un seul acte respectueux lorsqu'elles ont atteint vingt-cinq ans.

Cela résulte clairement de la combinaison des deux articles 152 et 153, puisque l'art. 152 n'exige le renouvellement de l'acte respectueux que pour une fille qui n'a pas atteint vingt-cinq ans comme pour un fils qui en a moins de trente.

(1) Sur les actes respectueux, le Code des Deux-Siciles est conforme à notre Code (art. 166 et 167) ; le Code Hollandais veut que le père et l'enfant comparaissent devant le juge de paix qui tâchera de les concilier (art. 99 et 100) ;

Le Code Bavarois (art. 4) dispense du consentement de ses père et mère le fils âgé de 30 ans et la fille âgée de 25.

Les autres Codes ne parlent pas d'actes respectueux.

Cela est démontré, au reste, par les discussions du Conseil d'Etat comme par l'exposé des motifs de la loi que présenta Bigot-Préameneux, et dont voici un passage :

« La cause du dissentiment des pères et mères étant presque toujours dans la fougue des passions qui entraîne les enfants, et dans leur inexpérience qui les empêche de distinguer leurs véritables intérêts, la loi ne doit plus présumer de pareils motifs *lorsqu'une fille est parvenue à vingt-cinq ans* et un fils à trente ans . . . . . .

. . . . . .

» Un seul acte respectueux est dans ce cas exigé (1). »

Ainsi l'art. 153 doit être entendu comme s'il y avait : *Après l'âge de trente ans pour les fils et celui de vingt-cinq ans pour les filles*, il pourra être, à défaut de consentement, passé outre, etc.

Tel est aussi le sens que les auteurs ont attaché à cet article (2).

Et tel est celui qu'a adopté la jurisprudence signalée par plusieurs arrêts des Cours de Grenoble, de Bordeaux, de Besançon, de Paris, rendus les 10 février et 22 mai 1806, 24 mai 1805, 19 septembre 1815 (3).

231. Les actes respectueux doivent être rédigés dans la forme des actes notariés, puisqu'ils se font par le ministère de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins. On doit donc leur appliquer les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI sur l'organisation du notariat.

Ainsi il faut que le lieu où se transportent les notaires pour

(1) V. la Législation civile et commerciale de Locré, sur l'art. 153, part. 2, commentaire 16, n° 4 ; et l'Esprit du Code civil sur le même article.

(2) Merlin, *Question de droit*, v. *Actes respectueux* ; Favard au même article ; Toullier, n° 493; Proudhon, 1. 218; Delvincourt, 1. 194; Duranton, 2. 88, note 1re ; Vazeilles, n° 315 ; Dalloz aîné, 10. 29, n° 4.

(3) Les voir dans le Journal de Sirey, 7. 2. 769, et 770, et 16. 2. 243, ou dans celui de Denevers, et dans le Commentaire de Dalloz aîné, cités dans le Dictionnaire de Dalloz jeune, aux mots *Actes respectueux*, n° 4.

les notifier soit situé dans le ressort dans lequel ils ont le droit d'instrumenter. (Art. 4, 5, 6 et 68 de la loi du notariat.)

Il faut aussi que les témoins sachent signer et signent réellement l'acte, art. 9 et 14.

Il faut enfin que le notaire et les témoins ne soient pas parents ou alliés des parties à un degré prohibé ; que les témoins ne soient pas clercs du notaire recevant, qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement communal où les actes seront faits ; que leurs noms, prénoms, qualités et demeures soient énoncés dans l'acte ; en un mot, que toutes les formalités prescrites, à peine de nullité, par la loi du 25 ventôse an XI, soient soigneusement observées. (V. les articles 10, 13, 14, 15, 16 et 68 de cette loi.)

Les actes respectueux doivent surtout être signés par l'enfant qui les requiert s'il est présent et s'il sait signer, sinon il doit être fait mention qu'il a déclaré ne savoir ou ne pouvoir le faire. (Art. 14.)

Il est nécessaire qu'ils contiennent non-seulement les noms, prénoms, qualités et demeure de l'enfant, suivant le vœu de l'art. 11 de la loi de ventôse, mais encore les noms, prénoms, âge, qualités et demeure de la personne avec laquelle le mariage est projeté ; ils énonceront en même temps leur objet.

Nous parlerons des autres conditions que ces actes doivent remplir en examinant les questions qu'ils ont fait naître.

232. Nous avons dit que des difficultés nombreuses s'étaient élevées sur l'exécution des articles relatifs aux actes respectueux.

En effet, on a discuté sur leur nécessité dans certains cas ; sur leur intervalle quand il y en avait plusieurs, sur leur mode, sur les termes qui devaient y être employés, sur la forme de leur notification, et sur diverses autres conditions plus ou moins importantes pour la validité des actes respectueux.

Deux grands principes doivent diriger pour la solution de ces sortes de difficultés :

1° Il faut examiner si le vœu de la loi a été rempli ;

2° L'on ne doit rien ajouter à ses exigences.

En se fixant avec franchise sur ces deux principes, on appliquera sainement la loi, et l'on évitera des tracasseries judiciaires, qui sur cet objet notamment n'ont été que trop nombreuses.

Parcourons, avec ces idées pour guide, les différentes questions qui ont été ou qui peuvent être agitées.

233. Ire Question. — Après un premier mariage qui serait dissous, l'enfant serait-il encore soumis aux prescriptions des articles 151, 152 et 153 du Code civil ?

Nous répondrons comme nous l'avons déjà fait sur l'article 148 pour un cas semblable. La loi est générale ; elle n'affranchit aucun enfant du devoir qu'elle impose ; elle s'applique donc aussi à l'enfant qui déjà ayant formé des liens qui n'existent plus veut passer à une seconde union.

D'ailleurs, quelle que soit notre position, le conseil d'un père, d'un ascendant n'est jamais à dédaigner pour un acte aussi important.

Enfin, ni l'âge ni un premier mariage ne peuvent dispenser d'un hommage de déférence et de respect, commandé par la piété filiale autant que par la loi envers un père, une mère ou des aïeux (1).

234. IIe Question. — Si le père ou l'aïeul de l'une des lignes consent au mariage, sera-t-il nécessaire de requérir le conseil de la mère ou de l'aïeule de la même ligne ?

On doit aussi répondre affirmativement. L'article 151 veut que le conseil soit demandé à la mère comme au père, à l'aïeule comme à l'aïeul. Il n'est donc pas permis de négliger ce devoir. La loi ne reconnaît pas de privilége de sexe pour un conseil à donner à un enfant, ni pour une marque de respect à recevoir de lui.

(1) Dalloz jeune, Dict., v. *Actes respectueux*.

Ce cas est analogue à celui de la cause de la dame de Volonzat, jugée par la Cour de Riom, le 30 juin 1817, (V. cet arrêt rapporté ci-dessus sur l'art. 148.)

Mais suffira-t-il, dans le même cas, d'un seul acte respectueux fait à la mère ou à l'aïeule? Si l'on juge par analogie, un seul acte pourra paraître suffisant, puisque lors même que le consentement formel des père et mère, au lieu d'un simple conseil, est nécessaire pour le mariage de l'enfant, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. (Art. 148 du C. civ. V. le Dict. de Dalloz jeune au mot *Actes respectueux*, n° 101.)

Mais l'analogie est-elle exacte? Cela est au moins douteux. Les deux cas ne sont pas les mêmes, et la loi a posé pour chacun d'eux une règle particulière. Elle n'a donc pas voulu que l'on appliquât à l'un ce qu'elle a dit pour l'autre; et ce serait s'exposer à la blesser que de confondre ainsi dans leur application deux dispositions qui sont essentiellement distinctes dans leur texte comme dans leur objet.

Si pour les fils âgés de moins de 25 ans et les filles qui n'ont pas 21 ans accomplis, la loi, en ne permettant le mariage qu'avec le consentement des père et mère, a donné la prééminence au père en cas de dissentiment, c'est parce qu'il était indispensable d'accorder la préférence à l'une des deux opinions, et qu'il était naturel d'attribuer cette préférence au chef de famille, à celui sur la puissance duquel l'enfant était plus spécialement placé.

Mais lorsque la puissance paternelle a cessé, lorsqu'il ne s'agit plus pour l'enfant d'un consentement à obtenir mais d'un simple conseil à demander, d'un acte de déférence et d'hommage à présenter, pourquoi ferait-on une distinction entre le père et la mère, entre l'aïeul et l'aïeule? Pourquoi faudrait-il trois déclarations respectueuses pour les uns, et pourrait-on se borner à une seule pour les autres? Où trouverait-on la raison de cette différence? Serait-ce dans la loi? Mais elle est la même pour les ascendants des deux

sexes. Serait-ce dans la nature? Mais elle nous inspire autant d'affection et de respect pour une mère que pour un père. Serait-ce dans la morale? Mais elle nous commande une égale vénération pour l'un et l'autre.

Rien ne justifierait donc la distinction indiquée par l'article 148.

Au reste, il est toujours plus sûr de s'en tenir au texte de la règle que de s'en écarter. L'arbitraire de l'interprétation est ce qu'il y a de plus dangereux en jurisprudence.

Dalloz jeune, qui est d'un avis contraire, invoque l'arrêt Volonzat, que nous avons cité sur l'article 148.

Mais cet arrêt est inapplicable; car la demoiselle Volonzat était mineure; et il ne s'agissait pas d'actes respectueux, mais de dissentiment entre le père et la mère.

235. IIIe Question. — Comment se calcule l'intervalle entre les actes respectueux lorsqu'il en faut trois?

L'article 152 exige qu'ils soient renouvelés de mois en mois, et que le mariage n'ait lieu qu'un mois après le troisième acte.

Doit-on appliquer à ce délai la maxime : *Dies termini non computantur in termino*, adopté par l'art. 1033 du Code de procédure, et la longueur de chaque mois doit-elle être uniforme?

La réponse doit être négative.

La maxime *dies termini* adoptée par l'art. 1033 du Code de procédure s'applique seulement aux délais par jour, fixés par cet article pour les actes judiciaires en général; il ne s'applique pas aux délais par mois, pas même à ceux relatifs à des actes de procédure comme au délai de trois mois pour interjeter appel (art. 443, C. proc.).

Les délais par mois se comptent de *quantième* à quantième, sans examiner le nombre de jours dont chaque mois est composé. C'est ce qu'ont décidé sur le délai d'appel plusieurs arrêts de cassation, et notamment un arrêt du 27 décembre 1811 et un autre arrêt du 12 mars 1816. (Sirey, 12. 1. 199; 16. 1. 331; Dalloz, 14. 1. 147.)

A plus forte raison doit-on le décider ainsi relativement aux délais des actes respectueux qui ne sont pas des actes de procédure.

Aussi a-t-on jugé qu'un acte respectueux fait le 3 novembre avait pu être renouvelé les 3 décembre et 3 janvier suivants, et ainsi dans des cas semblables. Voir des arrêts de la Cour de Paris du 10 octobre 1809, de la Cour de Bruxelles du 29 mars 1820, de celle de Liége, du 23 décembre 1831. (Sirey. 10. 2. 271; Denevers et Dalloz, 8. 2. 66; 32. 2. 42.)

On ne doit pas même considérer si l'un des mois d'intervalle a plus ou moins de trente jours; un acte respectueux fait le 3 février peut être valablement renouvelé le 3 mars.

Telle est l'opinion de tous les auteurs, moins cependant MM. Delvincourt et Hutteau, qui pensent que le jour de la signification ni celui de l'échéance ne doivent pas être comptés dans le délai du mois en ajoutant que les actes respectueux ne sont pas favorables et que l'on doit y observer rigoureusement toutes les formalités exigées (1).

Ces deux opinions isolées ne sauraient triompher contre l'avis unanime des autres auteurs et la jurisprudence des arrêts (2). Qu'on soit rigoureux dans l'exigence de l'observation des règles! on le doit; mais la rigueur ne doit pas ajouter à la règle.

Remarquons qu'en exigeant que les actes respectueux soient renouvelés de mois en mois, la loi ne dit pas que le renouvellement devra nécessairement avoir lieu à l'expiration de chaque mois. Son but est de laisser à l'enfant le temps nécessaire à ses réflexions et au calme de ses passions. Le délai pourrait donc être prolongé par l'enfant d'un acte à l'autre sans que cela nuisît à sa validité; car il ne

(1) V. Delvincourt sur l'art. 154, édit. in-4° de 1819, t. 1, p. 294.

(2) V. Merlin, *Question de droit*, v. *Actes respectueux*, t. 1. p. 59; 4e édit.; Vazeilles, 1. n° 135; Dur., 2. 47; Dalloz aîné, 10, p. 42, n°s 30 et 31.

s'agit pas ici d'un acte judiciaire pour lequel il y aurait un délai de rigueur comme dans le cas, par exemple, de l'article 674 du Code de procédure. Or, on sait que les nullités, les déchéances ne doivent pas se suppléer ; c'est ce qu'a jugé la Cour de Liége pour des actes respectueux par un arrêt du 20 janvier 1813 que cite Dalloz jeune au mot *Actes respectueux*, n° 112. Cependant, comme le fait observer cet auteur, il est dans l'esprit de la loi que les actes ne soient pas trop éloignés les uns des autres, afin que les ascendants reconnaissent que l'enfant persiste dans son dessein.

Si l'enfant laissait écouler entre le premier acte et les autres un temps trop considérable, il ferait prudemment de les recommencer, pour ne pas courir le risque d'une opposition à son mariage.

Mais après la consommation des trois actes, quel que différé que fût le mariage, il ne serait pas nécessaire d'en faire de nouveaux.

236. IV^e^ QUESTION. — Les actes respectueux doivent-ils être faits par l'enfant en personne ?

Quelques auteurs exigent la présence de l'enfant à l'acte, et quelques arrêts ont adopté cette opinion.

Pothier enseigne que l'enfant doit se transporter chez ses père et mère avec deux notaires ou le notaire et deux témoins, et les requérir de lui donner leur consentement ; et l'opinion de cet auteur n'est pas sans importance quoique applicable au droit ancien, puisque les termes de l'édit de 1556 qui prescrivait des sommations respectueuses, n'imposaient pas plus que le Code civil aux enfants l'obligation d'assister *en personne* aux actes respectueux.

Les motifs de la loi nouvelle semblent exiger que l'enfant communique sans intermédiaire avec ses père et mère ou ses autres ascendants.

« La loi, disent-ils, doit chercher à éclairer les pères et » mères sur les préventions et les préjugés qu'ils peuvent » avoir, les enfants sur la passion qui peut les égarer. *Les*

» *rapprocher les uns des autres* plusieurs fois, laisser de part
» et d'autre, à la raison et à l'affection, le temps d'exercer
» leur influence, c'est un moyen que la nature elle-même
» indique. Lorsque ce sont des pères et mères vis-à-vis de
» leurs enfants, *se voir et entrer en explication* c'est presque
» toujours dissiper les nuages et rétablir l'harmonie. »

Ces expressions ont fait penser à des jurisconsultes, à des tribunaux, que les enfants ne pouvaient se dispenser de se présenter eux-mêmes à leurs ascendants.

Mais le texte de la loi ne le leur commande pas. Il veut seulement qu'ils *demandent, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et mère.*

Demander par un acte, ce n'est pas demander en *personne*. Demander par des paroles adressées directement à celui de qui l'on veut obtenir, c'est demander par un écrit, par l'intermédiaire de cet écrit.

Donc on n'est pas astreint à être présent à la demande et en face du père à qui elle est faite.

Quelquefois même cela serait impossible, au moins très-difficile; si, par exemple, l'enfant ou le père résidaient loin l'un de l'autre, dans des contrées différentes, ou quoiqu'ils habitassent le même lieu, le père pourrait prendre des précautions pour ne pas être rencontré par le fils et rendre ainsi illusoire l'exigence de la règle.

Souvent aussi une entrevue serait une cause d'irritation et de fâcheuses discussions. Il y eût eu imprudence de la part du législateur de l'imposer à l'enfant.

Mais la loi n'établit pas cette condition; c'en est assez pour ne pas l'exiger.

Les motifs mêmes dont nous avons transcrit le fragment le plus positif ne disent pas formellement que le fils doit parler lui-même au père, à la mère.

Aussi, sauf quelques arrêts isolés, une jurisprudence presque générale a écarté cette obligation. On voit de nombreux arrêts rendus en ce sens dans le Code annoté de Sirey

sur l'article 154, et dans le Dictionnaire de jurisprudence de Dalloz jeune, aux mots *Actes respectueux*, n° 36.

237. Ainsi, l'enfant n'a pas besoin d'être présent à l'acte respectueux; il peut être remplacé par un mandataire; il peut même faire dresser d'abord chez un notaire l'acte respectueux dans la forme ordinaire des actes notariés, et charger l'officier public d'aller le notifier. Seulement, en ce cas, l'acte respectueux et le procès-verbal de notification doivent être deux actes distincts, renfermant, chacun séparément, toutes les formalités nécessaires à leur perfection, telles que la signature des témoins et celle du notaire; comme aussi, quant à l'acte respectueux lui-même, la signature de l'enfant. (Arrêt du 2 février 1830; Toulouse, S. 30. 2. 177. Autre arrêt du 25 décembre 1831; Lyon, Dalloz, 32. 2. 42.)

La précaution des deux actes séparés lorsque l'enfant n'est pas présent à l'acte respectueux et n'y est remplacé par aucun mandataire spécial, cette précaution est la plus sûre quoiqu'on puisse ne pas la considérer comme rigoureusement nécessaire.

On a annulé des actes respectueux faits par un notaire qui avait accepté le mandat de représenter l'enfant et d'agir en son nom, en soutenant que le notaire ne pouvait pas remplir le double rôle de mandataire de l'enfant et de fonctionnaire public, dressant et notifiant l'acte respectueux. (Arrêt du 8 janvier 1828, Dalloz, 28. 2. 97.)

L'arrêt est bien rigoureux; le vœu de la loi était rempli et il est assez difficile de reconnaître comment son texte aurait été violé. Il ne pouvait pas être contesté que l'acte respectueux ne fût l'expression de la volonté de l'enfant. L'objection tirée du mandat accepté par le notaire était bien subtile; car le notaire, pour ces sortes d'actes remplit les fonctions d'officier ministériel, fonctions que la loi lui a attribuées dans ce cas à cause de l'importance de l'objet. Or, tout officier ministériel, notaire ou huissier, qui fait une

notification, a bien reçu pour la faire le mandat écrit ou verbal de la partie. Il est donc à la fois mandataire et fonctionnaire; et cependant on n'a jamais eu l'idée d'attaquer de nullité, sous cet étrange prétexte, des actes du ministère d'un huissier.

Aussi a-t-on jugé qu'un notaire avait pu, avait dû même recevoir un mandat spécial de l'enfant pour faire l'acte respectueux en son nom. (Arrêt du 30 janvier 1813, Bruxelles. Dalloz, 14. 2. 27.)

Et même on doit décider que le notaire n'a pas besoin d'un pouvoir spécial et authentique; qu'il suffit qu'il atteste qu'il est chargé de faire l'acte respectueux au nom de l'enfant, pour que cette énonciation émanée d'un officier public doive faire foi, et que demander davantage c'est ajouter à la loi. (Autre arrêt de la Cour de Bruxelles, 29 mars 1820; Dalloz aîné, Jurisprudence générale, t. 10, pag. 30, nos 1. 2. et pag. 38; Merlin, Q. de droit, *V. Actes respectueux;* Hutteau, pag. 238.)

M. Vazeilles pense que si le notaire, ministre de l'acte respectueux, n'était pas porteur d'une procuration spéciale, les ascendants pourraient douter de sa mission, en demander la justification, former même opposition au mariage jusqu'à ce que l'enfant eût confirmé l'acte par sa déclaration.

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Nous avons déjà fait remarquer que les notaires, dans la notification des actes respectueux, remplissaient les fonctions d'officiers ministériels. Par cela même que la loi les charge de cette notification, l'acte qu'ils dressent fait foi de leur mission à l'égard de ceux auxquels ils l'adressent. Il fait foi aussi contre la partie qui les a commis jusqu'à désaveu de sa part. Et par conséquent, tant qu'il n'existe pas de désaveu, les ascendants sont sans qualité pour en contester la sincérité. Une opposition de leur part, motivée sur le défaut de preuve de la mission du notaire, n'aurait pour base qu'une argutie.

Elle serait d'ailleurs sans résultat, puisqu'une simple dé-

claration de l'enfant suffirait pour en faire évanouir le motif.

Au reste on ne peut craindre sérieusement qu'un notaire sans mission notifie un acte respectueux, d'autant plus que l'enfant n'en ferait pas usage s'il ne l'avait pas provoqué.

238. Une cinquième question plus sérieuse consiste à savoir si la même procuration peut servir à faire les trois actes respectueux au même ascendant.

La jurisprudence est contradictoire sur cette difficulté.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 3 avril 1828, a déclaré nul pour irrévérence l'acte respectueux d'un fils qui, par une même procuration, avait donné pouvoir au notaire de signifier les trois actes exigés; copie de la procuration avait été donnée en tête du premier acte. C'était, disent les motifs de l'arrêt, annoncer *que l'enfant avait déjà résolu d'accomplir son dessein relativement au mariage, quelle que fût la réponse de son père sur le conseil à lui demandé.*

Un arrêt de la Cour de Rouen, du 8 janvier 1828, juge de la même manière.

Un arrêt de la Cour de Douai, du 8 janvier 1828, décide qu'en supposant qu'une seule procuration fût suffisante pour signifier les trois actes respectueux, il fallait au moins que chacun des procès-verbaux contînt la preuve que la réponse des père et mère avait été connue de l'enfant et qu'il avait persisté à requérir leur conseil; à défaut de cette preuve les actes respectueux doivent être annulés, décide l'arrêt (1).

La Cour de Caen a jugé, au contraire, que des actes respectueux ne sont pas nuls pour avoir été faits tous en vertu de la même procuration. L'arrêt est du 24 février 1827 (2).

Cette dernière décision nous paraît plus légale. C'est ajouter à la loi que d'exiger qu'une procuration nouvelle soit donnée à chaque réitération de l'acte respectueux. Ce serait

(1) V. ces trois arrêts dans le Journal de Sirey, 25. 2. 375 : et 28. 2. 119. 185, et les deux derniers dans le Journal de Dalloz, 27. 2. 32; 26. 2. 97.

(2) S., 28. 2. 51; Dalloz, 26. 2. 38.

multiplier sans utilité des frais qu'on a eu sans doute le but de diminuer en ne donnant qu'une seule procuration.

Cela paraît d'ailleurs d'autant moins nécessaire qu'une procuration écrite n'est pas même indispensable, et que, comme nous l'avons démontré, un mandat verbal donné au notaire serait suffisant.

Quant à la preuve que l'enfant a connu le conseil du père, et que, cependant, il a persisté dans son projet, elle résulte de la nature même et de l'objet du mandat. Le fils a dû en surveiller l'exécution ; et le mandataire a dû aussi rendre compte à son mandant du résultat de ses démarches. Le renouvellement de l'acte respectueux produit une présomption légale que tout s'est passé ainsi.

Quelle autre preuve, d'ailleurs, pourrait-on exiger?

Faudrait-il que le second acte énonçât que la réponse du père au premier a été communiquée à l'enfant?

Mais on conçoit combien il serait facile au rédacteur de l'acte d'insérer une telle énonciation, lors même qu'elle ne serait pas rigoureusement exacte, et d'échapper ainsi à une nullité qui ne tarderait pas à dégénérer en un puéril moyen de forme.

Enfin l'enfant seul aurait, il semble, qualité pour se plaindre de la négligence de son mandataire à lui rendre compte, à chaque acte, de la réponse du père ; et les conséquences même de cette incurie invraisemblable du mandataire seraient peu dangereuses, puisque l'enfant ne pourrait se marier sans que les trois procès-verbaux fussent à sa disposition, et qu'il eût pu ainsi en prendre lecture et réfléchir sur les conseils qui s'y trouveraient.

Le motif d'irrévérence, tiré par la Cour de Bruxelles de la transcription de la procuration en tête du premier acte, n'est pas sérieux. Car, puisque le mandataire avait une procuration écrite et spéciale, il fallait bien qu'il en justifiât.

Remarquons même qu'avant d'en venir à la mesure extrême d'un acte respectueux, l'enfant et ses ascendants ont

dû avoir plusieurs communications sur le mariage projeté ; c'est une raison de plus pour ne pas hérisser de difficultés un acte qui est plutôt un hommage de respect commandé par la nature et par la loi qu'un moyen de changer une détermination déjà arrêtée de part et d'autre.

On doit donc considérer comme valables les trois actes faits en vertu d'une procuration unique. Tel est aussi le sentiment de Merlin, Quest. de Droit, *v° Actes respectueux*, 19e question ; et de Dalloz aîné, même mot, t. 10, p. 41.

La principale condition, pour la validité d'un tel acte, est qu'il soit certain que la volonté de l'enfant, qui requérait le conseil par l'intermédiaire d'un mandataire, a été parfaitement libre.

De cette vérité incontestable est née une autre question.

239. VIe Question. — Doit-on considérer comme émanant d'une volonté libre, les actes respectueux adressés à un père au nom d'une fille qui s'est retirée dans la maison de celui qu'elle veut épouser ?

La Cour d'Aix et celle de Montpellier ont décidé négativement : la première, par un arrêt du 6 janvier 1824, a annulé les actes respectueux ; la seconde, par arrêt du 31 décembre 1821, a ordonné que la fille serait tenue de se rendre dans une maison qui lui serait désignée par ses père et mère, et d'y rester pendant un certain temps pour y recevoir leurs conseils (1).

Ces décisions sont bien rigoureuses ; elles ont été dictées plutôt par un sentiment moral, très-louable, sans doute, que par la loi dont les règles plus froides, plus positives, ne permettent pas d'imposer des obligations et de prononcer des nullités qu'elles n'ont pas elles-mêmes établies.

Ces arrêts ne sembleraient-ils par porter atteinte à la liberté individuelle sous prétexte de la protéger ? Et n'est-ce

(1) V. les arrêts dans le Journal de Sirey, 25. 2. 326 ; 22. 2. 247.

pas compromettre cette liberté que d'obliger un enfant majeur, qui doit être maître de ses actions puisqu'il n'est plus sous la puissance de ses père et mère, à se rendre et à rester quelque temps dans une maison que ceux-ci lui désigneraient.

Ce moyen ne pourrait-il pas même être impraticable si, par exemple, l'enfant était malade ou si les père et mère avaient une résidence fort éloignée? pourrait-elle être d'ailleurs bien fondée la crainte d'une sorte de violence qui aurait été exercée sur la volonté de la fille, si cette fille était majeure, et si elle s'était rendue librement dans la demeure de la famille de son futur époux?

N'était-il pas, au reste, facile au père, à la mère, de s'assurer que leur fille n'était pas contrainte en déclarant, par exemple, vouloir assister ou personnellement ou par un fondé de pouvoirs au mariage pour y donner leur consentement, ce qui n'aurait pu leur être refusé.

Aussi ces arrêts ont-ils été critiqués par MM. Dalloz aîné et Vazeilles, et sont-ils contraires à l'opinion de M. Merlin (1).

Avant comme depuis leur date, la Cour de cassation et d'autres Cours ont adopté une jurisprudence opposée à celle des Cours d'Aix et de Montpellier.

La Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt du 21 mars 1809, qui casse un arrêt de la Cour de Paris par lequel, avant de faire droit sur la demande en nullité d'actes respectueux, il avait été ordonné à la fille Foligner de se retirer chez une de ses parentes ou chez telle autre personne du sexe, qui lui serait indiquée, et d'y résider pendant six mois, sans y être visitée par le sieur Gourmincourt qu'elle voulait épouser et chez lequel elle était allée habiter.

L'arrêt ordonnait aussi qu'à l'expiration du délai, en cas de persévérance du père de la fille Folignier, elle serait

(1) Merlin, v. *Act. respect.*, Quest. de droit., 15e quest.; Dalloz aîné, t. 10, p. 39; Vazeilles, p. 185, n° 139.

tenue de comparaître en personne devant le président de la section pour être entendue en présence de son père.

Cet arrêt fut cassé sur le motif « qu'en subordonnant la » décision à intervenir à des mesures que la loi n'impose » pas, l'arrêt attaqué tendait à priver la fille Folignier de » la liberté dont la loi veut que les majeurs jouissent, et » que, sous ce rapport, il y avait excès de pouvoir. »

Les Cours de Bruxelles et d'Agen ont adopté la jurisprudence de la Cour de cassation dans des cas analogues par des arrêts des 18 juillet 1808, et 27 août 1829 (1).

240. VII^e^ Question. — Les actes respectueux doivent être rédigés dans des termes de déférence. La dénomination que leur a donnée la loi et leur objet comme les motifs qui les ont fait établir indiquent que leurs expressions doivent avoir un caractère de soumission.

C'est pour leur donner la forme la plus respectueuse que la loi a chargé des notaires plutôt que des huissiers de les notifier, et que le mot *sommation*, employé dans le droit ancien, a été évité dans le droit nouveau et doit l'être dans le procès-verbal et les notifications, comme l'a fait observer l'orateur du gouvernement qui a présenté la loi.

Un mode de rédaction qui ne serait pas respectueux, loin de remplir le vœu de la loi, serait donc considéré comme un outrage qui ferait annuler l'acte.

Ainsi a été annulé un acte portant que l'enfant a *requis et sommé* ses père et mère, avec tout le respect qui leur dû de consentir au mariage *qu'il est dans la ferme résolution de contracter*, ajoutant que *malgré leur refus, il agira comme s'ils avaient donné leur consentement : pourquoi il proteste.*

L'arrêt est du 12 fructidor an XIII. Il a été rendu par la Cour de Bordeaux (2).

Il ne faut cependant pas se laisser aller à une ombra-

(1) V. ces divers arrêts dans le Journal de Sirey, 9. 1. 199; 2. 85; 29. 2; 32. 2. 298.

(2) S., 5. 2. 185; Denevers, 2. 688.

geuse susceptibilité sur les expressions des actes respectueux. Trop de rigueur serait une tracasserie et choquerait la lettre et l'esprit de la loi. Il faut savoir distinguer ce qui est imperfection de rédaction et faute du ministre de l'acte de ce qui serait caractéristique d'une intention de se jouer du devoir que l'on remplit et du respect que la loi commande.

Ainsi le mot *sommation* employé dans l'acte ne le vicie pas, si d'ailleurs il est conçu en termes respectueux (arrêt du 4 novembre 1807 ; S., 8. 1. 57 ; Denev., 5. 1. 524).

L'acte respectueux n'est pas nul aussi quoique l'enfant y déclare qu'il est *dans la ferme résolution* de consentir le mariage projeté, si d'ailleurs le reste de l'acte est rédigé dans des termes convenables. Arrêt de cassation du 24 décembre 1807.

Ni quoiqu'il y soit dit par l'enfant que le mariage qu'il a projeté peut seul faire son bonheur. — Arrêt de Bruxelles du 29 janvier 1824 (1).

VIII^e^ QUESTION. — On a poussé l'argutie jusqu'à attaquer de nullité des actes respectueux par lesquels l'enfant avait *requis* le consentement au lieu de demander le *conseil* comme le dit la lettre de la loi.

Mais les tribunaux ont fait justice de cette subtilité, parce que la loi n'impose pas de termes sacramentels, et parce que le mot *consentement* exprime même plus de déférence que le mot *conseil*. — Arrêts de Toulouse du 27 juin 1821, et du 21 juillet, même année ; d'Amiens, du 8 avril 1825 ; de Bruxelles, du 21 frimaire an XIII et du 4 novembre 1814 ; de cassation, du 24 décembre 1807 ; de Rennes, du 30 juillet 1823 (2).

(1) V. ces deux arrêts dans le Journal de Dalloz jeune, S. 1. 44, et dans la Jurisprud. générale de Dalloz aîné, t. 10. 40, n^os^ 1 et 10, 31, n° 2.

Voir aussi sur la question l'opinion conforme de Merlin, Quest. de droit, v. *Actes respectueux*, et de Vazeilles, n° 137 ; de Favard, *Répertoire*, v. *Actes respect.*

(2) S., 22. 2. 98 et 99 ; 25. 2. 425 ; et Diction. de Dalloz jeune, v. *Act. respect.*, n° 23.

241. Outre les questions que l'on vient de parcourir, il en a été soulevé quelques autres sur les réponses des ascendants, et sur le mode de la notification qui leur serait faite.

On lit dans l'exposé des motifs de la loi :

« Cet acte (l'acte respectueux) n'aura ni la dénomination ni la forme judiciaire; il sera seulement nécessaire que » son existence soit constatée par un procès-verbal, qui, » d'ailleurs, apprenne si le consentement est donné. »

Ces observations peuvent servir à résoudre quelques difficultés.

C'est un procès-verbal que doit dresser le notaire et non un acte judiciaire. Comme procès-verbal, l'acte doit être le tableau de tout ce qui s'est passé. Il doit donc énoncer la réquisition de l'enfant, le transport des notaires ou d'un seul notaire assisté de deux témoins auprès des ascendants ou à leur domicile, l'indication des personnes qu'on y a trouvées, l'exposé qui est fait aux ascendants par le procès-verbal même de la demande, au nom de l'enfant, d'un conseil pour le mariage projeté ou l'énonciation qu'on leur a présenté un acte authentique contenant cet exposé, la réponse des ascendants et la mention de leur signature ou de la cause qui les a empêchés de signer, enfin la clôture de l'acte et la mention qu'il en a été laissé copie aux ascendants, ainsi que de l'acte contenant la demande du conseil, s'il avait été fait un acte particulier.

Si les ascendants ne veulent pas répondre, il sera fait mention de leur refus. Ce refus même *sera une réponse suffisante pour manifester leur volonté*. On ne peut, d'ailleurs, les obliger à révéler les motifs ou de leur silence ou de leur réponse négative (1).

Le notaire doit tâcher de parler aux ascendants. S'il ne les trouve pas à leur domicile ou s'ils refusent de le recevoir, il doit constater dans son procès-verbal qu'il a fait les

(1) Exposé des motifs de la loi.

démarches nécessaires pour leur parler et pour leur demander directement leurs conseils pour l'enfant. Un arrêt de la Cour de Bruxelles, rendu le 3 avril 1825, a déclaré nul un acte respectueux remis au domicile du père, en l'absence de celui-ci, parce que rien ne constatait que le notaire eût tâché de le voir et de lui parler (1).

L'arrêt est sévère. Car tout ce qu'on peut exiger de l'officier public, c'est qu'il se transporte au domicile de l'ascendant, qu'il demande à lui parler et à lui exposer l'objet de sa mission.

Si l'ascendant est absent, le notaire est seulement tenu d'énoncer cette absence et de faire mention de la personne de la maison à qui il a parlé. La loi ne lui prescrit ni d'attendre ni de revenir pour parler à l'ascendant lui-même. Une telle exigence rendrait souvent la notification de l'acte respectueux impraticable.

Il a été cependant jugé par la Cour de Caen, le 12 décembre 1812, que le notaire qui ne trouve pas les ascendants à leur domicile, doit les y attendre ou s'y présenter dans un autre moment, et employer tous les moyens possibles pour les trouver.

Mais il paraît que dans l'espèce de cet arrêt les ascendants n'avaient rien fait pour se soustraire aux recherches; qu'au contraire le fils, qui accompagnait le notaire, savait où il pourrait les trouver (2).

Cette dernière circonstance justifie l'arrêt. Il est certain que lorsque l'enfant et le notaire ont affecté d'éviter les ascendants, le but de la loi n'est pas rempli; on s'est joué au contraire de ses dispositions, ce qui doit entraîner la nullité d'un acte plus fictif que réel.

Mais en thèse générale, c'est satisfaire à la prescription que de se transporter au domicile de l'ascendant, d'y rédiger l'acte, en constatant son absence s'il n'y est pas ou

(1) Sirey, 25. 2. 575.
(2) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 13. 2. 157.

s'il refuse de se présenter, et de laisser copie du procès-verbal, à ce domicile, à l'une des personnes qui y demeurent avec l'ascendant.

Dalloz jeune, dans son Dictionnaire de jurisprudence, verbo *Actes respectueux*, n° 76, fait mention, d'après Bioche et un autre dictionnaire, d'un usage observé par certains notaires qui, lorsqu'ils ne trouvent pas l'ascendant, laissent à son domicile une première copie dans laquelle ils indiquent qu'ils reviendront chercher à un jour et à une heure fixes la réponse au conseil demandé. Au jour fixé, si l'ascendant est encore absent, les notaires laissent une seconde copie constatant qu'ils sont revenus et qu'ils ont attendu quelque temps.

Cet usage est prudent. Mais il n'est pas exigé ; et le plus souvent il ne doit avoir d'autre effet que d'augmenter les frais et les délais.

Si le notaire ne trouve au domicile des ascendants personne qui puisse se charger de la copie, doit-il la remettre aux voisins ou au maire ?

La Cour de Caen, par l'arrêt du 12 décembre 1812 déjà cité, celle d'Agen par un arrêt du 1er février 1817, ont jugé que c'était au maire que la copie devait être remise, et que l'article 68 du Code de procédure ne s'appliquait pas aux actes respectueux.

Un arrêt de la Cour de Rouen a jugé aussi que lorsque la copie de l'acte est remise au maire, il n'est pas nécessaire qu'il vise l'original (1).

Ces décisions sont très-susceptibles de critique. Car puisque le Code civil n'entre pas dans les détails des formes de la notification, ce ne peut être que parce qu'il existait une loi où tous ces détails devaient se trouver. Or on les trouve précisément dans le Code de procédure pour toutes les significations à domicile en général.

D'ailleurs l'art. 68 du Code, ne fût-il pas strictement ap-

(1) V. ces trois arrêts.

plicable aux actes respectueux, puisqu'il n'existe dans d'autres lois aucune règle spéciale pour cette notification, au lieu d'errer dans le vague ou de s'arrêter à un mode arbitraire, n'est-il pas préférable de suivre celui établi par l'art. 68 pour un cas analogue ?

Cet article ne s'applique pas davantage aux matières correctionnelles ; et cependant on juge que les formalités qu'il prescrit doivent être employées en matière correctionnelle comme en matière civile. (Arrêt de la Cour de Grenoble du 18 août 1824 ; autre arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1830 (1).

Il est donc plus sûr de se conformer à cet art. 68, et de ne remettre la copie au maire que sur le refus des voisins de la recevoir et de signer l'original en constatant ce refus.

Si la copie est remise au maire ou en son absence au fonctionnaire administratif qui le remplace, il faudra exiger le visa de l'original. Car ce visa est prescrit, à peine de nullité, toutes les fois qu'une copie d'acte est reçue par un fonctionnaire en sa qualité. C'est une mesure commandée par la loi, dans l'intérêt de la partie envers laquelle le fonctionnaire est responsable s'il n'a pas fait remettre la copie à celui auquel elle était destinée, dans l'intérêt du fonctionnaire lui-même qui pourrait être actionné pour négligence, sous le prétexte de la remise d'une copie qui ne lui serait réellement pas parvenue.

242. Si l'acte respectueux est notifié à plusieurs ascendants, quoique au même domicile, il doit être laissé une copie pour chacun d'eux. Il ne suffirait pas d'en laisser une seule pour le père et pour la mère demeurant ensemble. Chacun d'eux, en effet, a le droit de donner un conseil à l'enfant. Chacun d'eux doit aussi obtenir de lui cette marque de déférence et de respect. Il faut donc, pour que le devoir de l'enfant soit rempli, qu'il s'adresse à chacun d'eux séparément, ou s'il les réunit dans le même acte, il faut au moins

(1) Dalloz, vol. de 1824, 2. 130 ; et t. 30. 1. 81.

qu'il soumette à chacun individuellement sa réclamation et qu'il lui fasse délivrer copie de l'acte qui la contient.

S'il en était autrement et que le notaire ne parlât pas aux ascendants eux-mêmes, il pourrait arriver que la copie laissée pour tous ne fût communiquée qu'à un seul, et que les autres qui ne l'auraient pas connue ne pussent donner à l'enfant des conseils qui l'éclaireraient.

Ceux-ci auraient même le droit de former opposition au mariage en se fondant sur leur ignorance de la démarche de l'enfant.

243. La copie notifiée à l'ascendant doit être signée par le notaire rédacteur. Cela ne saurait être douteux. Car la signature seule de l'officier public donne à cette copie l'authenticité qui lui est nécessaire. Mais doit-elle aussi être signée par le second notaire ou les témoins?

Ces autres signatures sur la copie ne paraissent pas nécessaires. Il suffit qu'elles se trouvent sur la minute du procès-verbal. Car puisque la loi ne le considère pas comme un acte judiciaire et qu'elle en a confié la rédaction et la notification à des notaires, il doit en être de ce procès-verbal comme de tous les actes notariés dont la minute seule est revêtue des signatures prescrites. Les copies ou les expéditions délivrées par le dépositaire de la minute font pleine foi de son existence et de son contenu. (C. civ., art. 1338.)

Cependant l'opinion de Dalloz est contraire à la nôtre.

Il y a aussi un arrêt de la Cour de Paris, du 12 février 1811, qui juge que les témoins doivent, à peine de nullité, signer sur la copie comme sur l'original de l'acte respectueux.

Mais cet arrêt est isolé. Et Dalloz jeune cite lui-même trois arrêts contraires des Cours de Caen, de Montpellier et de Toulouse. Ces arrêts sont des 10 décembre 1819, 31 décembre 1821, 7 juin 1830. (Voir le journal de Sirey, 11. 2. 471; 22. 2. 247; 30. 2. 242.)

Il cite aussi un arrêt de la Cour de Pau, du 1^er^ mai 1824, qui déclare inutile la signature du second notaire sur la copie.

Dalloz aîné, qui a emprunté de Merlin l'opinion contraire à ces arrêts, se fonde sur ce que l'art. 154 du Code civil ne dit pas « que les actes seront notifiés *par un notaire en pré-* » *sence* ou assisté de deux témoins ; mais bien que la notifi- » cation sera faite par *deux notaires* ou par *un notaire et* » *deux témoins.* »

Il en conclut que les témoins sont parties agissantes comme le notaire, et que leur concours et leurs signatures sont indispensables partout où se trouve la sienne.

L'observation peut s'appliquer au second notaire.

La remarque en fait est exacte ; mais la conséquence en droit n'est pas juste.

D'abord il est très-peu probable que le législateur ait attaché la moindre importance à cette nuance de rédaction. Rien au moins ne l'indique dans les discussions du Conseil d'état.

Ensuite la loi du 25 ventôse an XI, art. 9, dit aussi que les actes *seront reçus par deux notaires*. Et cependant si l'un et l'autre officier sont réputés concourir à la rédaction de l'acte, et si sous ce rapport l'on exige la signature des deux sur la minute, il n'en est pas de même de la copie. La signature d'un seul fait foi et rend cette copie valable.

Pourquoi n'en serait-il pas de même pour un acte respectueux ?

Sans doute les deux notaires ou les deux témoins avec un notaire doivent concourir à la notification de l'acte respectueux, à la rédaction de cet acte et du procès-verbal qui est dressé ; et ils doivent par conséquent le signer.

Mais de quelle utilité serait leur signature à la copie ? Lui donnerait-elle plus d'authenticité ? Ajouterait-elle quelque chose de plus à la foi due à l'expédition que le notaire laisse à l'ascendant et qu'il signe pour en certifier l'exactitude ?

Non sans doute. Or, remarquez que l'expédition ou la copie n'a pas d'autre but que de faire connaître à cet ascendant la forme et les expressions de l'acte, afin qu'il puisse s'assurer que le devoir imposé à l'enfant a été rempli par

lui et que sa réponse ou les conseils qu'il voulait lui donner ont été fidèlement transcrits dans l'acte.

Le but de la loi est donc atteint par la copie, quoique signée seulement du notaire rédacteur et dépositaire de la minute.

On peut ajouter même que l'art. 154 ne dit pas qu'il sera laissé copie à l'ascendant du procès-verbal.

Ce n'est pas une raison sans doute pour ne pas donner de copie. Mais c'en est une pour ne pas être trop exigeant sur la forme de cette copie, lorsque, d'ailleurs, il est légalement certain qu'elle est complète et qu'elle fait connaître à l'ascendant tout ce que renferme l'original.

244. Après avoir parcouru les questions qui font naître les actes respectueux et leur forme lorsqu'ils sont nécessaires, il faut examiner les cas où l'on peut s'en dispenser.

Nous avons déjà démontré que, d'après les termes de l'art. 150, ils n'étaient exigés que lorsque l'enfant avait son père, sa mère et son grand-père ou sa grand-mère, de l'une ou de l'autre ligne; en sorte que s'il est privé d'ascendants de ces degrés, il n'en est pas tenu, la loi ne les ordonnant pas à l'égard de bisaïeux qui existeraient encore.

Mais les ascendants des degrés déterminés par la règle peuvent être dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Que doit-il être fait alors?

L'article 155 du Code a prévu un seul cas d'impossibilité, celui de l'absence :

« En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix. » Art. 155.

Le Titre du mariage avait été publié le 27 mars 1803 ; et dès l'année suivante on s'aperçut de l'insuffisance des dispositions de l'art. 155.

Cela donna lieu à une instruction ministérielle du 11 messidor an 12, ou 20 juin 1804, par laquelle le garde des sceaux déclare que, « *lorsqu'il y a impossibilité dans l'exécution de la loi, on en est dispensé par le fait même ; il suffit seulement, ajoute-t-il, de faire constater que cette impossibilité existe.*

Le ministre invoque, à l'appui de cette règle, les articles 70, 149, 150, 151, 160, où il est parlé de divers cas d'impossibilité.

Il dit ensuite que les cas qui peuvent donner lieu à des difficultés, paraissent se réduire à trois principaux :

« Le premier est celui où les enfants ignorent absolu-
» ment le domicile de leurs ascendants ;

» Le second est celui où, connaissant ce domicile, ils n'y
» retrouvent plus leurs ascendants qui ont disparu sans
» qu'on eût eu depuis de leurs nouvelles ;

» Le troisième, enfin, est celui où ils sont danc l'impos-
» sibilité absolue de communiquer avec leurs ascendants,
» soit parce que le domicile de ces derniers se trouve en
» pays étranger, ou dans des colonies avec lesquelles la
» guerre ou toute autre circonstance rend la communication
» difficile et souvent impossible. »

Le ministre reconnaît que l'art. 155 n'a prévu que le second cas, celui de l'absence ; et il déclare que, pour les deux autres, il faut recourir à un acte de notoriété, dans la forme prescrite par l'art. 71 du Code civil, en faisant observer que si l'art. 71 ne paraît, d'après l'art. 70 qui le précède, s'appliquer qu'à l'impossibilité où est l'un des époux de produire son acte de naissance, on doit, par analogie, en faire usage pour des cas de la même espèce (1).

(1) V. cette instruction rapportée à la suite de l'art. 151 dans le Code annoté de MM. Lahaye et Waldeck-Rousseau.

Cet avis se réduit, comme on le voit, à faire constater le cas d'impossibilité de rapporter des actes respectueux par un acte de notoriété dressé devant le juge de paix du domicile de l'enfant.

Mais bientôt on reconnut encore que cette formalité pouvait être remplacée *par une voie plus simple et moins coûteuse* qui déjà avait été plusieurs fois suivie. Et le Conseil d'état, par son avis du 27 messidor an 13, approuvé le 4 thermidor, décida « que si les pères et mères, aïeuls ou » aïeules, dont le consentement ou le *conseil* est requis, sont » décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte » de leur décès ou la preuve de leur absence, faute de con- » naître leur dernier domicile, il pourrait être procédé à la » célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration » à serment que le lieu du décès et celui du dernier domi- » cile de leurs ascendants leur sont inconnus, cette déclara- » tion étant aussi certifiée par le serment des quatre témoins » du mariage. »

Cet avis, devenu loi par l'approbation du chef de l'Etat qui se l'est approprié, s'applique aux divers cas de difficultés qu'ont fait naître les différents articles du Code civil, sur le consentement ou sur le conseil que l'on doit demander aux ascendants.

La déclaration et l'affirmation qu'ils indiquent doivent donc remplacer soit l'acte de notoriété dont parle l'art. 155, soit celui que propose la lettre ministérielle du 20 juin 1804. On ne doit pas, en effet, être plus rigoureux pour suppléer à la formalité d'un simple conseil requis dans un cas que pour dispenser de la nécessité du consentement exigé dans l'autre.

Ainsi on devra faire, au cas des actes respectueux, l'application de tout ce que nous avons dit sur l'art. 150, relativement aux ascendants avec lesquels on ne pouvait communiquer, quoique leur domicile fût connu, comme aussi à l'égard de ceux qui seraient interdits légalement ou civile-

ment, ou même, sans qu'il y eût interdiction judiciaire, que leurs infirmités morales ou physiques rendraient incapables de donner un conseil.

Mais il ne faut pas oublier que si l'enfant est dispensé par l'absence de ses père et mère ou par toute autre cause d'impossibilité de demander leur conseil, ses aïeuls et aïeules remplacent alors les père et mère, et que c'est à ceux-ci, s'ils ne consentent pas au mariage, que l'enfant doit adresser l'acte respectueux commandé par la loi. Tel est le vœu formel de l'article 151, vœu dont les tribunaux devraient ordonner l'observation tout en autorisant le mariage projeté.

Après avoir développé les principes sur les consentements à obtenir et les conseils à demander pour les enfants majeurs de vingt-un ans, nous aurons à examiner les conséquences qu'entraînerait l'oubli ou le dédain de ces règles importantes.

Mais nous réservons cet examen pour le chapitre des oppositions au mariage et des actions en nullité, devant nous occuper d'abord des autres classes de personnes auxquelles un consentement ou une autorisation est aussi nécessaire pour le mariage.

§ II.

Des enfants mineurs ; — des enfants naturels ; — et des enfants adoptifs.

SOMMAIRE.

245. *De la minorité quant au mariage.*
246. Quid *si le mineur n'a ni père ni mère et si les ascendants ne peuvent exprimer de volonté ?*
247. *S'il y a des ascendants faut-il le consentement du tuteur?*
248. *En cas de refus de consentement de la part du conseil de famille, peut-on recourir aux tribunaux?*
249. Quid *si le conseil de famille consent à un mariage désavantageux ?*
250. Quid *en cas de dissentiment dans le conseil de famille ?*

ARTICLE Ier.

Des enfants mineurs.

245. La minorité, que la législation ancienne fixait, en

général, à vingt-cinq ans pour les deux sexes, a été réduite à vingt-un ans par la loi du 20 septembre 1792 (tit. 4, art. 2).

Cette loi, qui déclare « que toute personne sera majeure à vingt-un ans, n'était, il est vrai, relative qu'au mariage. »

Mais bientôt une autre loi, celle du 31 janvier 1793, déclara aussi « que la majorité fixée à vingt-un ans était » parfaite à l'égard de tous les droits civils. »

Notre nouveau Code, par l'art. 488, a maintenu à vingt-un ans *la majorité qui rend capable de tous les actes de la vie civile* en général.

Mais l'article ajoute : *Sauf la restriction portée au Titre du mariage.*

Cette restriction, qui est écrite dans les articles 148, 149 et 150 du Code civil, ne s'applique, comme nous l'avons vu, qu'aux enfants mâles qui, ayant des ascendants jusqu'au degré d'aïeul et aïeule, sont âgés de moins de vingt-cinq ans.

Quant aux filles, leur majorité est fixée à vingt-un ans pour le mariage comme pour tous les autres actes.

Nous avons vu dans le précédent article que c'est seulement aux enfants qui, étant âgés de plus de vingt-un ans, avaient des ascendants, que s'appliquait notre dissertation sur la nécessité d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs parents.

Et nous avons dit dans le cours de cet article que les enfants qui, ayant perdu tous leurs acendants, avaient atteint la majorité ordinaire de vingt-un ans, pouvaient librement contracter les mariages qui leur convenaient sans être astreints à demander le consentement ou le conseil d'aucune personne de leur famille.

246. Il nous reste à examiner la condition, quant au mariage, de l'enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de vingt-un ans, et qui n'a plus ni père ni père, ni aïeux existants et capables d'exprimer une volonté.

Cette condition est réglée par l'art. 160 du Code civil ainsi conçu :

Art. 160. « S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille (1). »

On voit, par cet article, que le consentement du conseil de famille pour le mariage du mineur est exigé dans deux cas seulement.

Celui du décès des père, mère, aïeuls et aïeules, et celui où ces ascendants existent, mais sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Si, dans le cas de l'existence de ces ascendants ou de l'un d'eux, ils peuvent manifester leur volonté, leur consentement suffit au mariage de l'enfant même mineur ; celui du conseil de famille n'est pas nécessaire, et l'on doit appliquer les règles écrites dans les art. 148, 149 et 150, et toutes les observations que nous avons faites sur ces articles.

Mais si ces ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, soit à raison de leur absence présumée ou déclarée, soit à cause de leur éloignement et de la difficulté ou de l'impossibilité des communications, soit parce qu'ils seraient dans un état d'interdiction légale ou civile, soit comme étant atteints d'infirmités morales ou physiques qui ne leur permettraient pas d'exprimer leur consentement, que faudrait-il faire, et les mineurs devraient-ils être privés

(1) Même disposition dans le Code des Deux-Siciles, art. 174. — Le Code de la Louisianne veut que les mineurs obtiennent le consentement de leurs père et mère, ou s'ils sont morts celui d'un curateur, art. 99. Celui de Vaud, dans ce cas, exige le consentement des deux plus proches parents et du tuteur, art. 66. Le Code autrichien veut, outre l'adhésion du tuteur, l'autorisation du tribunal, art. 49. Le Code hollandais, celles du tuteur et du subrogé tuteur, et en cas de division, l'autorisation du tribunal. Le Code prussien, s'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeux, exige pour les mineurs l'adhésion du tuteur et l'autorisation du tribunal tutélaire, art. 50. 54. Le Code suédois exige pour toute fille le consentement du Giftoman, lorsqu'elle n'a plus ses père et mère.

des avantages d'un mariage convenable ou même brillant, parce que la volonté de leurs ascendants ne pourrait être connue?

Une telle conséquence serait injuste. Les lois sur la minorité sont protectrices et non oppressives. Il faut donc venir à leur secours toutes les fois que manquant leur but par une application trop littérale, elle leur nuirait au lieu de les servir.

D'ailleurs, le texte même de l'article 160 autorise les tribunaux à permettre le mariage avec le consentement du conseil de famille, lorsque les ascendants des degrés qu'il détermine *sont dans l'impossibilité* de faire connaître leur volonté.

Dans l'impossibilité, quelle qu'en soit la cause ; car la loi n'en précise aucune. Elle laisse donc au magistrat le soin d'apprécier les circonstances, de considérer, si elles sont déterminantes, les ascendants comme n'existant pas au moins quant à la nécessité de leur consentement, et de suppléer à leur défaut par l'avis du conseil de famille.

Ces observations nous conduisent à conclure qu'on doit appliquer aux enfants mineurs toutes les règles de décision que nous avons développées ci-dessus dans l'intérêt des enfants majeurs pour tous les cas où il y aurait pour eux impossibilité physique, légale ou naturelle, de faire expliquer leurs ascendants sur un mariage proposé.

Seulement, aux mesures que nous avons indiquées, il faut ajouter le consentement du conseil de famille prescrit par l'article 160.

Et si l'impossibilité dont parle cet article n'est que morale, c'est-à-dire, si elle n'est encore établie par aucune décision judiciaire, il faut obtenir du juge, à l'aide des preuves morales ou autres qu'on lui présentera, l'autorisation de passer outre au mariage, avec le consentement du conseil de famille que le tribunal devrait même consulter avant de donner l'autorisation.

Cette autorisation de la justice nous paraîtrait nécessaire à l'égard d'un mineur même lorsqu'il aurait le consentement de son aïeul ou de son aïeule, si l'existence de ses père et mère ou l'impossibilité où seraient ceux-ci de manifester leur volonté, n'était pas déjà légalement constatée.

En observant les précautions qui viennent d'être indiquées, le mariage du mineur serait à l'abri de toute action future en nullité de la part des ascendants qui, dans la suite, reparaîtraient ou recouvreraient leurs fonctions légales ou naturelles.

Notre opinion est en harmonie avec celle de Pothier (n° 329 du Traité du Mariage). L'auteur ne prévoit, il est vrai, que le cas d'une longue absence des père et mère du mineur. Il se contente, d'ailleurs, du consentement du tuteur et de la famille, sans même prescrire l'autorisation judiciaire qui est une précaution de plus.

Le cas d'une longue absence est un exemple. Tout autre cas d'impossibilité doit permettre les mêmes moyens.

L'avis du Conseil d'état, du 27 messidor an XIII, que nous avons cité sur l'article, ne s'occupe, il est vrai, que des enfants majeurs dans son dispositif.

Mais ses considérants paraissent l'appliquer même aux enfants mineurs.

Car après avoir parlé de l'usage admis dans certains lieux de se contenter de la déclaration des quatre témoins du mariage pour suppléer à la preuve légale du décès ou de l'absence, on y ajoute ces expressions remarquables :

« Rien n'est à craindre relativement au mariage des mi-
» neurs, puisqu'en force de l'article 160 du Code civil,
» toutes les fois qu'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni
» aïeules, ou *qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de ma-*
» *nifester leur volonté*, les fils ou filles mineurs de vingt-un
» ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement
» du conseil de famille. »

Ainsi, ce consentement doit suffire toutes les fois que

l'impossibilité de se procurer celui des ascendants est reconnue.

Donc il doit suffire aussi de faire déclarer cette impossibilité par un jugement rendu à l'occasion du mariage et qui homologuerait un acte de notoriété ou tout autre moyen d'instruction employé pour la circonstance seulement et suffisant pour opérer la conviction du juge sur le fait d'impossibilité.

Notre opinion a été consacrée, pour le cas de démence d'un ascendant, par arrêt de la Cour de Poitiers, du 11 mars 1830, suivant lequel, pour qu'un ascendant soit réputé, aux termes de l'article 160, dans l'impossibilité de manifester sa volonté sur le mariage de son enfant mineur, il n'est pas nécessaire qu'il soit interdit ou même que son interdiction soit provoquée : il suffit qu'il se trouve dans un état tel qu'il ne puisse donner un consentement éclairé (1).

247. L'art. 160 n'appelle le conseil de famille à donner son consentement au mariage du mineur qu'à défaut des père, mère, aïeuls ou aïeules de l'enfant.

De là on peut conclure que si l'un de ces ascendants existe et consent au mariage, le mineur est habile à le contracter.

Cette disposition de la loi suppose peut-être ou que l'ascendant qui donne un consentement est tuteur de l'enfant ou que celui-ci n'a pas de tuteur.

Mais il peut arriver que le mineur ait un tuteur autre que cet ascendant ; une grand'mère, par exemple, ne peut être tutrice. Un grand-père peut être dispensé ou même privé de la tutelle (2).

Le mineur qui a un autre tuteur, pourra-t-il contracter mariage sans qu'il soit même consulté, avec le consentement unique de son grand-père ou de sa grand'mère ?

Une telle faculté serait contraire aux règles sur la tutelle,

(1) S. 30. 2. 143. V. aussi sur la question le Traité de M. Vazeilles, nº 123, t. 1er.

(2) V. C. c., art. 402 et suiv. ; 427 et suiv. ; 442 et suiv.

règles qui confient la personne comme les biens du mineur à l'administration de son tuteur. (V. C. c., art. 450.) Cette puissance de la tutelle et les droits qui y sont attachés, placent l'enfant, à l'égard de son tuteur, dans une dépendance personnelle qui ne permet pas qu'il puisse, sans l'autorisation de celui-ci, faire un acte aussi important que le mariage.

Il faut donc dire que, dans ce cas, le consentement du tuteur est nécessaire comme celui de l'ascendant, et seulement que ce dernier consentement, par la confiance que la loi lui accorde, dispense de consulter le conseil de famille.

248. Le consentement que doit donner ce conseil, à défaut d'ascendants, peut être refusé par lui? S'il y a refus doit-il être motivé?

La loi n'exige pas que les motifs du refus soient déduits dans le procès-verbal. Ce n'est même pas un avis qu'elle demande au conseil; c'est un consentement qui est nécessaire, et ce consentement n'est pas, comme le serait un simple avis, sujet au contrôle des tribunaux. Ceux-ci n'ont pas à l'examiner, à l'apprécier, ni par conséquent à le réformer. Car aucun article de la loi ne leur confère un tel droit.

Les motifs qui ont produit le refus sont donc inutiles à insérer dans l'acte de délibération. Il pourrait même être dangereux de les indiquer, surtout s'ils étaient de nature à compromettre l'honneur ou les intérêts d'un tiers.

Il semble donc que le refus du conseil comme son consentement sont décisifs pour le mariage du mineur et qu'il n'y a pas de moyen légal d'y suppléer. Telle paraît être aussi l'opinion la plus généralement admise (1).

Cependant si les motifs du refus étaient developpés dans le procès-verbal et si leur légèreté répugnait à la raison, ou si, ces motifs n'étant pas indiqués, il n'y en avait aucun d'apparent, si, d'ailleurs, le mariage paraissait présenter

(1) V. Delvincourt, t. 1er, p. 293; Duranton, t. 2, nº 102; Dalloz, t. 10. 28, nº 28. — *Contrà*, Toullier, t. 1, 492.

pour le mineur de grands avantages, si enfin le tuteur ou le subrogé, étant d'un avis contraire à celui du conseil de famille, dénonçaient sa délibération aux tribunaux, ceux-ci ne pourraient-ils pas la réformer et autoriser le mariage?

La difficulté que nous soulevons est grande sans doute. Mais l'intérêt des mineurs doit être le principal guide, et la loi suprême des décisions qui les concernent.

249. Les mêmes raisons d'intérêt du mineur et de la sollicitude que leur faiblesse doit inspirer aux magistrats, devraient autoriser le tuteur ou le subrogé-tuteur à se pourvoir devant la justice contre le consentement que le conseil de famille aurait imprudemment donné au mariage du mineur. L'erreur étant démontrée et le danger ou le préjudice prouvé, les tribunaux devraient, il semble, annuler la délibération.

250. Il y aurait moins de difficulté si le conseil de famille était divisé; par exemple, s'il y avait trois de ses membres qui consentissent au mariage et les trois autres qui exprimassent un refus.

L'art. 160 n'a pas prévu ce cas. Il n'y est pas dit, comme dans l'art. 150, que ce partage emporterait consentement; seulement l'art. 416 veut qu'en cas de partage la voix du juge de paix soit prépondérante. Mais pour un objet aussi grave il serait, il semble, convenable de recourir à la mesure autorisée par l'art. 883 du Code de procédure civile pour tous les cas où la délibération du conseil de famille n'est pas unanime, et de demander au tribunal qu'il prononçât sur la dissidence.

Ce moyen pourrait même être pris, d'après cet article, quoiqu'il n'y eût pas partage, le défaut d'unanimité dans la délibération devant exciter des doutes qu'il est sage, dans l'intérêt du mineur, de faire lever par la justice.

M. Duranton pense que l'art. 883 du Code de procédure n'est pas applicable aux délibérations relatives au mariage des mineurs.

Il se fonde sur ce que l'art. 160 parle d'un consentement et non d'un simple avis (1).

Ce motif n'est pas puissant. Le consentement est l'expression de l'avis ; car l'avis le précède et le produit.

D'ailleurs n'est-ce pas se jeter dans une dispute de mots, dans une de ces subtilités si reprochées à la législation romaine, que de distinguer le consentement de l'avis pour l'application d'une mesure sage qui confie à la prudence éclairée des tribunaux ce qui paraît douteux au conseil de famille? Et là où la division d'opinions est semblable, n'y a-t-il pas la même raison de faire usage de la règle écrite dans l'art. 883?

La question s'est présentée devant la Cour de Liége qui, par arrêt du 30 avril 1817, a appliqué l'art. 883 à une délibération d'un conseil de famille, relative au mariage d'une fille mineure. Quatre des parents avaient refusé leur consentement sur le motif que la fille, quoique âgée de 19 ans, n'était pas d'un âge assez mûr pour diriger un ménage. Les deux autres parents se pourvurent contre cette délibération. Elle fut annulée par un jugement confirmé sur appel.

L'arrêt décide, 1° que l'art. 883 est général et permet, *dans tous les cas*, aux membres de l'assemblée qui n'ont pas été de l'avis de la majorité de se pourvoir devant les tribunaux; 2° que le motif allégué par la majorité était futile (2).

Il est à croire que cette jurisprudence sera suivie.

ARTICLE II.

Des enfants naturels et adoptifs.

SOMMAIRE.

251. *Ancien droit sur les enfants naturels.*
252. *Droit intermédiaire quant au mariage.*

(1) Duranton, t. 2, n° 102.

(2) V. l'arrêt dans la Jurisprudence générale de Dalloz aîné, t. 10. p. 28, n° 26, et à la note 1re.

253. *Droit actuel, mêmes règles que pour les enfants légitimes.*
254. Quid *si l'enfant naturel est sans père et mère connus ou pouvant exprimer une volonté ?*
255. Quid *s'il est mineur ? — Nomination d'un tuteur* ad hoc, *par qui ?*
256. *Des enfants adoptifs.*

251. Les enfants naturels sont soumis par la nature même à l'autorité de leur père et de leur mère qui, de leur côté, leur doivent protection et assistance.

Ces devoirs réciproques ne peuvent cependant avoir d'effet légal, qu'autant que la loi civile les consacre.

Chez les Romains la puissance paternelle ne s'acquérait que par le mariage. Les père et mère ne jouissaient pas de ce droit sur leurs enfants naturels. Ceux-ci n'étaient donc pas obligés d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs père et mère lorsqu'ils voulaient se marier.

Ils n'étaient pas même considérés comme étant de la famille de leur père. Ils suivaient celle de leur mère. *Vulgò quæsiti matris familiam sequuntur.* (L. 19. — *De statu hom.*)

Or on sait que chez les Romains les mères n'avaient pas de puissance sur leurs enfants, au moins quand ils étaient majeurs.

Dans notre ancien droit français comme chez les Romains la puissance paternelle était l'effet du mariage. Les père et mère n'avaient pas ce droit sur leurs bâtards ; et par conséquent ceux-ci n'étaient pas obligés d'obtenir leur consentement ou de requérir leur conseil. C'est aussi ce que décide un arrêt du 1er février 1662 rapporté au *Journal des audiences* (t. 8, chap. 47) (1).

Mais lorsque les bâtards étaient mineurs ils avaient besoin, pour se marier, du consentement de leur tuteur ou curateur, et s'ils n'en avaient point on leur en nommait un.

252. Notre législation intermédiaire avait assimilé les enfants bâtards aux enfants légitimes. *Leurs droits de successi-*

(1) V. Pothier, *Traité du mariage*, no 343.

bilité sont les mêmes que ceux des autres enfants, dit l'art. 2 de la loi du 12 brumaire an II.

Assimilés aux enfants légitimes pour les avantages, ils devaient l'être aussi pour les obligations.

Mais cette loi de circonstance n'a eu qu'une existence éphémère (1).

253. Nos derniers législateurs plus sages ont dû restreindre les droits attribués aux enfants naturels.

Mais l'intérêt de ces enfants a aussi fixé leur sollicitude, et leur a fait appliquer les règles protectrices sur le consentement à obtenir ou le conseil à demander aux pères et mères par les enfants pour leur mariage.

C'est ce que porte l'art. 158 du Code civil.

Art. 158. « Les dispositions contenues aux art. 148 et 149 et les » dispositions des art. 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et » mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables » aux enfants naturels légalement reconnus. »

Ainsi le fils naturel avant l'âge de 25 ans, et la fille naturelle avant l'âge de 21 ans, lorsqu'ils ont été légalement reconnus, devront obtenir pour leur mariage le consentement de leurs père et mère.

Plus âgés ils seront tenus de leur faire un ou plusieurs actes respectueux selon leur âge.

254. Mais si les père et mère de l'enfant naturel sont décé-

(1) Dans les Pays-Bas ou la Hollande les enfants naturels reconnus, qui n'ont pas 25 ans accomplis, ne peuvent se marier sans le consentement de leur père, ou à défaut du père, sans celui de leur mère.

Ceux qui n'ont ni père ni mère connus ou qui les ont perdus, et qui n'ont pas 23 ans accomplis, ne peuvent se marier sans l'autorisation du juge. (Code, art. 97, 98.)

En Autriche, les enfants naturels mineurs ont besoin du consentement du tuteur et de celui de la justice (§ 50). L'autorisation de la justice est nécessaire, en général, pour tous les mariages en Autriche.

En Prusse, le père ni la mère n'ont sur eux aucune puissance. C'est le consentement du tuteur qui est nécessaire. (Code prussien, partie 2, tit. 2, § 639, 644, 645.)

dès il ne sera pas, comme l'enfant légitime, obligé de demander le consentement ou le conseil de ses aïeuls et aïeules naturels. Car la loi ne lui en reconnaît pas (1). Il n'a devant elle ni parents ni alliés dans la famille de ses père et mère, si ce n'est cependant quant aux prohibitions de mariage établies par les art. 161 et 162 du Code; prohibitions qui étaient commandées par la morale publique.

La règle établie par l'art. 158 s'applique seulement aux enfants naturels *légalement reconnus*. Or, pour que la reconnaissance soit légale, il faut qu'elle soit faite par acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance. (Code civ., art. 335.)

Une reconnaissance sous-seing privé serait illégale. Elle n'attribuerait à l'enfant aucun droit, et ne pourrait, par conséquent, lui imposer aucun devoir.

Remarquons que la désignation du père ou de la mère dans l'acte de naissance, ne vaudrait pas reconnaissance à moins qu'ils n'y eussent concouru. S'ils n'y avaient pas été présents, l'acte de naissance ne servirait même pas de commencement de preuve par écrit (2).

Si l'enfant avait recherché la maternité et qu'il l'eût fait déclarer judiciairement, il serait considéré alors comme légalement reconnu et il devrait, comme tel, se conformer aux dispositions de l'art. 158.

Cet article est étranger aux enfants adultérins et incestueux pour lesquels il ne peut y avoir de reconnaissance légale (V. C. civ., art. 335).

255. L'enfant naturel non reconnu, lorsqu'il a vingt-un ans accomplis, est libre de ses actions pour le mariage comme pour tous autres contrats.

(1) Vazeilles, n° 131; Malleville, sur l'art. 158; Duranton, n° 114 à la note; Locré, sur le même article.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 28 mai 1810, Merlin, v. *Maternité*, question de droit; Toullier, t. 2, n° 948; Locré, t. 4, p. 222; Duranton, t. 3, n° 237; Dalloz aîné, t. 8, p. 667, n° 7.

Mais s'il a moins de vingt-un ans il lui faut le consentement d'un *tuteur ad hoc*. C'est ce que déclare l'art. 159.

Art. 159. « L'enfant naturel qui n'a pas été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*. »

Pour les cas où les père et mère de l'enfant naturel reconnu ne peuvent manifester leur volonté, appliquez ce que nous avons dit relativement aux enfants légitimes.

La disposition de l'article sur la nomination d'un tuteur *ad hoc* rencontra quelques objections au Conseil d'Etat.

On disait « que, l'intérêt de la société n'exigeant pas qu'elle s'occupe du mariage de l'individu né hors mariage, elle doit le laisser user librement des droits que lui donne sa position : il n'appartient à personne. D'ailleurs il est rare qu'un enfant illégitime ait quelques biens lorsque son père est inconnu. »

Il fut répondu que la disposition est dans l'esprit de nos lois... Que le mineur, enfant illégitime, ne peut pas plus qu'un autre contracter ni disposer sans autorisation. Comment pourrait-il s'en passer pour se marier?

« La disposition, ajoutait-on, est commandée par l'humanité comme par la garantie sociale. La société doit à l'enfant illégitime une protection plus spéciale, parce qu'il est privé de tout autre appui. »

Ces réflexions étaient justes, elles firent adopter l'article qui était proposé par la section.

Mais par qui sera nommé le tuteur *ad hoc* qui devra assister l'enfant naturel pour son mariage?

La loi ne s'explique pas sur ce point. Les auteurs des Pandectes françaises indiquent le juge comme devant faire cette nomination sur une requête qui lui serait présentée par le mineur et qui serait communiquée au procureur du roi (1).

(1) V. les *Pandectes françaises* sur l'art. 153, t. 3, p. 186, éd. in-8°.

Duranton et Dalloz aîné pensent que c'est à un Conseil composé d'amis à faire ce choix. Duranton ajoute même que, dans la discussion qui a préparé la loi, on a supposé que le Conseil serait composé des amis de l'enfant.

Cependant rien n'annonce dans les procès-verbaux qu'il ait été question de la composition de ce Conseil, et dans les motifs exposés par M. Bouteville il est, au contraire, déclaré que « l'acte respectueux envers les aïeux *ainsi que les Con-* » *seils de famille* ne peuvent concerner les enfants naturels. »

Toutefois l'opinion de MM. Duranton et Dalloz aîné paraît la plus conforme aux principes généraux qui veulent que tout mineur soit protégé par un Conseil, si ce n'est de famille au moins d'amis, conformément à l'art. 409 du Code civil.

Ce conseil sera composé des amis des père et mère de l'enfant si celui-ci avait été reconnu.

Dans le cas contraire, on le composera des amis du mineur et de ceux des personnes qui l'ont soigné dans son enfance.

C'est ce Conseil qui devra choisir le tuteur *ad hoc* pour consentir au mariage.

Si déjà l'enfant était pourvu d'un tuteur il faudrait qu'il reçût du Conseil un pouvoir spécial à cet effet (1).

256. Nous n'avons qu'un mot à dire sur les enfants adoptifs.

La loi sur le mariage ne leur prescrit aucun devoir, aucune marque même de déférence envers leur père adoptif.

Comme l'adoption ne peut être conférée qu'à un enfant majeur, et que l'adopté reste dans sa famille naturelle, (Art. 346 et 348), le silence de la loi offre peu d'inconvénients.

Chez les Romains, l'adopté entrait sous la puissance de l'adoptant. Il ne pouvait donc se marier sans le consentement de son père adoptif. (L. 2, *de ritu nupt.*) Celui de

(1) Duranton, t. 2, n° 116 et 117; Dalloz aîné, p. 28, n° 30.

son père naturel ne lui était pas nécessaire parce qu'il était sorti de sa puissance.

Parmi nous, au contraire, l'adopté, restant dans sa famille naturelle, ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement ou requis le conseil de ses père et mère ou aïeux naturels.

Il paraîtrait cependant convenable qu'il obtînt le consentement du père adoptif. Mais la loi ne l'exige pas (1).

---

§ III.

Des princes. — Des militaires. — Des esclaves.

SOMMAIRE.

257. *Consentement du chef de l'état nécessaire pour le mariage des princes.*
258. *Celui du gouvernement pour les militaires.*
259. *Celui du maître pour les esclaves.*

257. La politique exige que les princes de la famille royale ne puissent se marier sans l'agrément du chef de l'Etat.

258. Le bon ordre de l'armée et l'intérêt de l'Etat ne permettent pas aux militaires de se marier sans l'autorisation du gouvernement.

259. Les lois civiles placent les esclaves dans une sujétion qui ne leur laisse pas la faculté de contracter librement un mariage.

Examinons ces trois conditions particulières.

(1) En Prusse l'adopté n'a besoin que du consentement de l'adoptant, si ce n'est en cas de mort de celui-ci, cas où le consentement de ses père et mère lui est nécessaire.

ARTICLE Ier,

Des princes,

SOMMAIRE.

260. *Ancien droit sur le mariage des princes.*
261. *Droit impérial.*
262. *Droit actuel.*

260. Le rang élevé qu'occupent les princes et les princesses dans la société tient de si près à l'ordre politique, qu'il a paru nécessaire d'établir pour leur mariage des règles spéciales (1).

Sous l'ancienne monarchie, les princes du sang ne pouvaient contracter mariage sans le consentement du roi. Un ancien usage qui s'était toujours pratiqué dans le royaume avait établi la règle.

Cependant il n'y avait pas d'ordonnance royale qui la prescrivît expressément. Aussi sous Louis XIII, lors du mariage que le duc d'Orléans contracta sans le consentement du roi avec la princesse Marguerite de Lorraine, la question, si le défaut de consentement était un empêchement dirimant, fut-elle vivement controversée. Hennequin, célèbre professeur de Sorbonne, répondit au cardinal de Richelieu que le mariage était bon, qu'il fallait que le roi rendit une ordonnance pour prohiber de tels mariages.

Cependant le Parlement déclara le mariage nul par arrêt du mois de septembre 1634; et en 1635 l'assemblée du clergé donna une déclaration où il reconnut que l'absence du consentement du roi rendait nul le mariage des princes du sang. Le prince se soumit et rentra en grâce. Puis, ayant

(1) Dans presque tous les Etats de l'Europe il est admis par des lois positives ou par un usage constant remontant à plusieurs siècles que toutes les personnes qui font partie des familles règnantes, même en ligne collatérale, ne peuvent se marier sans le consentement du prince régnant.

obtenu la permission du souverain, il fit de nouveau célébrer son mariage en mai 1647 (1).

261. Sous l'empire il fut émis un Sénatus-Consulte du 28 floréal an 12, dont l'art. 12 porte : « Ils (les princes français) » ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'empereur. » Le mariage d'un prince français, fait sans cette autorisa- » tion, emporte privation de tout droit à l'hérédité, tant pour » celui qui l'a contracté que pour ses descendants. Néan- » moins, s'il n'existe point d'enfants de ce mariage et qu'il » vienne à se dissoudre, le prince qui l'avait contracté re- » couvre ses droits à l'hérédité. »

Un statut impérial, du 30 mars 1806, explique et étend cette disposition ; il porte articles 4 et 5 :

« Art. 4. Le mariage des princes et princesses de la mai- » son impériale, à quelque âge qu'ils soient parvenus, sera » *nul* et de nul effet, de plein droit et sans qu'il soit besoin » de jugement, toutes les fois qu'il aura été contracté sans » le consentement formel de l'empereur.

» Ce consentement sera exprimé dans une lettre close, » contre-signée par l'archi-chancelier de l'empire. Il suf- » fira seul, et tiendra lieu de dispenses d'âge et de parenté, » dans tous les cas où ces dispenses sont nécessaires.

» Art. 5. Tous les enfants nés d'une union qui n'aurait » pas été faite conformément aux dispositions du précédent » article, seront réputés illégitimes (2). »

Ces dispositions sévères ont-elles survécu à leur auteur? On pourrait en douter. Cependant ces décrets ont force de loi comme tous les décrets qui n'ont pas été attaqués pour inconstitutionnalité dans les dix jours de leur publication, ce qui résulte des articles 21, 37 et 44 de la constitution

(1) V. Pothier, *du Mariage*, n° 343, et le Plaidoyer de M. d'Agues- seau relatif au mariage du duc de Guise.

(2) V. ces actes législatifs rapportés dans le Répertoire de Merlin, au mot *Empêchements*, § 5.

du 22 frimaire an 8 et de décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

262. Une ordonnance royale, du 23 mai 1816, a déterminé des formes spéciales et plus solennelles pour les princes et princesses de la maison royale. En voici la teneur :

« Art. 1^er^. Notre chancelier remplira, par rapport à nous et aux princes et princesses de notre maison, les fonctions attribuées par les lois aux officiers de l'Etat civil.

» En conséquence, il recevra les actes de naissance, de mariage et de décès, et tous autres actes de l'Etat civil prescrits et autorisés par le Code civil.

» Art. 2. Ces actes seront transcrits sur un registre double, coté par première et dernière, et paraphé sur chaque feuille par notre chancelier. Ce registre sera tenu par le ministre-secrétaire d'Etat de notre maison, et à son défaut, par le président de notre conseil des ministres.

» Art. 3. Ces doubles registres demeureront déposés aux archives de la Chambre des Pairs jusqu'à ce qu'ils soient remplis en entier. Le garde des archives de ladite chambre délivrera des extraits des actes y contenus, lesquels seront visés par notre chancelier.

» Art. 4. Lorsque ces registres seront finis, ils seront clos et arrêtés par notre chancelier; l'un des doubles sera déposé aux archives du royaume, et l'autre demeurera déposé à la Chambre des Pairs.

» Art. 5. Nous indiquerons les témoins qui doivent assister aux actes de naissance et de mariage des membres de notre famille. »

Les dispositions de cette ordonnance ne sont pas une innovation. Elles sont puisées, selon la remarque de Favard, dans le statut impérial du 30 mars 1806 qui est toujours en vigueur (1).

(1) V. le Répertoire de nouvelle législation, par Favard, au mot *Acte de l'Etat civil*, section 2.

ARTICLE II.

Des militaires et marins.

SOMMAIRE.

263. *Du mariage des militaires et marins. — Consentement exigé dans l'ancien droit.*
264. *Droit impérial.*
265. *Droit actuel.*

263. Outre l'obligation imposée aux militaires comme fils de famille, d'obtenir le consentement ou de demander le conseil de leurs ascendants, ils sont soumis, comme militaires, à une permission spéciale de leurs supérieurs ou du gouvernement.

Dans l'ancien droit français, il leur était aussi défendu de se marier sans la permission du roi. Cette défense était portée par un règlement du 1er juillet 1788 qui rappelait et renouvelait d'anciennes ordonnances.

264. Tombée en désuétude après la révolution de 1789, abolie même par une loi du 8 mars 1793, cette prohibition a été renouvelée sous l'empire, et depuis, par plusieurs décrets ou d'autres décisions.

Un premier décret, du 16 juin 1808, est ainsi conçu :

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

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

» Art. 5. Tout officier de l'état civil qui sciemment aura

célébré le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat en activité de service, sans se faire remettre lesdites permissions, ou qui aura négligé de les joindre à l'acte de célébration du mariage, sera destitué de ses fonctions. »

265. Par une décision du ministre de la guerre, du 16 décembre 1820, ce décret a été déclaré applicable aux jeunes soldats désignés par le sort pour faire partie de l'armée, quoiqu'ils n'aient pas été appelés en activité, parce qu'ils forment une réserve commune à toutes les armes des troupes de terre. Ils ne peuvent se marier qu'avec l'autorisation de l'officier général commandant le département. Cette autorisation se demande par l'intermédiaire du maire et du préfet.

Un second décret, du 8 août 1808, applique celui du 16 juin aux commissaires ordonnateurs et ordinaires des guerres, et à leurs adjoints (aujourd'hui intendants, sous-intendants militaires et adjoints), aux officiers de santé militaires de toutes classes et de tous grades, aux officiers des bataillons d'équipage. Aux termes de ce décret, nul d'entr'eux ne peut se marier sans en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la guerre.

Par l'article 2 du décret, les sous-officiers et soldats en activité de service dans les bataillons des équipages, doivent obtenir pour se marier la permission du Conseil d'administration de leur bataillon.

Les militaires de la marine ont aussi besoin d'une permission pour se marier. Un décret du 3 août 1808 déclare celui du 16 juin applicable aux officiers et aspirants de la marine, aux officiers des troupes d'artillerie de marine, aux officiers du génie maritime, aux administrateurs de la marine, et enfin à tout officier militaire et civil de la marine.

Nul desdits officiers, dit le décret, ne pourra se marier sans avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la marine.

Toutefois l'art. 2 du décret autorise les capitaines-géné-

raux des colonies et les chefs coloniaux à consentir au mariage des officiers qui leur sont respectivement subordonnés, si les circonstances ne permettaient pas d'attendre la permission du ministre, à la charge par eux de lui en rendre compte par la plus prochaine occasion.

L'art. 3 veut que les sous-officiers et soldats des troupes de marine ne puissent se marier qu'après en avoir obtenu la permission du Conseil d'administration de leur corps.

Un avis du Conseil d'état du 22 novembre 1808 approuvé par l'empereur le 21 décembre suivant, et inséré comme les précédents au Bulletin des Lois, rend communes aux officiers réformés et jouissant d'un traitement de réforme les dispositions du décret du 16 juin.

« Considérant, dit l'avis, 1° que le motif du décret a été d'empêcher que les officiers ne pussent contracter des mariages inconvenants, susceptibles d'altérer la considération due à leur caractère ; 2° que les officiers réformés pouvant être mis en activité et jouissant du droit de porter l'uniforme, les mariages inconvenants qu'ils pourraient contracter auraient la même influence.

Tel est l'état de la législation actuelle sur le mariage des militaires de toutes les classes ; car les décrets et l'avis du Conseil d'Etat, approuvés par le chef du gouvernement, ont force de loi comme nous l'avons déjà dit (1).

(1) Cette législation subsiste en Belgique et dans les pays détachés de la France en 1814 et 1815.

En Autriche les militaires de tout grade ne peuvent contracter mariage sans la permission préalable de leurs chefs (§ 54).

La même règle a lieu en Prusse, elle s'applique même à tous fonctionnaires publics salariés. (*Code prussien*, § 34 et 35.)

La même règle est établie aussi généralement en Bavière et en Wurtemberg.

En Saxe elle est restreinte aux militaires (§ 98) ; de même dans le Grand-Duché de Hesse et dans les Etats de Holstein.

En Russie les membres de l'autorité soit militaire soit civile, ne peuvent contracter mariage sans la permission de l'autorité supérieure compétente.

Mais cette législation n'est qu'impérative et réglementaire; elle n'est pas prohibitive ; on pourrait donc en négliger les dispositions sans compromettre la validité du mariage. Seulement, le militaire qui s'en serait écarté encourrait le danger de la perte de son grade et de celle de la récompense de ses services ; et l'officier de l'état civil qui ne les aurait pas respectées serait exposé à la destitution. D'ailleurs, il n'encourrait pas d'amende, l'art. 192 du Code n'ayant pas prévu ce cas.

ARTICLE III.

Des esclaves.

SOMMAIRE.

266. *Mariage des esclaves. — Consentement. — Ancien droit. — Droit intermédiaire et droit actuel.*

266. L'esclavage, si répandu chez les anciens peuples, a existé en France pendant plusieurs siècles. Il y en avait même encore dans le treizième siècle (1).

Mais il n'en restait plus long-temps avant la révolution. Il était même reconnu en principe que du moment où un esclave mettait le pied sur le sol de la France, il devenait libre. Ce principe était dû au progrès de la civilisation et à la morale de la religion chrétienne, et il fut érigé en règle positive par l'art. 1^er^ de la loi du 28 septembre 1792, qui porte que « tout individu est libre aussitôt qu'il est en » France. »

L'esclavage des nègres avait été établi dans les colonies françaises. Il fut aboli par les lois des 16 pluviôse et 12 germinal an 2. Mais le besoin des colonies l'y fit rétablir par la loi du 30 floréal an 10. Il y avait été maintenu par la

(1) En Russie les serfs ne peuvent contracter mariage sans la permission du seigneur ; ceux des domaines de la couronne doivent l'obtenir de l'autorité communale.

Charte de 1814, dont l'article 73, en déclarant que les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers, a laissé les choses dans leur ancien état.

La Charte de 1830 ne contient sur cet objet aucune disposition. La législation coloniale est donc toujours en vigueur.

Seulement, la traite des noirs a été strictement défendue par la loi du 15 avril 1818. Quelques autres modifications y ont été aussi apportées par l'introduction dans les colonies de tout ou partie des cinq Codes français.

Divers réglements ou ordonnances de nos rois avaient organisé le sort et l'état civil des esclaves dans les colonies; un recueil les avait réunis sous le titre de Code noir.

On voit dans l'édit du mois de mars 1575 qui en fait partie :

« ART. 11. Qu'il est défendu aux curés de procéder au mariage des esclaves, s'ils ne sont approuvés du consentement de leurs maîtres... Qu'il est défendu aussi aux maîtres d'user d'aucune contrainte sur leurs esclaves pour les marier contre leur gré.

» ART. 12. Les enfants qui naîtront de mariages entre esclaves, seront esclaves et appartiendront aux maîtres des femmes esclaves et non à ceux de leurs maris, si le mari et la femme ont des maîtres différents.

» ART. 13. Voulons que si le mari esclave a épousé une femme libre, les enfants tant mâles que filles suivent la condition de leur mère et soient libres comme elle, nonobstant la servitude de leur père; et que si le père est libre et la mère esclave, les enfants soient esclaves pareillement. »

On voit par ces dispositions qu'une personne libre pouvait épouser un esclave; mais cela n'avait lieu que dans les colonies, l'esclave acquérant de plein droit sa liberté en France.

Suivant le droit romain, le mariage était rompu lorsque l'un des conjoints devenait esclave. *Dirimitur matrimonium captivitate vel aliâ contingente servitute utrique eorum*, L. 1, ff. de Div.

Cette règle ne s'appliquait cependant pas à celui qui tombait en la puissance des ennemis quoiqu'il devînt véritablement esclave. La femme devait attendre son retour, ou si elle ignorait son existence, elle ne pouvait se remarier avant cinq ans.

Ces règles n'avaient aucune application en France où l'esclavage n'existait pas.

Mais dans les colonies le mariage contracté, *par erreur sur la condition*, par un homme libre avec son esclave, pourrait, sans doute, être dissous.

On peut voir aussi, quant au mariage des esclaves, ce que nous avons dit sur celui des hommes de couleur au chapitre des empêchements, section 6, § 4.

TITRE II.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

SOMMAIRE.

267. *Motifs qui ont fait admettre les oppositions au mariage.*
268. *Vague de l'ancien droit.*
269. *Imperfection de la loi du* 20 *septembre* 1792.
270. *Droit actuel plus positif et plus étendu.*

267. Après avoir examiné les qualités et les conditions requises pour contracter mariage, l'ordre naturel des idées nous conduit à nous occuper des oppositions qui peuvent y être formées. Car ces oppositions ne doivent, en général, avoir pour base que le défaut d'une ou de plusieurs des qualités ou des conditions prescrites.

« Il est plus expédient de prévenir le mal que de le réparer, a dit, en parlant des oppositions, l'orateur qui a présenté au Corps législatif la loi sur le mariage.

» A quoi serviraient les conditions et les formalités relati-

ves à la célébration du mariage, si personne n'avait action pour empêcher qu'elles ne soient éludées ou enfreintes? »

Tels sont les motifs qui ont fait autoriser les oppositions au mariage.

268. Notre ancienne législation ne présentait pas de règles bien précises sur ces oppositions, sur les personnes qui pouvaient les former, sur les causes qui devaient leur servir de base.

Aussi le vague des principes donnait-il lieu à beaucoup d'abus. Les oppositions se multipliaient quelquefois sous des prétextes fort peu sérieux. Des intérêts civils ou des promesses verbales de mariage étaient souvent les seuls motifs des oppositions à la célébration des mariages et à l'appel comme d'abus des publications de bans. Le Parlement de Paris rendit à cet égard, le 28 avril 1778, un arrêt qui « fait défense à toutes personnes, excepté aux pères, mères, » tuteurs et curateurs, frères et sœurs, oncles et tantes, de » former opposition aux mariages, soit des mineurs, soit » des majeurs, ni d'interjeter appel comme d'abus des pu- » blications de bans, sous quelque prétexte que ce puisse » être, à moins que ce ne soit pour empêchement dirimant, » auquel cas les causes en seront déduites dans les exploits » d'opposition, sous peine de 300 fr. d'amende, même d'être » poursuivis extraordinairement suivant l'exigence des cas. » (Voir le Répertoire de Guyot et celui de Merlin, au mot » *Opposition à un mariage.*) »

Des fiançailles étaient aussi un fréquent motif d'opposition. Elle se formait aux bans, et pour en avoir la main-levée on assignait l'opposant devant l'official qui, après avoir reçu la preuve des fiançailles, les déclarait valables et exhortait l'autre partie à les accomplir.

Mais si celle-ci résistait, l'official prononçait la dissolution des fiançailles et faisait main-levée de l'opposition.

Si l'opposition n'était pas fondée, l'official en donnait main-levée, mais sans pouvoir prononcer sur les dommages

et intérêts qui pouvaient être dus. Il fallait pour cet objet renvoyer devant le juge civil.

Les parents formaient aussi des oppositions aux bans. C'étaient surtout les père, mère, tuteur ou curateur. La demande en main-levée était portée devant le juge civil, seul compétent dans les cas ordinaires (1).

L'opposition se faisait par un acte d'huissier qui était signifié au curé qui avait publié les bans. Un arrêt de règlement du 15 juin 1691 avait ordonné aux curés de transcrire dans un registre particulier les oppositions et les désistements ou main-levées qui en seraient donnés par les parties ou prononcés par jugement.

Le mariage célébré au mépris de l'opposition n'était pas nul, si l'opposition était postérieurement jugée mal fondée. Car aucune loi ne prononçait la nullité dans ce cas (2).

269. La loi du 20 septembre 1792 modifia le droit ancien et détermina les personnes par qui les oppositions pourraient être faites.

C'étaient 1° celles dont le consentement était requis pour le mariage des mineurs ;

2° Les personnes déjà engagées par mariage avec une des parties ;

3° Des parents, au nombre de deux, en cas de démence. La qualité et le degré de la parenté n'étaient pas déterminés.

Cette loi réglait aussi la forme des oppositions et les moyens de les faire juger.

270. Le Code civil a pris un terme moyen entre les généralités vagues de l'ancien droit et les restrictions trop bornées du droit intermédiaire.

Nous avons à examiner 1° par quelles personnes et pour quelle cause peut être faite l'opposition au mariage ;

2° Quelles sont les formalités de ces oppositions ;

(1) V. Pothier, *du Mariage*, nos 81, 82 et suiv.

(2) V. d'Hèricourt, *Loix ecclésiastiques du mariage*, n° 23, et Pothier, *ibid.*

3° Quelles instances elles font naître et quels en sont les juges.

CHAPITRE Ier.

Par quelles personnes et pour quels causes peuvent être faites les oppositions au mariage.

SOMMAIRE.

271. *But des oppositions.*
272. *Par qui peuvent-elles être formées ?*
273. *Elles peuvent l'être par un précédent conjoint.*
274. *Quels ascendants ont ce droit ?*
275. *Si le père consent au mariage, la mère peut-elle former opposition et dans quel cas?*
276. Quid *de l'aïeule si l'aïeul consent ?*
277. *L'opposition doit-elle en général être motivée ?*
278. *Les ascendants ne sont pas soumis à énoncer les motifs dans l'acte.*
279. *Mais devant les tribunaux ils doivent les faire connaître et on en juge la validité.*
280. *Arrêt de cassation qui rejette une opposition fondée sur des motifs non textuellement écrits dans la loi. — Arrêts contraires et dissertation.*
281. *Les autres parents doivent motiver l'acte d'opposition. — Mais à quels parents ce droit est-il accordé?*
282. *Restriction des motifs qui les autorisent, à deux seulement.*
283. *Pouvoir discrétionnaire des tribunaux sur ce point.*
284. *Le tuteur ou curateur ne peut former opposition qu'avec l'autorisation du Conseil de famille.*
285. *Le ministère public peut-il former opposition?*

271. Le but des oppositions étant de prévenir des mariages dont la nullité pourrait être demandée, il semblerait que tous ceux auxquels l'action en nullité appartiendrait, si le mariage était fait, devraient avoir le droit d'y former opposition.

Ce droit, cependant, a été limité à certaines personnes.

Les limites posées sont étroites. Mais ne fallait-il pas faire cesser les anciens abus de ces oppositions arbitraires qui, autrefois, sous les plus faibles prétextes, venaient paralyser momentanément une union que toutes les convenances avaient préparées? et ne serait-il pas dangereux, en leur donnant trop d'extension, que le droit d'opposition ne dégénérât en action populaire, et que chaque mariage ne devînt une occasion de scandale et de trouble dans la société? (Exposé des motifs de la loi du Mariage.)

272. Le Code civil a restreint à quatre classes de personnes celles qui auraient qualité pour former opposition au mariage :

1° La personne déjà engagée pour le mariage avec l'une des deux parties contractantes ;

2° Le père, et à défaut du père la mère, et à défaut de l'un et de l'autre les aïeuls et aïeules ;

3° Les parents d'un certain degré, mais seulement dans deux cas prévus ;

4° Le tuteur ou le curateur de l'enfant.

La loi n'indique aucune autre personne ; elle ne parle pas même du ministère public.

Nous examinerons dans la suite si les restrictions sont trop fortes, et notamment si le ministère public peut aussi former opposition à un mariage prohibé par la loi.

Fixons-nous d'abord sur ceux auxquels elle accorde le droit de s'opposer au mariage.

273. Il était juste d'attribuer ce droit à la personne avec laquelle un premier lien aurait été formé par l'un des futurs époux. Aussi est-il déclaré pas l'art. 172 du Code civil.

« Le droit de former opposition à la célébration du mariage, appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes (1). Art. 172

(1) Ce droit d'opposition de la part de l'époux d'une des parties contractantes était trop naturel pour ne pas être admis par toutes les législations ; aussi l'a-t-il été notamment par le Code des Deux-Siciles,

Mais pour faire admettre l'opposition il faut rapporter la preuve de la célébration du mariage sur lequel on se fonde. Or, comme nous le verrons plus bas, cette preuve ne peut résulter que de la représentation de l'acte civil (V. l'art. 194). La possession d'état, et des actes même authentiques dans lesquels l'on aurait pris ou l'on se serait mutuellement donné le titre d'époux, ne suffiraient pas pour prouver le mariage et pour autoriser, en conséquence, l'opposition au mariage projeté; car la funeste facilité des mœurs actuelles produit souvent des unions passagères dont on voile le scandale, lorsque l'on n'est pas connu, sous l'honorable titre de mariage; et ce premier mensonge, triste fruit d'une corruption hypocrite, est soutenu par l'habitude comme par la honte et l'embarras de faire connaître la vérité.

La loi a donc dû se méfier de ces apparences qui peuvent être trompeuses et exiger une preuve incontestable de la réalité du mariage, pour reconnaître dans l'opposant la qualité d'époux et pour admettre l'opposition. Sur ce motif ainsi l'a jugé un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 1809 (1).

Une simple promesse de mariage n'autoriserait pas à former opposition, soit que la personne qui l'aurait faite fût ou non sous la puissance d'autrui, et eût ou non besoin d'un consentement étranger pour se marier.

La loi ne reconnaît d'obligation légale, pour un acte aussi important, que le lien formé par l'officier de l'état civil qui unit les époux. Toute promesse faite, tout consentement donné avant l'acte de célébration reste sans force si l'une des parties refuse de l'exécuter. S'il en était autrement, la

art. 181; ce'ui du canton de Vaud, art. 178; celui de Hollande, articles 114-115; celui de Prusse, art. 158; celui de la Louisianne, article 110. Le Code prussien n'autorise l'opposition que de la part d'un premier conjoint. (V. l'art. 158 de ce Code.)

(1) Sirey, t. 10. 1. 60; Denevers, t. 7. 1. 466. Opinion conforme des auteurs des *Pandectes*, sur l'art. 172 (art. 166 dans l'ouvrage).

liberté des mariages serait compromise ; et l'ordre social même serait blessé par des unions malheureuses qu'auraient entraînées d'imprudentes promesses surprises à l'erreur ou arrachées à la faiblesse et à l'égarement des passions.

Aussi, tous les auteurs s'accordent-ils à considérer comme nulles les promesses de mariage. Elles étaient repoussées même sous l'ancien droit, quoiqu'elles eussent reçu par les fiançailles une consécration religieuse (1). Elles sont aussi proscrites aujourd'hui par la jurisprudence (2).

Seulement, lorsque des dépenses ont été faites sur la foi de l'exécution de la promesse ou lorsque des dommages ont été éprouvés, on accorde une indemnité calculée sur la valeur du préjudice causé, sans avoir égard, d'ailleurs, au fait isolé de l'inexécution de la promesse, comme nous l'avons déjà fait remarquer en parlant des fiançailles (3).

274. Le droit de former opposition au mariage appartient aussi au père, à la mère, aux aïeuls et aïeules.

Ce droit est une conséquence de l'obligation où sont les enfants d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants jusqu'au degré d'aïeul. Aussi est-il conféré à ceux-ci dans l'ordre dans lequel ces devoirs son prescrits aux enfants.

« Le père, et à défaut du père la mère, à défaut des père et mère les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants ou descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis. Art. 173.

On remarquera que la faculté accordée par la loi n'est pas réciproque entre le père et les enfants, les ascendants

(1) V. Pothier, *du Mariage*.

(2) Arrêts du 4 floréal an 13; Sirey, t. 6, 2e part., p. 5; du 2 avril 1810, S., t. 11, 2e p., p. 18; du 8 mai 1811, Denev., 1811. 2e p. 199; du 18, déc. 1811, jurisp. du C. c., t. 17; du 28, janvier 1812, t. 18, *ibid*; S., 1818, 2e p., p. 268; du 17 août 1814, S., 1815; du 21 décembre, *ibid*; du 6 juin 1821, Sirey, 1823. 2. 41.

(3) Voir sur cette question, MM. Dalloz aîné, t. 10, p. 16, n° 3; Vazeilles, p. 207; Delvincourt, Duranton, t. 2, n° 187, et arrêts.

et les descendants. Une telle réciprocité eût été la source de luttes scandaleuses qui eussent affligé la morale, ruiné l'autorité paternelle, anéanti la piété filiale. Nos nouveaux législateurs ont donc dû, comme les anciens, la repousser de leurs Codes.

Quant à la disposition qui a été adoptée, on s'aperçoit avec peine que la rédaction de l'article n'est pas très-claire. Elle présente, en effet, une double équivoque :

1° Ces mots, *à défaut des père et mère*, signifient-ils *faute par les père et mère de former opposition?* ou sont-ils l'équivalent de ceux-ci : *Dans le cas où les père et mère n'existeraient plus ou ne pourraient exprimer de volonté?*

C'est dans ce dernier sens que la loi doit être entendue. Cela fut reconnu au Conseil d'Etat. Ce sens est, d'ailleurs, en harmonie avec les dispositions des articles 148, 149, 150, 151 et suivants du Code civil, qui n'appellent les aïeuls et aïeules à donner leur consentement ou leur conseil que lorsque les père et mère sont morts ou qu'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté ;

2° Le texte de l'article autorise simultanément les aïeuls et aïeules à former opposition au défaut des père et mère.

On en fit la remarque au Conseil d'Etat ; et comme on paraissait ne vouloir attribuer le droit d'opposition à l'aïeule qu'à défaut de l'aïeul, on proposa un amendement ainsi conçu :

« *Le père, à son défaut la mère, au défaut du père et de la mère* les aïeuls ET A DÉFAUT D'AIEULS LES AIEULES *peuvent former opposition* (1). »

« Cet amendement a été adopté, dit Locré, dans son

(1) Le Code aujourd'hui en vigueur dans le royaume des Deux-Siciles a admis cette modification en restreignant même le droit d'opposition à l'aïeul paternel, à défaut de père. Voici les termes de l'article 182 du Code civil de ce royaume :

Il padre ed in mancanza del padre l'avo paterno e la madre possono fare oppozitione al matrimonio de' loro figli e discendenti. — (Decima edizione uffiziale Napoli, 1836).

» Esprit du Code civil sur l'article 173. Ce n'est que par » inadvertance qu'il n'a pas passé dans l'article ; mais, au » surplus, l'intention de ne pas appeler concurremment » l'aïeul et l'aïeule a été suffisamment manifestée. »

Cette inadvertance est déplorable. Telle est la cause de l'imperfection de nos lois, des obscurités qui s'y trouvent, et des litiges qu'elles font naître. Encore, notre Code civil, œuvre immortelle des hommes alors les plus éclairés de la France, est-il un chef-d'œuvre de doctrines, de soins et de clarté, comparé surtout à nos lois récentes.

Mais enfin, si la difficulté se présente devant les tribunaux, que devront-ils préférer, du texte maintenu ou de l'amendement oublié?

Le texte est la loi ; l'amendement n'est qu'un projet. Voilà notre réponse.

275. Au reste, est-il bien vrai que la mère, que l'aïeule ne puissent former opposition au mariage qu'en cas de non existence du père, qu'en cas de décès de l'aïeul?

Cette conséquence paraîtrait se déduire de la lettre de l'art. 173, et de l'interprétation que lui donne la discussion du Conseil d'Etat ; et telle est l'opinion de plusieurs auteurs recommandables (1).

Le Code de la Louisianne permet à toute personne de former opposition sauf à être condamnée aux frais si elle n'y était pas fondée. (Art. 110).

Le Code hollandais autorise de la part des pères, des mères, des aïeuls et aïeules, ou à leur défaut, des parents et alliés jusqu'au degré de cousin-germain, des tuteurs et curateurs, de l'époux divorcé, le tout suivant les cas réglés pour chacun d'eux ; il autorise même l'opposition du ministère public si le mariage est prohibé par la loi à raison de la qualité des personnes ou du défaut de consentement. (V. art. 116, 117, 118, 119, 120 de ce Code.)

Le Code du canton de Vaud autorise l'opposition dans les mêmes cas et par les mêmes personnes que les lois françaises ; il l'autorise, de plus, par les municipalités en cas d'imbécilité ou de démence. (Art. 78 à 81).

(1) Toullier, t. 1, n° 528 ; Merlin, v. *Opposition au Mariage* ; Dalloz aîné, t. 10, p. 61, n° 3. *Contrà* : Delvincourt, sur l'article 173, t. 1.

Cependant, n'est-elle pas contraire au texte et même à l'esprit des articles 148, 149, 150, 151 et suivants du Code?

Ces articles veulent que, si les père et mère existent, l'enfant demande leur consentement ou requierre leur conseil, selon son âge.

Ou si le père et la mère sont morts, qu'il demande le consentement ou le conseil des aïeux et aïeules.

Ces articles ne disent pas que le consentement ou le conseil de la mère sera demandé seulement si le père est mort, et qu'on ne s'adressera aussi à l'aïeule qu'en cas de décès de l'aïeul.

C'est le consentement, c'est le conseil de chaque ascendant du même degré qu'ils soumettent l'enfant à réclamer.

Ces articles disent, il est vrai, qu'en cas de dissentiment du père et de la mère, de l'aïeul et de l'aïeule, c'est assez du consentement du père ou de celui de l'aïeul.

Mais ils ne dispensent pas pour cela de le demander.

Au contraire, la prévision même d'un dissentiment prouve de plus en plus que le consentement de la mère comme celui du père, de l'aïeul comme celui de l'aïeule, a dû être sollicité. Autrement, comment saurait-on que l'un adhère et que l'autre résiste?

Ces dernières observations s'appliquent au cas où l'enfant a besoin du consentement de ses ascendants; et nous rappellerons ici l'arrêt Volonzat, du 30 juin 1817, qui admet l'opposition de la mère au mariage de sa fille même mineure, quoique le père y consentit, et qui, rendant hommage au droit qu'elle tenait de la loi comme de la nature d'exprimer une volonté sur le mariage de sa fille, ordonna que l'enfant serait ramenée auprès de la mère pour recevoir ses conseils (1).

Mais lorsque les enfants ont atteint l'âge où le consente-

p. 295. Les premiers auteurs cités accordent à l'aïeule le droit d'opposition lorsquelle n'est pas de la même ligne que l'aïeul.

(1) Sirey, 18. 2. 41.

ment de leurs ascendants ne leur est plus indispensable, où ils ne sont plus soumis qu'à requérir leur conseil, ce conseil ne doit-il pas être demandé à la mère comme au père, à l'aïeule comme à l'aïeul ; l'acte respectueux ne doit-il pas être adressé à l'ascendant du sexe le plus faible, le plus dévoué, et par cela même le plus respectable, comme à l'ascendant du sexe le plus fort et ordinairement le plus froid ? La loi a-t-elle, à cet égard, fait une différence entre les ascendants des deux sexes? a-t-elle établi une prééminence pour des devoirs d'hommage, de déférence, de respect, qui ne sont que le faible prix des affections, des soins, des services également prodigués à l'enfant par sa mère comme par son père, et par ses aïeux de l'un comme de l'autre sexe ?

Si cette prééminence n'existe pas plus dans la loi que dans la nature, s'il est légalement impossible de ne pas reconnaître que l'acte respectueux doit être notifié à la mère comme au père, et à leur défaut, à l'aïeule comme à l'aïeul, on doit reconnaître aussi que la mère, l'aïeule ont également le droit de former opposition au mariage, lorsque l'enfant, dédaignant ses devoirs, a négligé de leur demander leur conseil, comme la loi le lui prescrivait.

Ainsi, ce serait une erreur que de considérer d'une manière générale et absolue, comme étant sans qualité pour former opposition au mariage de son enfant une mère lorsque le père existe, une aïeule quand l'aïeul est vivant. Ce droit d'opposition ne peut être refusé à leurs titres, sauf à examiner le mérite des moyens sur lesquels elles en appuieraient l'exercice.

La Cour de Caen a rendu, le 7 janvier 1814, un arrêt qui juge qu'un père peut fonder son opposition au mariage de sa fille sur ce que celle-ci n'avait pas fait d'actes respectueux à sa mère, épouse de l'opposant (1).

Si un tel droit appartient au père, lors même que ce n'est

(1) Dalloz aîné, *Jurisprudence générale*, t. 10, p. 30, n° 2.

pas envers lui qu'a été commis un oubli injurieux, à plus forte raison doit-on attribuer ce droit à la mère personnellement outragée par cette coupable négligence?

Il ne pourrait y avoir, il semble, de difficulté qu'au cas où l'enfant aurait requis, par un acte respectueux, le consentement ou le conseil de sa mère ou de son aïeule. L'accomplissement de ce devoir, réuni au consentement du père ou de l'aïeul pourrait paralyser le droit d'opposition dans la main de l'autre ascendant.

276. Ces observations s'appliquent, comme on le voit, aux aïeules envers lesquelles la loi prescrit également l'acte respectueux, et qui, par une conséquence nécessaire de cette prescription, doivent avoir le même droit de former opposition au mariage si le précepte a été méconnu.

La solution que nous venons d'adopter pour le cas même où il y aurait un aïeul et une aïeule dans chaque ligne ou dans une des lignes seulement, doit, à plus forte raison, être admise pour celui où il n'existerait qu'un ascendant dans chaque ligne, par exemple l'aïeule paternelle et l'aïeul maternel; dans ce cas, le droit de former opposition leur appartiendrait concurremment, selon la remarque de M. Dalloz aîné : Chacun d'eux exercerait le droit de sa ligne. Ajoutez à ce motif celui tiré de l'obligation où est l'enfant de requérir, par des actes respectueux, le conseil de l'un comme de l'autre des deux ascendants. (*Dalloz aîné*, *t.* 10, *p.* 61. *n°* 4.)

Cette dernière raison peut servir aussi à démontrer que le droit d'opposition peut être exercé par les ascendants, même à l'égard de l'enfant qui a atteint la majorité fixée pour le mariage, ou qui, après la dissolution d'une première union, en voudrait contracter une seconde. Il en doit être ainsi puisque le droit d'opposition pour l'ascendant dérive de l'obligation où est l'enfant, quoique veuf et quel que soit son âge, de présenter des actes respectueux aux ascendants qui existent jusqu'au degré d'aïeul. (*Dalloz aîné*, 10. 61, *n°* 5.)

277. Mais l'opposition doit-elle être motivée ?

Elle devait l'être sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792. (V. l'article 4 de la section 3 de cette loi, et un arrêt du 15 floréal an 2, rapporté par Dalloz aîné, t. 10, p. 68, aux notes.) Sous le Code civil, il est aussi de règle générale que les oppositions énoncent les motifs sur lesquels elles sont fondées.

Ainsi, une première épouse, par exemple, qui forme opposition au mariage que son conjoint se propose de contracter, doit faire connaître, dans l'acte même d'opposition, la qualité en laquelle elle agit.

278. Mais cette règle cesse lorsque c'est à la requête d'un ascendant qu'est fait l'acte d'opposition.

L'article 176 du Code civil pose à la fois le principe et l'exception :

« Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à Art. 176.
l'opposant le droit de la former ; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré ; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition, le tout à peine de nullité et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition. »

Nous examinerons au paragraphe suivant les formes de l'acte d'opposition, nous bornant à faire remarquer ici que les ascendants sont dispensés d'exprimer dans l'acte même quels sont leurs motifs.

C'est l'intérêt des ascendants comme celui des descendants qui a dicté l'exception.

« Souvent on n'a aucune raison décisive pour empêcher » un mauvais mariage ; mais un père ne peut point renoncer » à l'espoir de ramener son enfant par des conseils salutaires. » Il se rend opposant parce qu'il sait que le temps est une » grande ressource contre les déterminations qui peuvent » tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du carac- » tère, où à la fougue des passions (1). »

Ces motifs indiquent assez que les ascendants ne sont pas exposés à des dommages, quelque peu fondée que soit leur opposition.

279. Cependant s'ils ne sont pas tenus d'en exprimer les motifs dans l'acte même d'opposition, ils ne pourront se dispenser de les faire connaître devant les tribunaux; et alors si les motifs ne sont pas reconnus légitimes, s'ils ne sont pas puisés dans une des causes qui rendraient le mariage nul, ils ne peuvent être un obstacle à sa célébration, et l'opposition doit être repoussée.

Telle est, en effet, la conséquence nécessaire du droit qu'ont les enfants de se marier sans le consentement de leurs ascendants, lorsqu'ils ont atteint l'âge fixé par l'art. 148 du Code civil. Ce droit serait illusoire dans un système contraire, puisqu'il dépendrait de l'ascendant d'empêcher le mariage par une simple opposition qu'aucun motif légal ne justifierait, et de soumettre ainsi à perpétuité, même l'enfant majeur, à la nécessité du consentement de son père, quoique la loi n'exige plus ce consentement pour l'enfant qui a atteint l'âge fixé par l'article 148 du Code civil (2).

Telle avait été cependant l'opinion de la Cour de Bourges, qui, par un arrêt du 30 mars 1813, avait maintenu l'opposition faite par un père au mariage de sa fille majeure de 21 ans quoiqu'elle ne fût fondée sur aucun empêchement dirimant ou prohibitif.

Les motifs du père étaient graves quoique non écrits dans la loi. L'homme auquel voulait s'unir la fille avait été condamné aux travaux forcés à temps; sa peine subie, il était resté sous la surveillance du gouvernement; dès l'instant où il était sorti du bagne il était entré comme domestique dans la maison du père et y avait séduit la fille.

Frappée de ces odieuses circonstances, la Cour avait con-

(1) Exposé des motifs de la loi; Locré, *Esprit du Code civil* sur l'article 173.

(2) Voir l'esprit du Code civil, *Loco citato*.

sidéré, en principe, que les magistrats étaient investis d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les motifs allégués par un père, et en fait, qu'on ne devait pas réduire un père à cet état affreux de voir son nom déshonoré par une alliance, son petit-fils flétri dans l'opinion publique même avant que de naître, et sa fille elle-même réduite, quand l'égarement des sens serait calmé, à pleurer toute sa vie l'infamie et le malheur auquel un tel mariage la conduirait.

280. Cette décision, dictée par une vive indignation, pouvait être approuvée par le sentiment. Mais était-elle exacte devant une justice impassible (1)?

La Cour suprême l'a cassée par un arrêt du 7 novembre 1814, qui déclare qu'une opposition d'ascendants *ne peut être accueillie* par les tribunaux *si elle n'est fondée* « *sur aucun* » *motif capable de former un empêchement légal au mariage* » *projeté*.

» Que d'une pareille extension du droit d'opposition ac-
» cordée à ces ascendants, résulterait deux conséquences
» également inadmissibles : la première, que, par ce moyen
» indirect de l'opposition, l'ascendant recouvrerait la pléni-
» tude de puissance paternelle qui a cessé à l'époque où
» l'enfant a acquis sa majorité de vingt-un ou de vingt-cinq
» ans, puisqu'il se trouverait assujetti *à obtenir le consente-*
» *ment* de son ascendant, tandis que la disposition de la loi
» l'en affranchit à cette époque, et ne l'oblige qu'à demander,
» par acte respectueux, le *conseil* de cet ascendant, et
» qu'elle lui permet, en cas de refus, et après l'expiration
» des délais prescrits, de passer outre à la célébration du
» mariage; la seconde, qu'en laissant aux tribunaux le droit
» indéfini d'admettre l'opposition des ascendants sur d'autres
» motifs que ceux capables de former *un empêchement légal*
» *au mariage*, ce serait imputer à la loi d'avoir créé un

(1) Le Code hollandais, art. 116, 117, 118, permet aux parents, jusqu'au degré de cousin-germain, de former opposition au mariage avec un condamné criminellement.

» arbitraire dont les suites pourraient être d'autant plus » dangereuses que les motifs de l'opposition admise seraient » contraires aux principes de la législation ;

» Enfin que cette doctrine résulte évidemment des expres- » sions de l'orateur du gouvernement, lors de la présentation » du titre du mariage au Corps Législatif ; d'où il résulte que » l'arrêt attaqué en déclarant valable l'opposition au mariage » de la demanderesse sur deux motifs dont aucun n'y pou- » vait former *d'obstacle légal*, non-seulement a commis un » excès de pouvoir, mais a, en outre, formellement contrevenu » à l'article 152 ci-dessus cité qui permettait à la deman- » deresse de faire procéder à la célébration dans le délai d'un » mois, à partir de son dernier acte respectueux. Cass., » etc. (1).

Cet arrêt remarquable consacre la vraie doctrine ; il donne un grand exemple du respect que l'on doit à la loi ; il avertit les magistrats de ne pas céder aux émotions du cœur, de ne pas se livrer à l'arbitraire de considérations, et de ne prendre pour guide que la loi seule et ses règles inflexibles quelque sévères qu'elles puissent paraître.

Or, si conformément à l'arrêt, on est obligé de reconnaître que les seuls motifs légitimes d'oppositions sérieuses sont ceux *capables* de former un empêchement légal au mariage, il faut dire que l'inégalité des conditions et la différence de couleur, d'âge, de fortune ou d'état, ne peuvent être admises, même de la part d'un père, comme motifs d'opposition au mariage. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 22 mai 1806, en rejetant l'opposition d'un père qui résistait au mariage que sa fille avait projeté avec un mulâtre.

Les motifs de l'arrêt rappellent l'acte du gouvernement qui défend le mariage entre un blanc et une négresse et

(1) V. l'arrêt de Bourges dans le journal de Sirey, 13. 2. 169 : et dans celui de Denevers, 11. 2. 81 ; et l'arrêt de cassation dans le Journal de Sirey, 15. 1. 245 ; et dans celui de Denev, 12. 1. 631.

entre un nègre et une blanche. La Cour déclara cet acte législatif étranger aux mulâtres (1).

C'est d'après les mêmes principes qu'un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 17 janvier 1809, a déclaré non recevable l'opposition formée par un père au mariage de sa fille, sur le motif qu'une accusation calomnieuse avait été portée contre lui par celui qu'elle voulait épouser (2).

Cependant la Cour de Caen, par un arrêt du 9 juin 1813, a admis l'opposition d'une mère au mariage de sa fille, même majeure de 25 ans, avec un individu qui, pour la séduire et l'enlever lorsqu'elle était encore mineure de 21 ans, avait abusé d'un état momentané de domesticité dans leur maison, avait depuis été condamné correctionnellement pour attentat aux mœurs, et pendant ces poursuites avait témoigné pour cette jeune fille un profond mépris (3).

M. Dalloz qui rapporte cet arrêt n'en adopte cependant pas la doctrine ; il pense que l'opposition de l'ascendant ne peut être accueillie si elle n'a pour base une des causes d'empêchement établies par la loi, et son avis est aussi celui de MM. Duranton, Vazeilles et Merlin (4).

Ces opinions paraissent les plus conformes aux principes. Cependant il pourrait se rencontrer des cas où un trop servile attachement à une telle doctrine serait un outrage pour la morale publique en même temps qu'un criminel oubli de tous les devoirs de famille.

Un père, qui aurait échappé à une tentative d'assassinat, ne sera-t-il pas écouté dans son opposition au mariage de sa fille avec le coupable?

Repoussera-t-on aussi l'opposition de celui qui, fausse-

(1) Sirey, 7. 2. 1050 ; Dalloz aîné, tome 10, p. 29, note 1.

(2) Dallez aîné, t. 10, p. 63 ; Denev., 19. 2. 145.

(3) V. cet arrêt dans la Jurisprudence de Dalloz aîné, t. 10, p. 61, aux notes.

(4) V. Durant., t. 2, nos 191 et 192 ; Vazeilles, t. 1, p. 215 ; Merlin, Rép., v. *Opposition au Mariage*.

ment accusé d'un crime capital et reconnu innocent, s'opposerait au mariage de sa fille avec son indigne accusateur? Enfin ne peut-il pas se présenter des circonstances telles que la justice même commande de sortir des limites étroites des règles ordinaires et où, dans l'intérêt de l'enfant comme dans l'intérêt de sa famille, comme dans celui même de la société, les tribunaux doivent venir au secours des malheurs et des afflictions d'un père, et consacrer une opposition fondée sur des motifs puissants quoique non prévus par la loi?

Ce pouvoir discrétionnaire, confié aux tribunaux qui ne devraient en user que dans des cas extrêmement graves, préviendrait quelquefois de grands maux domestiques et garantirait des familles respectables de l'espèce de flétrissure que pourraient leur imprimer de déplorable mariages.

Le texte de la loi n'a même rien d'expressément contraire à ces idées.

Car s'il dispense les ascendants de l'énonciation des motifs de l'opposition qu'ils forment, tandis qu'il impose cette indication aux autres opposants, c'est que le législateur a dû croire que la résistance d'un ascendant au mariage de son enfant ne serait pas, en général, l'effet du caprice ou de la passion; qu'il a pensé qu'elle serait excitée par une tendresse inquiète que de puissants motifs auraient éveillée, et que ce devait être assez pour la garantie d'une sage indépendance dans les enfants, que de confier aux tribunaux le soin d'apprécier la force et la justice des raisons qui auraient dicté l'opposition de leurs ascendants.

Mais vouloir que, par cela seul que ces raisons n'auraient pas été littéralement prévues par la loi, les tribunaux soient tenus de les rejeter quelque graves qu'elles soient, c'est enlever aux magistrats le plus beau de leurs droits, celui de mettre un frein aux écarts des enfants et de ramener, par la sagesse de leurs décisions, la paix et l'union au milieu d'une famille divisée; c'est aussi priver la société d'une garantie salutaire contre les désordres, suite presque inévitable d'un

mariage qui blesserait tous les devoirs de famille comme toutes les convenances sociales ; c'est enfin livrer à une dédaigneuse ironie les ascendants et leur opposition au mariage de leurs descendants, puisque ceux-ci seraient assurés que cette opposition, impuissante aux yeux de la loi et frappée de stérilité dans son principe, ne produirait d'autre effet que de retarder de quelques jours l'exécution de leur projet.

Serait-il bien digne aussi de la majesté, de la sainteté de la loi, d'autoriser des oppositions sans résultat possible, de préparer ainsi entre un père et des enfants des discussions très-orageuses et cependant sans but et qui n'auraient que le triste avantage d'accroître l'irritation, d'allumer les haines, et peut-être de rendre les discordes à jamais inconciliables (1) ?

Ces réflexions et plusieurs autres qu'il serait superflu de développer, nous permettent de dire que, dans certains cas fort rares sans doute, l'opposition des ascendants devrait être admise si elle avait été dictée par des circonstances impérieuses quoique non signalées dans le texte de la loi.

Mais s'il pouvait y avoir du doute sur le succès d'une opposition qui ne s'appuierait pas sur une des causes d'empêchement écrites dans le Code civil, au moins devrait on admettre celle qu'une de ces causes, quelle qu'elle fût viendrait protéger. Car en dispensant les ascendants de motiver leurs oppositions, tandis que toutes les autres personnes sont tenues d'en exprimer les motifs dans l'acte même, le législateur a suffisamment indiqué que tous les motifs écrits dans la loi appartiendraient aux ascendants.

Ainsi, lorsque, sur l'opposition qu'ils ont formée, la lutte judiciaire commence, ils peuvent invoquer selon les cas, la faiblesse de l'âge de l'un des futurs époux, la violence ou l'erreur sous l'influence desquelles il agit, l'existence d'un premier mariage, la parenté et l'alliance légitime et natu-

(1) V. Traité de M. Vazeilles, t. 1, n° 160.

relle au degré prohibé, le défaut du consentement ou de la réquisition du conseil de l'opposant, en un mot l'absence partielle ou totale des diverses conditions prescrites par la loi.

Telles sont les règles relatives aux oppositions des ascendants.

281. Celles qui sont permises aux autres parents sont resserrées dans un cadre plus étroit sous le rapport des personnes comme sous celui des causes.

Ce cadre est déterminé par l'article 174 du Code civil.

« A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine-germaine, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants :

» 1° Lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'art. 160 n'a pas été obtenu ;

» 2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux ; cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer main-levée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement. »

L'article ne permet l'opposition que de la part des parents majeurs. Cette sage restriction avait été omise par la Commission législative ; elle fut réclamée par la Cour de cassation.

Les collatéraux même ne peuvent la former qu'à défaut d'aucun ascendant.

Ainsi, il faut qu'il n'existe pas d'ascendants, ou, s'il en existe, qu'ils soient dans l'impossibilité de manifester leur volonté, soit par des infirmités physiques ou morales, soit par leur incapacité légale, soit par leur éloignement du lieu où le mariage doit être fait et leur ignorance du projet de leurs descendants (1).

(1) Voir ce qui a été dit sur les articles 150 et suiv., relativement aux diverses causes d'impossibilité.

Telle est l'opinion de MM. Duranton et Vazeilles ; ce dernier auteur cite un arrêt du 21 mars 1804, rendu par la Cour d'Amiens, qui a jugé qu'un oncle avait pu former opposition au mariage de sa nièce dont la mère était interdite (1).

La Commission du Code civil ne subordonnait pas le droit d'opposition des collatéraux au défaut d'aucun ascendant. C'est par la section que le commencement de la rédaction a été changé et que la restriction a été mise (2).

L'article 174 limite le droit d'opposition aux parents qu'il désigne et pour des causes déterminées.

Les seuls parents qui soient admis à l'exercer sont les frères et sœurs, les oncles et tantes, les cousins et cousines-germaines. Ce droit n'appartient pas aux parents plus éloignés. C'est ce qu'a décidé en thèse dès la première année de l'émission du Code civil, un arrêt rendu par la Cour de Bruxelles du 13 thermidor an 11, dont l'espèce et les motifs sont rapportés dans le Répertoire de Merlin au mot *Opposition*, sur l'art. 174 du Code. (V. l'arrêt rapporté aussi par Dalloz aîné, t. 10, p. 65.)

L'on avait remarqué que l'article 490 du Code autorisait tout parent à provoquer l'interdiction, et l'on avait cru y voir une dérogation à la disposition restrictive de l'article 174.

Mais ce système n'a pu se soutenir ; il aurait trop généralisé le droit d'opposition ; il eût rendu absolument illusoire l'art. 174 et serait devenu une source d'abus et de tracasseries par la faculté qu'aurait eue tout parent de paralyser un mariage pendant quelque temps par l'allégation hasardée de la démence. — V. Merlin, Répert. v. *Opposition*, et Vazeilles, *du Mariage*, t. 1^er^, n° 168.

(1) Duranton, t. 2, n° 195 ; Vazeilles, tome 1, n° 166 ; Journal du Palais, 2^e^ semestre, an 12, p. 156.

(2) V. l'Esprit du Code civil sur l'article 174.

La Cour de cassation demandait qu'on rendît la disposition commune aux neveux et nièces qui sont plus proches parents que les cousins et cousines-germaines.

L'observation ne fut pas admise, parce que pour conférer le droit de former opposition, on considéra autant la nature des rapports que la proximité de la liaison de parenté, et qu'en droit les cousins et cousines-germaines sont considérés comme se tenant lieu de frères et sœurs, et les oncles et tantes comme étant à l'égard de leurs neveux et nièces dans un rapport semblable à celui de père et de fils (1).

Aussi, suivant les anciennes mœurs et dans l'ancienne législation romaine, le mariage était-il prohibé entre les cousins et cousines-germaines comme entre les frères et les sœurs; prohibition nécessaire pour la conservation de la pureté des mœurs domestiques à une époque où plusieurs générations de la même famille étaient réunies dans une habitation commune.

Le respect dû par des neveux et des nièces à leurs oncles et à leurs tantes aurait été blessé par le droit d'opposition au mariage; cet inconvénient ne se rencontrait pas entre cousins.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 16 mars 1813, a déclaré non recevable l'opposition d'une petite-nièce au mariage de de sa grand'tante qui était avancée en âge.

Un autre arrêt du 22 avril 1806, émané de la Cour de Bruxelles, rejette par le même motif l'opposition au mariage d'un vieillard par ses filles et ses gendres. La loi est limitative; elle restreint le droit aux personnes qu'elle désigne expressément (2).

(1) V. Esprit du Code civil., sur l'art. 174, nº 1, première subdivision.

Opinion conforme de Merlin, Répertoire, *verbo Opposition*; de Delvincourt, sur l'article 174; de Dalloz aîné, t. 10, p. 67, nº 30; de Vazeilles, nº 166.

(2) Voir les deux arrêts dans le Journal de Sirey, tome 6. 2. 157, et 14. 210, et dans le Répertoire de Merlin, au mot *Opposition*, sur l'art. 174.

Par la même raison, les alliés, quelle que soit leur proximité, ne peuvent former opposition; car l'article 174 ne parle que des parents. Or l'on ne peut étendre d'une personne à une autre le droit exorbitant d'entraver la liberté des mariages. Lorsque le législateur a voulu assimiler les alliés aux parents, il l'a dit (V. les articles 161 et 162 du Code (1).

Admettre l'opposition des alliés ce serait donc violer la lettre de l'article; ce serait aussi en blesser l'esprit modérateur.

M. Vazeilles critique la loi sur ce qu'elle a trop resserré la voie de l'opposition. Il l'eût voulue plus large et qu'elle fût ouverte à tous ceux qui pouvaient avoir intérêt à ce que le mariage ne fût pas contracté et surtout aux descendants et au ministère public.

Nous examinerons plus tard les droits et les devoirs du ministère public.

Quant aux parents, si les restrictions de la loi présentent dans certains cas quelques inconvénients, quelle est la règle qui n'ait pas aussi son mauvais côté? Et ne seraient-ils pas bien plus graves ceux qui résulteraient d'un système contraire? Faciliter les oppositions, en étendre le droit à des parents plus éloignés, l'accorder même à des descendants, ne serait-ce pas favoriser les dissensions, les tracasseries? Ne serait-ce pas encourager les attaques des enfants contre leur père, et détruire ou au moins affaiblir les devoirs de famille et la déférence, le respect dus à ses chefs?

On a demandé si des membres du Conseil de famille quoique non compris dans les catégories de l'article 174, pourraient cependant former opposition au mariage du mineur qui n'aurait pas demandé ou obtenu le consentement de ce conseil?

M. Delvincourt pense qu'ils ont ce droit en se fondant sur ce qu'ils auraient même celui de demander la nullité du mariage qui aurait été fait (voir l'art. 182).

(1) Duranton, t. 2, nº 194.

Cette opinion est sujette à une sérieuse contestation. Le législateur n'a pu ignorer qu'un tel cas se présenterait. Si cependant il a restreint le droit d'opposition à des parents d'un degré et d'une qualité déterminés, c'est qu'il n'a pas voulu l'accorder à d'autres. Un tel droit exorbitant de sa nature, ne doit pas être étendu d'un cas à un autre ni des personnes désignées par la loi à celles qui ne le sont pas. Admettre une telle extension, cela pourrait conduire à autoriser les oppositions des neveux, des enfants même, si un oncle plus jeune était mineur et si un père était interdit.

M. Dalloz n'adopte l'avis de M. Delvincourt qu'en le modifiant ; il pense que le membre du conseil de famille peut prescrire au tuteur de s'opposer au mariage. Ce moyen serait plus sûr ; mais si le tuteur n'obéit pas à la prescription, comment pourra-t-on l'y contraindre ?

On remarquera au reste que la difficulté se présentera rarement.

Car les parents collatéraux, auxquels le droit d'opposition est attribué, sont ceux qui composent le plus ordinairement les conseils de famille (V. les art. 407 et 408 du Code civil).

Lors de la discussion de l'article 174, le premier Consul demanda si les parents désignés pourraient former opposition, indépendamment l'un de l'autre ou s'ils n'auraient ce droit que concurremment.

Il fut répondu que la nature des deux causes qui autorisaient des oppositions rendait l'alternative indifférente (1).

La réponse ne fut pas contredite, et par conséquent il resta reconnu que chacune des personnes désignées aurait le droit de former isolément opposition au mariage ou qu'elles pourraient se réunir et la former concurremment.

C'eût été rendre la faculté illusoire que d'exiger le concours des parents indiqués, puisque le refus d'un seul aurait suffi pour paralyser l'action des autres.

(1) Voir la Législation civile de Locré, t. 4, Commentaire 2, n° 28.

282. On a vu dans le texte de l'article 174 du Code que les causes sur lesquelles l'opposition du parent collatéral doit être fondée, se réduisent à deux :

1° Défaut du consentement du conseil de famille dans les cas où il est nécessaire;

2° Etat de démence du futur époux.

A ces causes d'opposition la Cour de cassation demandait qu'on en ajoutât deux autres.

« Pourquoi, disait-elle, n'autoriserait-on pas l'opposition » fondée sur l'engagement d'un des contractants dans un » mariage précédent ou sur le défaut d'âge requis par la » loi? Il vaut mieux appeler des oppositions que d'exposer » à des demandes en nullité (1). »

M. Locré ajoute : « qu'on n'a pas cru devoir céder à ce » vœu, parce qu'il ne faut écouter les collatéraux que dans » les circonstances où la voix de la nature ne peut être » confondue avec celle des passions. »

Cette observation est juste ; d'ailleurs la restriction des causes d'opposition, dans l'article 174, est en harmonie avec les autres dispositions de la loi, et surtout avec celles des articles 184 et 187 du Code civil qui, même dans les cas de nullité les plus graves, ne permettent pas aux héritiers collatéraux d'intenter l'action en nullité du mariage, *du vivant des époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel*, c'est-à-dire après leur mort. Car l'intérêt né et actuel des parents collatéraux qui voudraient agir en leur qualité de parents ne peut résulter que de la qualité d'héritiers de l'un des époux, qualité qui ne peut exister avant le décès de celui des époux auquel ils succèdent.

Il était donc rationnel de refuser aux parents collatéraux le droit de s'opposer à un mariage dont ils ne seraient pas

(1) Esprit du Code civil de Locré sur l'article 174 ; voir aussi la Législation civile, commerciale et criminelle du même auteur, tome 4, Commentaire 9, n° 35, Commentaire 10, n° 11 et suivants.

autorisés eux-mêmes à demander la nullité après sa célébration.

Des deux causes qui autorisent les parents collatéraux désignés par la loi à former opposition au mariage, la première exige peu de développement.

Si le conseil de famille n'a pas été consulté pour le mariage du mineur ou s'il a refusé son consentement, l'on peut présumer que l'union projetée est désavantageuse au mineur. C'est donc une sage disposition que celle qui autorise ses parents les plus proches à venir au secours de son erreur, de sa faiblesse et de son inexpérience, et à apporter par leur opposition un utile obstacle à son mariage.

L'examen de la seconde cause de l'opposition permise aux collatéraux nécessite quelques détails.

Cette seconde cause est l'état de démence du futur époux, et la loi veut que l'opposition ne soit reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

283. Cette disposition peut faire naître plusieurs questions.

Le tribunal peut-il prononcer sur-le-champ la main-levée de l'opposition, ou doit-il surseoir?

S'il surseoit et qu'il ne fixe pas de délai pour faire statuer sur la démence, quel doit être le sort de l'opposition?

Lorsque l'opposition, fondée sur la démence a été formée par des collatéraux, le tribunal peut ordonner la main-levée pure et simple, sans aucune instruction préalable; cela n'est pas douteux, car l'article 174 le déclare expressément. Cependant même alors ce n'est qu'avec la plus grande circonspection que la main-levée doit être prononcée.

Mais lorsqu'une telle cause est invoquée par un ascendant la même faculté appartient-elle au tribunal?

La question est controversée. Merlin dans son Répertoire (*verbo Opposition*), et un arrêt de la Cour de Bruxelles du 15 décembre 1812, décident que cette faculté n'existe pas, et que l'on doit surseoir pour faire juger le fait dénoncé. Cette

opinion est fondée sur la présomption naturelle, que chez les ascendants les sentiments d'affection l'emportent généralement sur les motifs d'intérêt qui souvent excitent les oppositions des parents collatéraux.

Dalloz aîné pense, au contraire, que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux s'applique à tous les cas. (Voir la jurisprudence générale de cet auteur, t. 10, page 64, n° 12.)

Cette dernière opinion paraît la plus légale. Les oppositions au mariage ne doivent pas être facilement admises, quelles que soient les personnes des opposants et les causes de l'opposition.

D'ailleurs les tribunaux ne peuvent être tenus d'admettre provisoirement une opposition que les circonstances paraissent repousser, et à laquelle résiste leur conviction.

Pourquoi n'auraient-ils pas le droit de prononcer la main-levée pure et simple de l'opposition d'un ascendant, motivée sur l'état de démence du futur époux, comme celle d'un parent collatéral?

Les ascendants peuvent se laisser entraîner eux-mêmes par des passions dont aucun homme n'est exempt, et si les tribunaux reconnaissent, d'après les faits, que la cause alléguée n'est pas la cause réelle, et que sous une apparence d'intérêt d'affection, l'ascendant cache un motif peu honorable et qu'il ne peut avouer, pourquoi ne seraient-ils pas autorisés à déjouer ce faux prétexte en prononçant la main-levée de l'opposition?

Enfin et ce qui est décisif c'est que la loi ne restreint pas la faculté dont elle investit les tribunaux aux seules oppositions émanées des parents collatéraux; que par conséquent cette faculté peut être exercée dans d'autre cas, qu'au reste à ne consulter que les prinecipes généraux; les magistrats peuvent s'ils se trouvent assez éclairés rejeter la demande sans recourir aux nouveaux moyens d'instruction qu'on leur propose.

Il n'y aurait donc pas violation de la loi dans la décision qui

ordonnerait immédiatement la main-levée d'une opposition au mariage, et une telle décision rendue par une Cour royale serait à l'abri de cassation.

Mais si cette décision avait été rendue par un tribunal civil, elle pourrait être attaquée par la voie de l'appel, et le résultat devant la Cour dépendrait de l'impression que les circonstances feraient dans l'esprit des magistrats supérieurs.

Nous avons vu dans l'article 174 que, lorsque le tribunal reçoit l'opposition fondée sur la démence du futur époux, il doit, par le même jugement, charger l'opposant de provoquer l'interdiction et fixer le délai dans lequel il devra y être statué.

La disposition de la loi est si claire, si formelle, qu'il n'est pas à présumer qu'elle soit négligée par les tribunaux.

Si cependant elle était omise, quelle qu'en fût la cause, comment réparer l'erreur?

On aurait, il semble, deux moyens: l'un d'interjeter appel du jugement et de le faire rectifier par la Cour; l'autre d'obtenir devant les mêmes juges un second jugement qui, réparant l'omission, imposerait la charge de provoquer l'interdiction et fixerait le délai pour y faire statuer.

On fera observer que le délai fixé peut être prorogé par les tribunaux, à moins qu'il n'apparaisse qu'il y a eu négligence ou lenteur affectée de la part de l'opposant; mais la prorogation doit être courte et se réduire au temps rigoureusement nécessaire pour compléter l'instruction prescrite.

L'article 174 du Code civil n'accorde qu'aux seuls parents qu'il désigne le droit de former opposition au mariage. Mais, selon M. Duranton, ceux des parents à qui la loi ne donne pas ce droit peuvent dénoncer au ministère public des causes qui motiveraient une nullité d'ordre public. — Ils peuvent aussi, et c'est même pour eux un devoir, prévenir l'officier de l'état civil afin qu'il se refuse à procéder à la célébration du mariage. (Duranton, t. 2, n° 200.)

Cette opinion suppose que le ministère public peut s'opposer au mariage. Nous examinerons plus bas cette question.

Quant à l'officier public, il est douteux qu'il puisse préjuger, même par un simple sursis, la réalité et la validité de la cause qui lui serait dénoncée.

284. Nous nous sommes occupés jusqu'à présent des trois classes de parents, ascendants ou collatéraux, que la loi autorise à former opposition au mariage.

Ce droit est aussi accordé par l'article 175 aux tuteurs ou curateurs des futurs époux. Mais il est restreint à leur égard, 1° à l'absence du consentement du conseil de famille; 2° à l'état de démence du futur époux. Encore faut-il dans les deux cas que, pour agir, le tuteur et le curateur obtiennent le consentement du conseil de famille.

Voici les termes de cet article :

« Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou le curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition, qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille qu'il pourra convoquer. » Art. 175.

Il peut paraître surprenant que le tuteur, administrateur légal de la personne du mineur ou de l'interdit, que le curateur, qui est aussi un surveillant désigné par la loi, aient besoin de l'autorisation du conseil de famille pour former une opposition que leurs fonctions même et l'intérêt de leur pupille semblaient leur commander.

Cependant la mesure est sage. C'est une précaution bienfaisante propre à garantir les mineurs des abus d'une puissance qui n'est pas toujours protectrice.

Quoique le conseil de famille n'ait pas été consulté, le mariage projeté peut être avantageux au mineur. Il est donc convenable de ne pas en livrer le sort à l'arbitraire isolé d'un tuteur ou d'un curateur, mais d'en référer à la sollicitude affectueuse du conseil de famille, juge naturel des intérêts du pupille.

L'allégation de la démence doit être aussi soumise au conseil de famille, qu'il ait ou non approuvé déjà le mariage.

Si le conseil n'a pas encore été appelé à donner son avis, celui qu'il exprimera, en le supposant favorable, préviendra la nullité du mariage.

Si, au contraire, le conseil avait déjà consenti au mariage, consulté de nouveau par le tuteur, et éclairé par les documents qu'il en recevra, il peut changer d'opinion et vouloir empêcher une union qui serait déplorable dans son origine par la faiblesse d'esprit de l'un des époux, et qui pourrait devenir funeste dans ses effets par les conséquences d'une telle alliance.

Sous tous les rapports, la mesure législative est recommandable.

Dans les deux cas, d'ailleurs, la sagesse des tribunaux réparera les erreurs ou les injustices des oppositions que l'aveuglement ou les passions auraient dictées.

Si le futur est interdit ou soumis à un conseil judiciaire, le tuteur ou le curateur peut-il former opposition au mariage?

Il le peut, selon Duranton, même sans l'autorisation du conseil de famille, voir tome 2.

Cette opinion paraît trop tranchée. L'interdit est assimilé au mineur. On doit donc lui appliquer les règles protectrices établies pour celui-ci.

L'individu soumis à un conseil judiciaire, était lui-même frappé d'une sorte d'interdiction pour tous ses actes importants, doit jouir des mêmes avantages que l'interdit et le mineur.

Nous pensons, d'ailleurs, que le conseil de famille peut, dans les deux cas, autoriser l'opposition sauf aux tribunaux à en juger le mérite.

285. Il nous reste à examiner si le ministère public a le droit de former opposition au mariage dans les divers cas où la loi le défend, et où il serait autorisé à en demander la nullité.

Ces cas sont :

Le défaut d'âge compétent,

L'existence d'un premier mariage,

La parenté ou l'alliance en ligne directe à tous les degrés et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle et de nièce inclusivement (V. l'art. 184 du Code civil).

Duranton attribue dans ces divers cas le droit d'opposition au ministère public, parce que les empêchements sont dirimants et qu'il y aurait nullité d'ordre public si les prohibitions de la loi étaient violées.

Il considère aussi comme une nullité d'ordre public celle qui vicierait le mariage contracté par une personne morte civilement (Code civil, art. 25), ou celle qui résulterait de l'incompétence de l'officier public (V. C. c., art. 165), et il pense que ces deux causes de nullité autorisent également le ministère public à former opposition au mariage.

L'auteur fait remarquer qu'il serait choquant pour la saine raison de refuser au ministère public le droit de s'opposer à un mariage dont il lui serait prescrit de demander la nullité dès qu'il aurait été contracté (Duranton, tome 1^er^, n° 201).

Proudhon, dans son Traité des personnes, attribue aussi au ministère public le droit de former opposition pour empêcher la bigamie. V. t. 1, p. 237.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 1^er^ août 1808, a reconnu au ministère public le droit de s'opposer à un mariage (V. Sirey, t. 8. 2. 273).

Dalloz aîné combat ces opinions; il lui paraît dangereux d'investir le ministère public d'une sorte de pouvoir inquisitorial (*Dictionn. de Jurisp.*, t. 10, p. 67, n° 2).

Toullier examine la question sans la résoudre. Il fait observer avec sagesse qu'il vaut mieux prévenir les délits que les punir; et il doute qu'un tribunal pût rejeter l'opposition du ministère public, fondée, par exemple, sur ce que l'un des futurs époux n'a pas atteint l'âge fixé par la loi.

Mais il reconnaît que la loi ne donne pas au ministère public le droit de former opposition aux mariages, et il se demande si le silence de la loi ne provient pas de ce que le ministère public a, comme toute autre personne, la faculté de dénoncer à l'officier public les empêchements qui s'opposent au mariage proposé, et d'éveiller ainsi l'attention de ce fonctionnaire qui, étant averti, ne célébrerait pas le mariage pour ne pas s'exposer aux peines prononcées contre lui par la loi?

Nous n'adoptons pas l'opinion de Toullier sur le motif qu'il prête au silence de la loi; car un tel motif pourrait s'appliquer aussi à tous ceux qui sont admis à former opposition; la voie de la dénonciation serait, au reste, trop peu sûre dans son usage comme dans ses résultats pour lui accorder quelque confiance.

Mais nous pensons avec Dalloz, comme paraît le penser Toullier lui-même, que le droit d'opposition n'appartient pas au ministère public.

La loi ne la lui accorde pas expressément. Cela suffirait pour le lui refuser (1).

D'ailleurs, la distinction si tranchée en France entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, ne permettrait pas qu'on conférât un tel droit au ministère public.

C'est à l'autorité administrative que la loi a confié la police préventive et le maintien de l'ordre public; l'autorité judiciaire et le ministère public qui en fait partie, sont seulement investis de la police répressive, c'est-à-dire, du droit de rechercher les crimes, les délits, et d'en poursuivre la punition. Tant qu'un fait répréhensible n'a pas été accompli, le ministère public n'a aucune action. Le délit même étant consommé, c'est par la voie de l'instruction criminelle, non par action civile que le ministère public exerce, en général, ses poursuites. Pour être admissible à former opposition à

(1) Merlin, *Répert.*, v. *Opposition* sur l'art. 174.

un mariage ; il lui faudrait, comme pour les demandes en nullité, qu'il eût reçu de la loi une mission spéciale et formelle.

On fera d'ailleurs observer que de tous les empêchements dirimants, le seul dont la violation entraîne une peine établie par la loi, c'est l'existence d'un premier mariage (Voir l'art. 340 du Code pénal).

Le droit d'opposition a été refusé au ministère public par un arrêt de la Cour de Paris, du 26 avril 1833, que rapporte Sirey, t. 33. 2. 286. Cet arrêt adopte, il semble, la vraie doctrine.

CHAPITRE II.

Des formalités des oppositions.

SOMMAIRE.

286. *Les formalités des oppositions sont extrinsèques ou intrinsèques.*
287. *Des formalités extrinsèques.*
288. *Le Code n'établit pas de peine pour leur omission.*
289. *A qui l'opposition doit-elle être signifiée?*
290. *L'opposition doit-elle être signée par l'opposant ou son procureur fondé?*
291. *L'opposition doit être énoncée en marge sur le registre des publications.*
292. *Des formalités intrinsèques de l'opposition.*
293. *Elle doit énoncer la qualité de l'opposant.*
294. *Autres énonciations exigées, savoir : Un domicile élu;*
Les causes sur lesquelles l'opposition est fondée, excepté à l'égard des ascendants.
295. *L'omission de ces énonciations rend l'acte nul.*
296. *Mais la nullité doit être prononcée par le juge.*
297. Quid *si, malgré l'opposition, l'Officier de l'Etat civil célébrait le mariage?*

286. Les oppositions au mariage sont faites par des actes extrajudiciaires du ministère des huissiers. Elles sont sou-

mises aux formalités ordinaires des exploits, telles qu'elles sont indiquées dans le Code de procédure, et de plus à quelques formalités particulières prescrites par le Code civil.

Ces formalités particulières sont de deux sortes :

Les unes sont extrinsèques, c'est-à-dire qu'elles tiennent à la forme extérieure des actes d'opposition.

Les autres, qui sont intrinsèques, ont pour objet les énonciations que les actes doivent contenir.

L'article 66 du Code civil règle les premières.

L'article 176 détermine les secondes.

287. Examinons d'abord les formalités extrinsèques.

L'article 66 est ainsi conçu :

[Art. 66. « Les actes d'opposition au mariage seront *signés* sur » l'original et la copie par les opposants ou par leurs fondés » de procuration spéciale et authentique; ils seront signifiés, » avec la copie de la procuration, à la personne ou au do- » micile *des parties* et à l'officier de l'Etat civil qui mettra » son *visa* sur l'original. »

Toutes ces formalités ont été empruntées de la loi du 20 septembre 1792. Elles étaient même tellement de rigueur, que leur omission autorisait l'officier public à regarder les oppositions comme non avenues, et à passer outre à l'acte de mariage. (V. les articles 4, 5, 6 et 9 de la section 3 du titre 4 de cette loi (1).

288. Le Code civil, en adoptant les formalités, a gardé le silence sur la peine attachée à leur inobservation.

De là incertitude et controverse.

289. On s'est demandé d'abord si l'opposition devait être signifiée à chacun de ceux entre lesquels l'union est projetée?

La question paraît résolue par les termes mêmes de l'ar-

(1) Le Code de Vaud dit que les actes d'opposition seront faits par exploit sous le sceau du juge de paix (art. 83).

Le Code civil hollandais renvoie pour les formes au Code de procédure (art. 123).

ticle qui, en parlant de la signification à faire à la personne ou au domicile *des parties* indistinctement, exprime clairement que ce n'est pas à une *seule partie* que la signification doit être faite, et que par conséquent elle doit l'être non-seulement à celui des futurs époux qui y donne lieu, mais encore à l'autre personne avec laquelle le mariage est annoncé. Cette personne est, en effet, une des parties intéressées. Il importe qu'elle soit instruite de l'obstacle qui s'oppose à l'union proposée. Elle a besoin de connaître les termes de l'opposition et les motifs sur lesquels elle est fondée, pour pouvoir en apprécier le mérite et persister dans son projet ou y renoncer.

Si elle y renonce, l'éclat d'un procès deviendra inutile.

Si elle y persiste, elle n'aura cependant pas le droit d'agir elle-même en main-levée de l'opposition. L'action comme la défense n'appartiendront qu'à la partie parente de l'opposant.

Telle est, sur cette première question, l'opinion des divers auteurs; elle nous paraît trop conforme à l'esprit comme à la lettre de la loi, trop juste, en un mot, pour ne pas l'adopter (1).

On doit conclure de là que l'opposition serait nulle si elle n'était pas signifiée aux deux parties.

Mais doit-on la signifier à plus d'un officier de l'Etat civil?

L'article 66 ne parle que d'un seul de ces officiers. « Les » actes d'opposition seront signifiés, dit-il, à *l'officier de* » *l'Etat civil* qui mettra son visa sur l'original. »

Les articles suivants, notamment l'article 68 et l'article 176, sembleraient indiquer que c'est à l'officier de l'Etat civil qui doit célébrer le mariage que doit être faite la signification. On conçoit, au reste, que c'est surtout à l'officier

(1) Duranton, tome 2, n° 2; Vazeilles, t. 1, n° 171; Dalloz aîné, t. 10, p. 68, n° 6.

du lieu où le mariage doit être célébré qu'il importe de faire connaître l'opposition et ses causes pour qu'il sache s'il doit s'y arrêter. C'était aussi cet officier que désignait spécialement le projet de la Commission. (V. l'Esprit du Code civil, par Locré, sur l'article 176.)

Cependant la loi ne s'expliquant pas, et le lieu où la célébration du mariage serait faite pouvant être ignoré de l'opposant, il suffira comme il sera nécessaire de faire notifier l'opposition à l'officier de l'Etat civil de la résidence de celui contre lequel l'opposition est formée.

En effet, les précautions prises par la loi ne permettront pas à l'officier public du lieu de la célébration du mariage d'ignorer l'existence de l'opposition, quel que soit celui de ces fonctionnaires auquel elle ait été signifiée. Car l'article 67 du Code veut que celui qui la reçoit en fasse *sans délai une mention sommaire* sur le registre des publications, et les articles 68 et 69 défendent à tout officier public de célébrer le mariage sans qu'on lui présente des certificats des officiers de l'Etat civil des diverses communes où les publications auront été faites, constatant qu'il n'existe point d'opposition.

Cependant, pour assurer l'effet de son opposition, l'opposant agira prudemment, en la formant tout à la fois au domicile du futur époux et à celui de la future épouse.

Mais cette sage précaution, si propre à prévenir les dangers de la négligence des officiers civils, et qui a été indiquée dans les discussions du Conseil d'Etat, n'est pas prescrite à peine de nullité. On pourrait donc la négliger sans danger (1).

L'officier public en recevant la copie de l'opposition doit apposer son *visa* sur l'original.

Le défaut de *visa* rend-il l'opposition nulle?

Le Code civil est encore muet sur la difficulté.

(1) V. Locré sur l'art. 176; Duranton, t. 2, n° 210; Vazeilles, n° 172; Mazeyrat, Quest. sur le Code civil, p. 64, n° 197; Dalloz aîné, t. 10, p. 68, n° 7.

Mais comme la formalité est empruntée du Code de procédure, art. 69, on doit appliquer à son omission la peine de nullité prescrite par ce dernier Code. (V. l'art. 70.)

Le but de la loi ne serait pas rempli si l'on pouvait violer impunément la règle.

Elle a été prescrite afin de garantir aux parties intéressées la réalité et l'exactitude de la signification qu'elle ordonnait; et cette garantie, aussi importante pour l'officier public que pour les parties, disparaîtrait si le *visa* pouvait être négligé.

290. Une difficulté plus sérieuse roule sur la signature de l'opposant ou d'un fondé de procuration spéciale.

Cette difficulté divise les auteurs.

Vazeilles et Mazeyrat pensent que la signature de l'opposant sur l'original et sur la copie n'est pas de rigueur; qu'elle n'est pas prescrite à peine de nullité; que, par conséquent, cette peine ne doit pas être appliquée. Ils invoquent, pour la repousser, l'article 1030 du Code de procédure qui défend de déclarer nul un exploit ou un acte de procédure lorsque la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi (1).

Duranton rappelle la règle, mais n'examine pas les conséquences de son inobservation (2).

Dalloz aîné pense que sans la signature de l'opposant sur l'original et la copie l'opposition est nulle (3).

Cette dernière opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Liége, du 24 août 1812, rapporté soit dans le *Dictionnaire de Jurisprudence* de Dalloz aîné, t. 10, p. 68, n° 5, soit dans le *Recueil périodique* de Dalloz jeune, t. 2. 695.

C'est, il semble, l'opinion la plus juste, la plus en har-

(1) Vazeilles, t. 1, n° 171; Mazeyrat, p. 64, n° 196.

(2) Duranton, t. 2, n° 209.

(3) Dalloz aîné, t. 10, p. 68, n° 5. V. aussi Merlin, Répert., v. *Opposition*.

monie avec la faveur due au mariage et avec le désir du législateur de ne pas faciliter des oppositions hasardées.

On sait que le moindre retard dans l'exécution d'un projet de mariage peut quelquefois le faire abandonner.

Il y aurait donc danger à admettre des oppositions qui n'offriraient d'autre garantie pour leur sincérité que la signature d'un officier ministériel qui pourrait être trompé ou séduit, et où des motifs affligeants pour l'un des futurs époux ébranleraient la confiance ou détruiraient même le consentement de l'autre.

Il est donc d'une haute importance pour les deux familles que l'officier ministériel ne puisse pas être désavoué, et que la signature de l'opposant atteste la vérité de l'opposition et de ses causes ou puisse servir de base à une condamnation aux dommages et intérêts qui seraient dus à l'un des futurs époux.

Ainsi l'on doit considérer la formalité comme substantielle et comme entraînant la nullité de l'opposition qui ne serait pas revêtue de la signature de l'opposant ou de son fondé de procuration spéciale et authentique.

L'article 1030 du Code de procédure ne saurait être applicable à un tel acte. Car cet acte ne peut être assimilé à un simple acte de procédure. Il constitue de la part de l'opposant, ou l'engagement de justifier les faits sur lesquels repose son opposition, ou soumission, à défaut de preuve, d'indemniser les futurs époux.

Au reste, l'article 1030 ne s'applique qu'aux actes dont s'occupe le Code judiciaire où il se trouve. Il est étranger aux dispositions du Code civil et aux actes prescrits par ce dernier Code. C'est ainsi que dans les inscriptions hypothécaires le Code civil a prescrit diverses formalités substantielles dont l'omission entraîne la nullité de l'inscription, quoique cette nullité ne soit prononcée par aucun texte de loi.

Telle est notamment, d'après la dernière jurisprudence

de la Cour de cassation, l'absence dans l'inscription d'une élection de domicile dans l'arrondissement du bureau des hypothèques où elle est prise.

On pourrait aussi argumenter de la loi du 20 septembre 1792 où a été puisée la règle, et qui déclarait nulle l'opposition dans laquelle elle n'avait pas été observée. Cette loi ancienne doit servir à interpréter la loi nouvelle, suivant la maxime si connue : *Leges priores ad posteriores trahuntur et è contrà.*

On conçoit que lorsque c'est un fondé de pouvoir qui signe l'opposition, les mêmes moyens de nullité s'appliquent au défaut d'une procuration authentique et du bail de copie de cette procuration. L'authenticité de la procuration est indispensable pour éviter les incertitudes et les lenteurs d'une vérification d'écriture, au cas où le mandat serait dénié.

291. En recevant l'opposition, l'officier de l'Etat civil doit en faire mention sur le registre des publications. C'est ce que lui prescrit l'art. 67 du Code, qui veut aussi qu'on énonce en marge de ces registres les jugements ou les actes de main-levée.

« L'officier de l'Etat civil fera sans délai une mention » sommaire des oppositions sur le registre des publications; » il fera aussi mention, en marge de l'inscription desdites » oppositions, des jugements ou des actes de main-levée dont » expédition lui sera remise. » Art. 67.

La mention sommaire des oppositions sur le registre des publications a été empruntée de l'article 6, section 3 du titre 4 de la loi de 1792. Elle préviendra les oublis et mettra l'officier public dans la nécessité de faire connaître les oppositions qu'il aura reçues en même temps que les publications qu'il aura faites.

Telles sont les observations que nous avions à faire sur les formalités extrinsèques des oppositions.

292. C'est aussi dans la loi du 20 septembre 1792 que les

législateurs du Code ont pris une partie des formalités intrinsèques de ces actes importants. (V. les articles ci-dessus cités.)

Elles sont consignées dans l'art. 176 dont voici les termes :

Art. 176. « Tout acte d'opposition énoncera la *qualité* qui donne » à l'opposant le droit de la former ; il contiendra *élection* » de *domicile* dans le lieu où le mariage devra être célébré.

» Il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête *d'un ascendant*, contenir les motifs de l'opposition.

» Le tout *à peine de nullité* et de l'*interdiction* de l'*officier* » *ministériel* qui aurait signé l'acte contenant opposition. »

293. Des trois énonciations exigées dans l'acte d'opposition les deux premières n'étaient pas prescrites par la loi du 20 septembre 1792. Cette loi ne parlait ni de la qualité de l'opposant ni de l'élection de domicile dans le lieu de la célébration du mariage.

La désignation de l'opposant n'avait aussi été imposée ni par la Commission de rédaction ni par la Section de législation ; elle fut ajoutée à l'article sur la proposition du Tribunat qui fit observer « qu'il importe que les parties intéressées aient une parfaite connaissance, dès que l'opposition paraît, des qualités de l'opposant (1). »

294. C'est aussi sur l'observation du Tribunat que fut ajoutée à l'article l'obligation d'énoncer les motifs de l'opposition. Cette obligation avait été omise dans le projet quoique exprimée dans la loi de 1792. Elle fut jugée nécessaire parce qu'elle « se liait au système général de faciliter aux » parties les moyens de faire cesser les oppositions mal » fondées. »

La négligence d'une seule de ces trois prescriptions rendrait nul l'acte d'opposition.

On ne serait pas admis à y suppléer par de vagues équipollences qui laisseraient quelque incertitude dans la mention.

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 176.

Ainsi, pour désigner le parent auteur de l'acte d'opposition, il ne suffirait pas de lui donner la qualité de proche parent ou d'héritier présomptif, cette expression ne faisant pas connaître le degré de parenté; ni par conséquent si l'opposant est dans la classe de ceux auxquels la loi donne le droit de former opposition (V. Merlin, Rép., v° *Opposition*; et Dalloz aîné, t. 10, p. 67, n° 10). Ce dernier auteur cite un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 thermidor an XI, qui a prononcé l'interdiction d'un huissier pour avoir signé un acte d'opposition fait à la requête de *proches parents* qui n'étaient pas, il est vrai, du nombre de ceux dont parle l'art. 174 (V. Dalloz, *ibid*, à la p. 65).

L'élection de domicile est surtout importante, puisqu'elle a pour but de faciliter la demande en main-levée et l'assignation au domicile élu pour y parvenir. Aussi cette condition est-elle du nombre de celles que l'art. 176 prescrit à peine de nullité. M. Merlin pense que si cette élection de domicile a été omise, l'opposition ne devrait pas arrêter l'officier de l'Etat civil ni l'empêcher de procéder au mariage projeté. (Merlin, Répertoire, v. *Opposition* sur l'art. 277.)

Cette opinion est contraire au texte de l'art. 68 du Code civil, qui veut qu'en *cas d'opposition*, l'officier de l'Etat civil ne puisse célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée, et ce à peine d'amende et de dommages et intérêts.

Le texte ne fait aucune distinction entre les oppositions régulières et celles qui ne le sont pas. Ce n'est point d'ailleurs à l'officier de l'Etat civil à prononcer sur le mérite de l'opposition. Celui des futurs conjoints que l'opposition frappe doit donc en demander judiciairement la main-levée.

Mais il se présente une autre difficulté.

L'art. 176 veut que le domicile soit élu dans le lieu où le mariage doit être célébré.

Or, si les époux futurs ont deux domiciles différents, le lieu de la célébration peut être ignoré puisqu'il est permis de

célébrer le mariage à l'un ou l'autre de ces deux domiciles. (V. l'art. 165 du Code civil.)

L'objection fut prévue au Conseil d'Etat et il fut proposé de permettre d'élire domicile dans le lieu où se trouve celui au mariage duquel on forme opposition.

Mais l'amendement ne fut pas adopté ; on répondit « que » les publications énonçaient le lieu de la célébration du » mariage, et que, d'ailleurs, pour assurer l'effet de son » opposition, l'opposant ne manquerait pas de la former » également au domicile du futur époux, et au domicile de » la future épouse. »

La première observation était une erreur ; l'art. 63 du Code qui détermine les énonciations que doivent contenir les publications ne parle pas de l'indication du lieu où le mariage doit être célébré.

La seconde observation faite au Conseil d'Etat renferme un Conseil plutôt qu'une règle.

Le Conseil est prudent. Il serait dangereux, malgré l'avis de plusieurs auteurs (1), d'élire domicile seulement dans le lieu de l'habitation ou de la résidence de celui des deux futurs époux au mariage duquel on voudrait s'opposer. Car si le mariage se célébrait à un autre domicile, l'élection faite ne serait pas celle prescrite, et l'inexécution littérale de la règle pourrait entraîner celle de l'opposition.

Il y aurait donc grave imprudence à ne pas suivre le conseil donné aux opposants par le Conseil d'Etat lors de la discussion de la loi ; il vaut mieux faire trop que trop peu et élire deux domiciles qu'un seul dont la validité serait douteuse.

La dernière condition prescrite est l'énonciation dans l'acte des causes de l'opposition.

La sagesse de cette disposition a déjà été signalée. Elle

(1) Duranton, t. 2, n° 208 : Vazeilles, 1, n° 177 ; Mazeyrat, titre 5, n° 200 ; Dalloz, 10, 67, n° 2.

préviendra surtout les oppositions qui auraient été l'œuvre du caprice ou des passions. Elle rendra plus facile et plus prompt l'examen de celles qui seraient faites.

Les ascendants seuls en sont affranchis par respect pour leur qualité et parce que la loi présume qu'une affectueuse sollicitude est leur seul guide.

Si la démence de l'un des futurs époux est le motif de l'opposition, celle des parents collatéraux devra-t-elle contenir l'énumération des faits propres à la caractériser?

La loi ne s'explique pas. Mais la raison dit qu'un mariage convenu et même annoncé ne doit pas être paralysé par une allégation vague de démence. Il faut que des faits positifs soient consignés ou dans l'acte même d'opposition, ou dans des écrits postérieurs; il serait même convenable que ces écrits fussent signifiés avant le jugement à la partie, afin que celle-ci pût en préparer la réfutation. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris par un arrêt du 29 messidor an 12. La Cour de Colmar a décidé aussi, le 15 décembre 1810, que l'opposition formée par un collatéral, pour cause de démence, au mariage de son parent, ne peut être reçue qu'autant que des faits ont été articulés par écrit, et que les témoins qui en déposeraient ont été désignés.

Ces arrêts sont fondés sur les termes de l'article 174 qui, d'un côté, autorisent les tribunaux à donner main-levée pure et simple des oppositions à mariages faites par des collatéraux et fondées sur l'état de démence du futur conjoint, et qui de l'autre, ne leur permettent de recevoir l'opposition qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction dans un délai déterminé.

Ces deux dispositions, combinées entr'elles, imposent à la justice le devoir d'ordonner la main-levée de l'opposition, si des motifs graves ne leur commandent de la recevoir. Il faut donc que ces motifs leur soient développés. Or, comment peuvent-ils l'être, si ce n'est par le détail écrit des faits qui prouvent la démence, et par la désignation des témoins qui

pourront en déposer. C'est d'après l'appréciation des faits exposés et la confiance que peuvent leur inspirer les témoins indiqués que les tribunaux ont à se décider entre la main-levée pure et simple de l'opposition et un sursis pour l'interdiction. Il faut donc que les éléments des preuves de la démence leur soient présentés.

(Voir les arrêts rapportés par Dalloz aîné, t. 10, p. 64; et dans le Répert. de Merlin, v. *Opposition* sur l'art. 174, n° 5.)

Mais si des ascendants motivent eux-mêmes, quoiqu'ils n'y soient pas obligés, leur acte d'opposition sur la démence de l'un des futurs, seront-ils aussi soumis à articuler dans cet acte des faits tendant à l'établir, et à indiquer des témoins?

La Cour de Bruxelles a décidé que non par un arrêt infirmatif du 15 décembre 1812, et elle a renvoyé les parties devant un autre tribunal pour l'instruction de l'interdiction.

La décision est exacte. L'ascendant peut ne pas motiver son opposition. (V. l'art. 173.) S'il le fait, c'est surabondamment; et cela ne doit pas lui nuire. Il ne doit pas être traité plus rigoureusement que s'il n'avait indiqué aucun motif. Car il ne perd pas sa qualité d'ascendant qui ne permet pas qu'on l'assimile à un parent collatéral pour lui imposer des conditions et lui appliquer une peine dont son titre d'ascendant l'affranchit. (Merlin, Répertoire, v. *Opposition* sur l'article 164, n° 6.)

295. Si les conditions prescrites n'ont pas été observées dans l'acte d'opposition, l'article 176 déclare l'acte nul et veut même que l'officier ministériel qui l'a signé soit frappé d'interdiction.

296. Mais cette nullité a-t-elle lieu de plein droit, et l'officier public peut-il, sans un jugement préalable, passer outre à la célébration du mariage projeté?

Il le pouvait sous la loi du 20 septembre 1792. (V. l'article 9 de la section 3 du titre 4.)

Mais le Code civil n'ayant pas maintenu ce pouvoir, il

doit attendre que le juge prononce sur l'opposition quelque irrégulière qu'elle soit. C'est même ce qu'ordonne expressément l'article 68, suivant lequel, « en cas d'opposition, » l'officier de l'État civil ne pourra célébrer le mariage avant » qu'on lui en ait remis la main-levée, à peine de 300 fr. » d'amende et de tous dommages et intérêts. » (V. les questions de Mazeyrat, n° 199.) Art. 68.

Cette disposition est sage. Elle est conforme à l'ancien droit sous lequel aussi l'opposition, quelque mal fondée qu'elle parût, devait empêcher le curé de passer outre à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'il en eût été donné main-levée ou par la partie opposante, ou par le juge. (V. Pothier, *du Mariage*, n° 82.)

La loi de 1792 avait l'inconvénient grave de laisser à la décision d'un officier public souvent peu instruit l'examen de la validité des oppositions au mariage.

297. Si malgré l'opposition l'officier public célébrait le mariage, il serait passible d'une amende, quelque peu fondée que fût cette opposition. Car l'article 68 prononce la peine indistinctement. (V. Merlin, Répertoire, v. *Opposition;* Malleville, sur l'article 58; Dalloz, tome 10, page 68, n° 10.)

Quant au mariage, il ne serait pas nul, à moins que la cause de l'opposition ne fût suffisante pour en entraîner la nullité, et que cette nullité ne fût demandée dans les délais et suivant les conditions que prescrit la loi.

Il ne serait dû aussi de dommages et intérêts par l'officier public qu'au cas où le mariage serait annulé. Et ces dommages-intérêts seraient dus à tous ceux à qui la célébration du mariage aurait causé quelque préjudice.

La doctrine était la même dans l'ancien droit. (V. Pothier, *du Mariage*, n° 82, et d'Héricourt, *Traité des lois ecclésiastiques*, du *Mariage*, n° 23.)

Cette doctrine est aussi professée par les auteurs nou-

veaux (V. Dalloz aîné, t. 10, p. 68, n° 8, et Mazeyrat, Question sur le Code civil, tit. 5, du *Mariage*, n° 199) (1).

CHAPITRE III.

Des mains-levées des oppositions, quelles instances elles font naître et quels en sont les juges?

SOMMAIRE.

298. *Comment s'obtiennent les mains-levées des oppositions?*
299. *Si la main-levée est volontaire, il faut qu'elle soit faite par acte authentique.*
300. *Malgré la main-levée, si l'empêchement est d'ordre-public, l'officier de l'Etat civil peut refuser la célébration.*
301. *L'action en main-levée n'a pas besoin d'être précédée d'une tentative de conciliation.*
302. *Quel est le tribunal compétent?*
303. *Dans quels délais doit-il juger?*
304. *Si l'opposition est annulée pour vice de forme, elle peut être renouvelée.*
305. *Peut-on attaquer par les voies ordinaires les décisions rendues sur une opposition au mariage?*
306. *L'appel est suspensif; le pourvoi en cassation ne l'est pas.*
307. Quid *des dépens et des dommages et intérêts?*

298. Les oppositions étant faites par un simple acte extrajudiciaire, celui des époux contre lequel elles sont dirigées doit en obtenir la main-levée ou volontairement de la personne qui avait fait l'opposition, ou judiciairement des tribunaux auxquels il est obligé de la demander.

299. L'opposant est libre de se départir d'une opposition qu'il avait faite dans son intérêt privé; et la main-levée qu'il donne faisant cesser l'obstacle, l'officier de l'Etat civil

(1) Le Code de Vaud défend au pasteur de célébrer le mariage avant la remise de la main-levée d'opposition (art. 84). Le Code hollandais veut que l'opposition soit jugée malgré la célébration du mariage qui est déclaré nul, si l'opposition est admise (art. 126).

pourra célébrer le mariage. C'est ce qui résulte de l'art. 68 du Code civil. (V. Proudhon, *Traité des personnes*, t. 1^er^, p. 241.)

Cette main-levée doit être donnée par *un acte* dont *expédition sera remise à l'officier public*.

Tels sont les termes de l'article 67 : Ils prouvent, 1° que l'opposant peut renoncer à son opposition et en donner main-levée ; 2° que la main-levée doit être faite par un acte authentique et qui porte même minute, puisqu'une expédition doit en être produite pour détruire les effets de l'opposition. L'importance de l'acte et l'intérêt de l'officier public commandaient cette double précaution pour prévenir les dénégations d'écriture, et pour garantir toutes les parties intéressées de la conséquence de la perte d'une main-levée délivrée en simple brevet.

300. L'auteur que nous venons de citer pense que si l'opposition était motivée sur un empêchement d'ordre public, l'officier de l'Etat civil ne devrait pas, malgré la main-levée, célébrer le mariage.

Cette opinion est juste. L'officier de l'Etat civil serait répréhensible s'il prêtait son ministère, en connaissance de cause, à un mariage réprouvé par la loi ; telle que serait une union incestueuse, celle d'un homme déjà marié et dont l'épouse serait encore vivante.

301. A défaut de main-levée volontaire pour faire cesser l'opposition, celui dont elle arrête le mariage est dans la nécessité de former une demande. Mais est-il tenu d'avoir recours au préliminaire de la conciliation ?

Ces sortes de demandes en étaient dispensées sous la loi du 20 septembre 1792.

Le silence du Code civil avait fait supposer par quelques jurisconsultes que la tentative de conciliation était nécessaire, et la Cour d'Amiens l'avait ainsi jugé par arrêt du 30 ventôse an 12, rapporté dans le Recueil périodique de Denevers, t. 2, p. 695.

Mais les raisons abondent contre cette opinion.

Il est vrai que d'abord elle avait été admise dans le projet de la Commission chargée de la rédaction du Code civil. On l'exigeait même pour l'appel.

On la supprima d'abord en ce dernier point, sur l'observation du Tribunat qui fit remarquer que d'après les lois existantes, le recours en conciliation n'avait plus lieu en cause d'appel.

Maintenue, pour l'introduction de l'instance, par la Section de législation qui fixait à trois jours le délai pour la conciliation, elle fut retranchée dans la rédaction définitive (1). C'était clairement annoncer que l'intention des législateurs était d'affranchir la demande en main-levée de cette tentative trop souvent illusoire.

La nature même de la demande la dispense de l'essai de la conciliation. Elle requiert célérité, puisque l'opposition empêche le mariage, et qu'aussi la loi veut qu'on la juge dans les 10 jours. (V. l'article 177 C. c.)

Sous ce rapport elle est comprise dans les exceptions portées par l'article 49 du Code de procédure. (V. les nos 2 et 5 de cet article.)

Enfin on peut, on doit même, conformément à l'art. 72 du même Code, à cause de l'urgence, la former par requête, et, en vertu d'ordonnance, assigner à bref délai.

Aussi le plus grand nombre des auteurs pense-t-il, et beaucoup d'arrêts plus récents que celui d'Amiens ont-ils décidé que l'essai de conciliation n'est pas nécessaire. (V. Proudhon, p. 242; Vazeilles, p. 233; Duranton, t. 2, n° 211; Dalloz aîné, t. 10, p. 30; quatre arrêts des Cours d'Angers, de Bordeaux, de Douai, de Bruxelles. Ces arrêts sont cités par Vazeilles et par Dalloz aîné, t. 10. 30.)

La question n'est plus douteuse.

302. Nous avons dit que le demandeur en main-levée

(3) Voir l'Esprit du Code civil, par Locré, sur l'art. 176.

d'opposition pouvait obtenir du président, sur requête, une ordonnance qui lui permit d'assigner l'opposant à bref délai.

Mais au président de quel tribunal doit-il s'adresser, c'est-à-dire quel est le tribunal qui doit être juge de la contestation?

Sous l'ancienne législation, la compétence du juge dépendait de la chose qui faisait l'objet de la contestation.

S'il s'agissait du lien produit par des fiançailles ou par un mariage antérieur que l'opposant alléguait avoir contracté avec l'un des époux futurs, c'était au juge d'église à dissoudre le lien que l'église avait formé. L'official seul pouvait en connaître.

Si un premier mariage subsistait encore, l'official faisait défense de passer outre au second.

S'il n'y avait eu que des fiançailles, qu'elles fussent valables et que le défendeur refusât de les accomplir malgré les exhortations du juge, celui-ci lui imposait une pénitence, mais prononçait la dissolution des fiançailles et faisait main-levée de l'opposition.

Toutes les autres oppositions étrangères au lien religieux et civil étaient de la compétence du juge séculier (1).

Cette distinction de compétence a disparu depuis l'organisation judiciaire établie par la loi des 16 et 24 août 1790 et la suppression des anciens tribunaux prononcée par celle des 6, 7 et 20 septembre suivant. Ce furent alors les tribunaux de district qui connurent de toutes les oppositions aux mariages, quels qu'en fussent les motifs.

Bientôt parut la loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil des citoyens. Cette loi attribua la connaissance, en premier ressort, de l'opposition au mariage, au juge de paix du domicile de celui contre lequel l'opposition serait formée.

Il devait y être statué dans les trois jours, et l'appel devait être porté sans préliminaire d'essai de conciliation au tribunal du district qui devait prononcer dans la huitaine.

(1) Pothier, *Mariage*, t. 1, n° 83.

(V. la loi du 20 septembre 1792, tit. 4, section 3, art. 7.)

Ces délais ne pouvaient être prorogés.

Leur brièveté pouvait être dangereuse. Elle a été modifiée par la loi nouvelle.

Les législateurs du Code civil avaient eu la pensée d'attribuer aussi aux juges de paix la connaissance des oppositions aux mariages, et le projet de la Commission qui le voulait ainsi avait été adopté par la Cour de cassation. Mais il fut repoussé par les Cours d'appel de Caen, Lyon, Montpellier, Nancy, Orléans, Paris, Poitiers, Rouen et Toulouse, qui attaquèrent le fond du système comme donnant trop peu d'importance à une matière qui intéressait l'état des personnes. Elles proposèrent d'en attribuer la connaissance au tribunal de première instance dans le ressort duquel serait domicilié celui des futurs conjoints sur lequel porterait l'opposition, sauf l'appel. Cette disposition leur semblait plus propre à absorber les petits intérêts particuliers et les passions locales.

303. Pour éviter les retards, on demandait qu'il fût dit que la cause serait appelée et jugée le jour de l'échéance, sans même attendre les délais fixés pour la main-levée et le jugement des défauts.

La Section se rendit à ces observations et présenta une rédaction qui, après quelques modifications, produisit les articles 177 et 178 du Code civil (1).

Art. 177. « Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en main-levée. »

Art. 178. « S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation. »

On voit que le texte de la loi ne désigne pas le tribunal; mais les discussions du Conseil d'Etat, rappelées par Locré, indiquent celui du domicile du futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée.

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur l'article 177.

Cette indication résulte aussi de l'art. 176, qui oblige l'opposant à élire domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré.

Cependant il peut arriver que le futur conjoint contre lequel frappe l'opposition, soit domicilié dans un autre lieu que celui où devra être célébré le mariage.

Dans ce cas, si le lieu de la célébration est connu, c'est devant le tribunal dans le ressort duquel ce lieu est situé, que devra être assigné l'opposant. Comme ce lieu sera nécessairement celui du domicile de l'un des futurs conjoints, et comme l'opposant aura dû y élire domicile s'il a eu la sage précaution d'en indiquer deux, un pour chaque lieu où habitait chacun des époux, il sera facile au demandeur de faire notifier l'assignation en main-levée de l'opposition au domicile choisi dans le lieu fixé pour la célébration du mariage; car il devra connaître ce lieu.

L'assignation sera valablement donnée devant le tribunal dont le lieu indiqué ressortira. On sait, en effet, que l'élection d'un domicile pour l'exécution d'un acte est attributive de juridiction pour le juge de ce domicile (V. l'article 111 du Code civil); et il est évident que l'élection de domicile, exigée par l'art. 176, est relative à l'exécution de l'acte d'opposition qui l'énonce. On peut voir dans le sens de cette opinion, Merlin, Répertoire, v° *Opposition*; Duranton, t. 2, n° 212; Vazeilles, t. 1er, p. 174; Dalloz aîné, t. 6, p. 69, n° 4; un arrêt de la Cour de Paris, du 10 mai 1809, rapporté dans Denevers, t. 10. 2. 66, et un autre arrêt de la Cour de Bruxelles, du 6 décembre 1830. (V. Dalloz jeune, t. 33. 2. 213; et Sirey, 31. 2. 58.)

On trouve pourtant dans les Recueils un autre arrêt de la Cour de Paris, du 23 mars 1829, qui décide que le père opposant avait dû être assigné devant le juge de son domicile personnel, quoiqu'il en eût élu un autre dans l'acte d'opposition (V. Sirey, 29. 2. 231).

Le demandeur en main-levée aurait cependant le droit, si

cela lui convenait mieux, de porter la cause devant le juge du domicile de l'opposant. Car c'est seulement en faveur du demandeur en main-levée que la loi a ordonné une élection de domicile dans un autre lieu que celui où habite l'opposant. Celui-ci peut donc renoncer à cet avantage. Cela est d'autant moins douteux que l'art. 111 du Code civil donne seulement une faculté et n'impose pas d'obligation à celui qui veut former la demande au domicile élu. *Les demandes et poursuites pourront être faites*, dit cet article, *au domicile convenu* (1).

Les art. 177 et 178 fixent à dix jours, à compter de la demande en main-levée, le délai de la décision des premiers juges, et à dix jours aussi, à compter de l'appel, celui de l'arrêt qui y statue.

La brièveté de ces délais a paru nécessaire, parce que « l'expérience prouve que les retards apportés aux mariages les font souvent échouer.

» Il n'était donc pas possible d'assujettir, dans la matière du mariage, les demandes en main-levée d'opposition aux délais de la procédure ordinaire.

» Mais aussi cette modification était la seule nécessaire pour compléter le système de célérité établi par les autres dispositions. Dès lors on devait s'y arrêter et laisser régler le reste par les lois communes de la procédure (2). »

Ces dernières réflexions répondent à une question que l'on s'est faite. Elles prouvent que l'instance ne périme pas, quoiqu'il ne soit pas statué dans les dix jours ni par les premiers juges ni sur l'appel ; car les articles qui fixent le délai ne prononcent pas de péremption, et le Code de procédure n'en admet que par trois ans d'interruption de poursuites; c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation, du 4 novembre 1807. (Le voir dans le Journal de Denevers, vol. de 1807, p. 524; V. aussi Vazeilles, t. 1. 235; et Dalloz aîné, t. 10, p. 37.)

(1) V. Dalloz aîné, t. 10, p. 69, n° 15; et Duranton, t. 2, p. 215; Proudhon, *Traité des personnes*, t. 1. 242.

(2) Locré, Esprit du Code sur les art. 177 et 178.

On remarquera aussi que ces délais ont été réglés dans l'intérêt de ceux qui provoquent le mariage. On ne peut donc les invoquer contre eux. *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium retorqueri* (1).

Quant aux opposants, quelque rigueur qu'on suppose à la loi, elle ne doit pas être entendue en ce sens que le fond doive être décidé dans le délai fixé, mais seulement qu'on doit au moins statuer préparatoirement dans les dix jours s'il est possible (2).

Au reste, c'est d'après les circonstances que le juge doit montrer plus ou moins de sévérité.

L'art. 174 parle aussi, pour le cas où l'opposition est fondée sur la démence, d'un délai que doit fixer le tribunal, pendant lequel l'opposant sera tenu de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer.

Si le délai était indéfini, l'esprit et la lettre de la loi seraient également blessés, et le jugement devrait être réformé sur l'appel.

(Arrêt de la Cour de Lyon, du 24 janvier 1838.)

Quoique l'article 174 ne prescrive que dans le cas de démence la fixation d'un délai pour faire prononcer l'interdiction, les mêmes motifs d'urgence doivent faire appliquer la règle à tous les cas où il y a lieu à surseoir, et où le fait qui l'occasionne exige une instruction qui est mise à la charge de l'opposant.

Mais remarquons que le sursis ne doit avoir pour objet que l'interlocutoire nécessaire pour éclairer le juge sur un fait duquel résulterait un empêchement légal du mariage.

Les tribunaux n'ont pas le droit, d'ailleurs, de suspendre le mariage des majeurs et de les soumettre, avant de prononcer sur l'opposition, à des conditions, à des délais qui gêneraient leur liberté ou en arrêteraient l'exécution.

(1) Toullier, 2. 533; Mazeyrat, p. 201; Vazeilles, 1. p. 236; Favard, v° *Mariage*, p. 465 du t. 3.

(2) Proudhon, t. 1. 242; Dalloz, t. 10. 69.

Ainsi la Cour de Paris, sur l'opposition faite par les sieur et dame Frolignier au mariage de leur fille majeure avec un sieur Gournicourt, avait ordonné que cette dernière se retirerait pendant six mois chez une de ses parentes ou telle autre personne qui lui serait indiquée par son père; que, pendant ce temps, elle ne pourrait voir Gournicourt ni ses parents, amis ou agents; qu'elle serait tenue de justifier chaque mois au procureur général, de sa résidence, par un certificat du maire du lieu; enfin, que les six mois passés elle serait tenue de comparaître devant le président de la Cour pour y être entendue en présence de son père.

Un tel excès de pouvoir était choquant; il fut réprimé par la Cour de cassation, suivant arrêt du 21 mars 1809, comme *subordonnant la décision à intervenir à des mesures que la loi n'imposait pas et comme tendant même à priver la fille de la liberté dont la loi veut que les majeurs jouissent* (1).

Lorsque sur une opposition à mariage fondée sur la démence, les faits allégués par le demandeur en interdiction ne sont pas concluants, les juges ne sont pas tenus d'ordonner un plus ample informé ni la convocation du Conseil de famille pour donner son avis sur l'interdiction. La célérité requise dans cette matière s'oppose aux lenteurs d'une instruction prolongée (C. c., 6 janvier 1829, rejet.)

304. Il peut arriver que l'opposition soit annulée pour omission de certaines des formalités prescrites. Pourrait-elle être renouvelée?

Dalloz aîné refuse à l'opposant cette faculté, et il invoque pour ce système un arrêt de la Cour de Liége du 26 décembre 1812 qui l'a décidé ainsi même contre un père et une mère. Cet arrêt est rapporté dans le Répertoire de Merlin au mot *Opposition au mariage* sur l'art. 176. Il infirme une décision contraire du tribunal de Meastricht.

(1) Le texte de l'arrêt qui casse est transcrit dans le Répertoire de Favard, t. 3, p. 406, nº 4.

Merlin est de l'avis de l'arrêt; il l'indique par un mot; le jugement, dit-il, *a été réformé comme il devait l'être.*

Delvincourt, Duranton, Vazeilles pensent que l'opposition annulée pour vice de forme peut être renouvelée comme tout autre exploit. Cette dernière opinion parait la plus vraie.

Sans doute d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, les décisions sur ces sortes de contestations doivent être promptes et les délais qu'entraînent deux oppositions successives ne sont pas sans inconvénients.

Mais n'y en aurait-il pas aussi à créer des fins de non recevoir, des déchéances qui ne sont pas écrites dans la loi ? Il est de principe élémentaire que les peines, les déchéances ne se suppléent pas. Pourquoi s'écarterait-on de ce principe conservateur en matière d'opposition à mariage.

La loi, dit-on, a fixé à dix jours la décision de ces sortes de contestations.

Mais ce délai n'est pas tellement absolu qu'il ne puisse être prorogé. Ce terme n'est pas fatal; rarement même il est observé.

Au reste si une nouvelle opposition donne lieu à de nouvelles lenteurs, c'est par le fait du demandeur en main-levée. Car il dépendait de lui de ne pas opposer les moyens de forme et de discuter et faire juger le fond de l'opposition.

En argumentant de la nullité il devait savoir qu'il s'exposait aux longueurs d'un nouveau procès. S'il a usé en agissant ainsi d'une faculté que la loi lui accordait, pourquoi serait-il admis à priver l'opposant d'un droit que les principes généraux lui attribuent et qu'aucun principe exceptionnel ne lui enlève?

On oppose, il est vrai, que s'il était permis de renouveler une opposition annulée pour vice de forme, les oppositions se succèderaient, et que l'on parviendrait ainsi à empêcher la célébration du mariage.

Cette objection est la plus grave; mais la difficulté qu'elle

prévoit ne se rencontrera peut-être jamais ; car pour qu'elle se présentât il faudrait supposer que la seconde opposition serait aussi irrégulière en la forme, et qu'elle serait annulée seulement sous ce rapport.

Encore y aurait-il un moyen de paralyser ces dispositions tracassières de l'opposant ; ce serait de la part des tribunaux, tout en déclarant nulle la seconde opposition, d'ordonner en *conséquence qu'il serait passé outre à la célébration du mariage à la première réquisition des époux futurs*. Un dispositif ainsi conçu dans le jugement ou l'arrêt serait une loi pour l'officier public qui ne devrait pas s'arrêter à une autre opposition émanée de la même partie.

305. La célérité prescrite par les articles 177 et 178, pour le jugement des oppositions à mariage, a fait douter qu'un jugement ou un arrêt, qui en accorderait la main-levée par défaut, pût être attaqué par les voies ordinaires de l'opposition.

Dalloz pense que la voie de l'opposition n'est pas ouverte; un arrêt de la Cour de Rennes a même décidé que si, sur l'appel, l'opposant au mariage laissait prendre un arrêt par défaut, il y avait lieu, en rejetant l'opposition, d'ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt.

Ces opinions paraissent illégales. Le Code de procédure, dans ses articles 149 et suivants, autorise à former opposition à tout jugement par défaut ; et ce Code ne permet d'ordonner l'exécution provisoire que dans les cas déterminés par les articles 135 et 155, § 2; les règles établies par les articles cités doivent être observées devant les Cours d'appel comme devant les tribunaux de première instance (V. l'article 470, Code de procédure).

Ces dispositions législatives s'appliquent à tous les cas qui ne sont pas expressément exceptés par la loi.

Pourquoi y dérogerait-on relativement à une opposition à mariage ?

La loi, dit-on, prescrit la célérité ; mais elle la prescrit

aussi pour la décision des demandes en élargissement (V. l'art. 805 du Code de procédure) ; et cependant quelque favorable que soit la mise en liberté d'un débiteur illégalement détenu, elle n'interdit pas l'opposition contre les jugements par défaut qui les prononcent, ni l'appel contre les autres jugements.

Si elle eût voulu rendre définitifs et non susceptibles d'opposition les jugements ou arrêts par défaut qui rejettent une opposition à mariage, elle l'eût déclaré par un texte précis comme elle l'a fait pour les ordonnances de référé. (V. l'article 809, § 1 du même Code.)

On doit donc en cette matière aussi s'en tenir aux règles générales, et ne pas se laisser aller, pour s'en écarter, à des considérations plus ou moins justes, qui n'ont pas dû échapper aux méditations du législateur, et qu'il aurait certainement érigées en principe si telle eût été son intention.

C'est ce qu'a pensé la Cour d'Amiens qui, par un arrêt du 10 mai 1821, a admis en cette matière l'opposition à un jugement par défaut (1).

306. Les principes généraux doivent aussi faire décider que l'appel est suspensif, mais que le pourvoi en cassation ne l'est pas.

L'appel est suspensif. C'est ce que déclare formellement l'article 457 du Code de procédure, article qui ne fait d'exception que pour les cas où l'exécution provisoire, étant autorisée par la loi, a été ordonnée par le jugement.

Mais tant que l'appel n'est pas interjeté, l'exécution du jugement peut être poursuivie sans qu'il soit besoin d'attendre l'expiration du délai d'appel. En conséquence si le jugement donne main-levée de l'opposition on peut faire célébrer le mariage (2).

Au contraire le pourvoi en cassation n'est pas suspensif ;

(1) V. cet arrêt dans Dalloz jeune, t. 23. 2. 80 ; et dans Sirey.
(2) 30 juillet 1822, Besançou, Dalloz aîné, 10. 42; Sirey.

car aucune loi spéciale n'ordonne cette suspension pour les cas d'opposition à mariage, et l'on doit par conséquent s'en référer à la règle générale écrite dans l'article 18 de la loi du 18 novembre 1790, institutive de la Cour de cassation; cet article est ainsi conçu :

« En matière civile la demande en cassation n'arrêtera » pas l'exécution du jugement, et dans aucun cas et sous » aucun prétexte il ne pourra être accordé de surséance. »

Les termes de l'article sont clairs et formels. Ils posent la règle pour toutes les matières civiles; ils s'appliquent donc aussi aux oppositions à mariage, puisque ces sortes de contestations sont dans la classe des matières civiles.

Cependant il y a en controverse sur la question. Delvincourt a été d'avis que le pourvoi était suspensif comme en matière de divorce. Il s'est fondé sur ce que le pourvoi deviendrait inutile, et la faculté de se pourvoir en cassation un droit illusoire, s'il était libre aux futurs époux de poursuivre la célébration du mariage. Car l'exécution serait irréparable malgré le succès du pourvoi.

Ces considérations, quelque graves qu'elles soient, doivent fléchir devant la loi.

Elles pourraient, au reste, être combattues par des considérations également puissantes, notamment par celles tirées de l'importance des mariages, de la protection qui est due à ceux qui veulent en contracter, de l'esprit même qui a dicté les dispositions du Code civil dans la brièveté des délais qu'il a fixés pour juger ces sortes de contestations soit en 1re instance, soit en appel, du danger qu'il y aurait de fatiguer celui des contractants dont le choix ne serait pas contrarié et de le dégoûter d'une union trop long-temps incertaine si la célébration du mariage était paralysée pendant tous les délais, toutes les lenteurs qu'entraînent l'instruction et l'arrêt définitif sur le pourvoi en cassation. Quant à l'exemple du divorce on fera observer que sous aucun rapport l'analogie n'est exacte.

D'une part, le Code civil, en admettant le divorce, en avait hérissé l'action de formes, de délais, de difficultés, comme si les législateurs, qui cédaient aux exigences de l'opinion du jour, considéraient eux-mêmes et voulaient signaler au public ce mode de dissolution du mariage comme contraire à l'ordre social et aux bonnes mœurs.

Le même esprit de répugnance pour le divorce a dicté aux législateurs la règle qu'il a consignée dans l'art. 263 du Code qui déclare le pourvoi en cassation suspensif.

Or c'est un esprit tout contraire qui a présidé aux dispositions de la loi sur les mariages. Loin d'en entraver la célébration, tout dans ses dispositions la favorise ; et s'il a paru juste, nécessaire même d'autoriser, dans certains cas, les oppositions aux mariages, au moins n'a-ce été qu'à des conditions, qu'avec des formalités, qu'avec des restrictions, des délais qui gênent l'exercice du droit au lieu de le faciliter.

Ce serait donc agir contre l'esprit même de la loi, ce serait rendre illusoire la brièveté des délais qu'elle fixe que d'y ajouter les lenteurs d'une décision sur pourvoi en cassation.

D'une autre part, pour rendre dans le cas du divorce le pourvoi suspensif, il a fallu une disposition spéciale et exceptionnelle. Or une semblable règle d'exception n'a pas été écrite pour le cas des oppositions au mariage. On ne peut donc invoquer pour ce cas une exception qui lui est étrangère. Le droit commun doit seul s'y appliquer. *Exceptio firmat regulam in casu non excepto.*

C'est aussi en ce dernier sens que la question est résolue par le plus grand nombre des auteurs et qu'elle a été décidée par plusieurs arrêts : par un arrêt de la Cour de Riom du 27 juin 1806 ; par un arrêt de la Cour de Paris du 19 septembre 1815 ; par un arrêt de la Cour de Lyon du 15 février 1828 (1).

(1) V. Duranton, t. 2, no 215 ; Vazeilles, t. 1, no 177 ; Merlin, Répertoire, v. *Opposition* sur l'art. 178 du Code civil ; Mazeyrat, no 202, et les journaux de Deuevers ou Dalloz, t. 2. 695 ; t. 16. 2. 117 ; t. 28. 2. 234.

307. En admettant l'opposition les tribunaux ont à prononcer sur les dépens du procès. En la rejetant ils ont tout à la fois à prononcer et sur les dépens et sur les dommages et intérêts que peut réclamer le demandeur en main-levée.

Dans les deux cas l'on doit distinguer si l'opposition émane d'un ascendant ou de toute autre personne.

Si elle a été faite par un ascendant, fût-elle rejetée, il n'y a pas lieu de prononcer de dommages et intérêts.

La loi l'a ainsi voulu et par de sages motifs.

Art. 179. « Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des » dommages et intérêts. »

L'exception établie pour les ascendants a été empruntée par analogie du droit romain qui excusait l'erreur de la mère lorsqu'elle succombait dans une accusation du meurtre de son fils.

Mater inter eas personnas est quæ sine calumniæ timore necem filii sui vindicare possunt. L. 2, C. de calumniator. Ni dans l'ancien droit ni dans la loi du 20 novembre 1792 on ne trouvait de disposition formelle qui affranchît les ascendants de tous dommages et intérêts lorsqu'ils succombaient dans une opposition à mariage. La question des dommages et intérêts était abandonnée à la prudence des magistrats qui rarement en prononçaient.

Il était digne de nos législateurs de ne rien laisser à l'arbitraire et de consacrer ainsi le respect dû aux ascendants même dans leurs erreurs.

Les considérations les plus vraies ont déterminé l'exception.

« Les pères et les aïeuls sont toujours magistrats dans » leurs familles. Lors même que devant leurs enfants ils ne » paraissent se montrer que comme parties dans les tribu- » naux, leur tendresse présumée pour eux écarte tout soup- » çon de mauvaise foi et elle fait excuser leur erreur : après » la majorité accomplie de leurs enfants l'autorité du père » finit ; mais leur amour, leur sollicitude ne finit pas. »

» Pourrait-on punir par des dommages et intérêts un père qui a espéré ramener son enfant par des conseils salutaires, et voulu laisser agir le temps, un père déjà trop malheureux des espérances qu'il avait conçues et du peu d'effet qu'ont obtenu les sages lenteurs sur lesquelles il fondait ses espérances, la conscience et le cœur d'un bon père qu'il ne faut pas indiscrètement forcer (1)? »

Les mêmes considérations doivent faire affranchir les ascendants d'une condamnation aux dépens de l'instance. Car les dépens ne sont autre chose que des dommages-intérêts; ils sont accordés à la partie qui gagne comme indemnité des frais qu'elle a été obligée de faire pour obtenir justice (V. l'article 130 du Code de procédure).

La loi, d'ailleurs, laisse aux juges, en toute matière, la faculté de compenser les dépens entre les ascendants, les descendants, les frères et sœurs ou alliés au même degré (V. l'art. 131 du Code de procédure).

Or c'est surtout dans une instance sur une opposition à mariage formée par un ascendant qu'ils devront user de cette faculté, parce que l'ascendant est présumé n'avoir été mu dans sa résistance, que par un sentiment respectable de sollicitude. C'est ce qu'ont jugé les Cours d'Amiens et de Caen les 15 février 1806 et 10 décembre 1819 (2).

Les mêmes motifs ne s'appliquent pas aux parents collatéraux. Ils peuvent être animés par une injuste passion ou par un caprice répréhensible. S'ils succombent dans leur opposition, ils devront être condamnés à des dommages et intérêts et aux dépens.

Mais les dommages et intérêts ne seront pas arbitraires. Le juge les proportionnera au préjudice réel causé par l'opposition. Il se fixera scrupuleusement, pour les évaluer, sur la règle écrite dans l'art. 1149 du Code civil. La qualité de

(1) Portalis, Exposé des motifs; Locré, Esprit du Code civ. sur l'article 179.

(2) Dalioz aîne, t. 10, p. 35.

l'opposant, les motifs qui l'ont dirigé, toutes les circonstances de la cause seront aussi considérées et combinées par le magistrat, et serviront à le rendre plus ou moins sévère dans l'appréciation des dommages et interêts (1).

L'arrêt du 13 thermidor an 11, rendu par la Cour de Bruxelles, et que nous avons cité plus haut, en rejetant l'opposition formée pour cause de démence par plusieurs collatéraux, les a condamnés solidairement aux dépens.

Cette condamnation solidaire ne paraît pas légale.

En matière civile, les dépens sont personnels; ils ne peuvent être prononcés solidairement contre des parties non solidaires, quoiqu'elles aient le même intérêt, pour un cas auquel la loi n'a pas expressément établi la solidarité de leur condamnation. Telle est la règle générale; et cette règle a été consacrée par beaucoup d'arrêts. Nous nous bornerons à en citer trois de la Cour de cassation, le premier du 21 messidor an 4, le second du 13 mai 1811, le troisième du 21 juillet 1814 (2).

La condamnation solidaire aux dépens ne pourrait être prononcée que s'il s'agissait d'un délit dont la réparation serait demandée par la voie civile, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation le 6 septembre 1813 (3).

Mais pourquoi dans ce cas?

Parce que tous les auteurs ou complices d'un même crime ou délit sont solidairement responsables du préjudice qu'ils ont causé, et que les dépens qui sont l'accessoire des condamnations doivent avoir le même privilége; c'est d'ailleurs ce que déclare formellement l'article 55 du Code pénal.

Cette doctrine n'est pas applicable à une opposition à ma-

(1) Voir sur l'article 179, Proudhon, t. 1, p. 243: Duranton, t. 2, nº 216; Vazeilles, t. 1, nº 176; Locré, Esprit du C. civ.; Merlin, Répertoire sur cet art., vº *Opposition*.

(2) Les voir dans le Journal de Denevers, vol. de 1791, à l'an 12, p. 82; de 1811, p. 282; de 1814, p. 640.

(3) Journal de Denev, vol. de 1813, p. 334.

riage. Un tel acte ne constitue pas un délit. L'action qui en naît ne peut être que civile. Il ne peut donc pas y avoir de condamnation solidaire ni pour les dommages et intérêts ni pour les dépens.

TITRE III.

DES FORMALITÉS ET DE LA PREUVE DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

308. *Formalités et preuves du mariage soit en France, soit à l'étranger.*

Division.

308. « Les familles sont la pépinière de l'État, et c'est » le mariage qui forme les familles; de là les règles et les » solennités du mariage ont toujours occupé une place dis- » tinguée dans la législation de tous les peuples policés (1).»

Les législateurs ont reconnu la nécessité de garantir la sûreté des mariages par des précautions légales, par des solennités qui ne permissent pas de les confondre avec ces unions passagères et fugitives que le plaisir produit et qui finissent avec le plaisir, qui compromettent les mœurs et qui entraînent des désordres de toute espèce.

Ces considérations les ont déterminés à établir des formalités capables de donner aux mariages la plus grande publicité et d'en fixer la certitude; et comme les mariages pourraient être célébrés soit à l'étranger soit en France, les règles ont dû se partager en deux classes : l'une relative aux mariages célébrés en France, l'autre applicable aux unions contractées à l'étranger.

(1) Portalis, Exposé des motifs.

Ces deux classes seront l'objet de deux chapitres différents.

Un troisième chapitre sera consacré aux preuves du mariage.

CHAPITRE Ier.

Des mariages célébrés en France.

SOMMAIRE.

309. *Formalités des mariages en France.*
310. *Division.*

309. Quel que soit le lieu de la célébration du mariage, il est nécessaire que le projet en soit connu quelque temps avant son exécution, afin de prévenir les erreurs, les surprises ; afin que les obstacles qui s'y opposeraient puissent surgir ; afin que les empêchements autorisés par la loi puissent être connus.

Il n'aurait donc pas suffi que des formalités solennelles consacrassent l'union ; il fallait encore que des formalités préparatoires l'annonçassent au public et à toutes les personnes intéressées.

Il était aussi indispensable de déterminer le lieu dans lequel devraient être principalement remplies ces diverses formalités.

Le lieu où chacun des futurs conjoints était domicilié devait naturellement attirer l'attention du législateur comme étant celui où ils avaient eu le plus de rapports, où leurs habitudes, leur mode d'existence, leur état physique et moral devaient être le plus connus, où les événements même de leur vie passée pouvaient être le moins ignorés.

Mais si la résidence actuelle était récente, les renseignements désirés n'y seraient pas obtenus, les annonces qui y

seraient faites deviendraient inutiles et le but de la loi serait manqué.

La prévision de ces inconvénients obligeait de poser des règles sur le domicile par rapport au mariage.

310. Ainsi la loi sur le mariage a dû déterminer comment s'établirait par rapport à ce contrat le domicile des futurs conjoints?

Quelles seraient les formalités qui précéderaient l'acte?

Quelles seraient celles qui l'accompagneraient?

Ce chapitre doit donc se diviser en trois sections pour l'examen de ses trois principaux objets.

Dans une quatrième section, nous traiterons des mariages des militaires.

Section Ire.

Du domicile par rapport au mariage.

SOMMAIRE.

311. *Du domicile quant au mariage.*
312. *Ancien droit.*
313. *Droit actuel.*
314. *Droit intermédiaire.*
315. *Le domicile pour le mariage s'établit par six mois de résidence.*
316. *Pour les mineurs, c'est celui de leur tuteur.*
317. *Il en est de même pour les interdits.*
318. *Peut-on célébrer le mariage au domicile réel comme à l'exceptionnel? Controverse.*
319. Quid *si le domicile réel avait été abandonné légalement et que le nouveau fût trop récent?*
320. Quid *si le domicile primitif ou réel n'a pas été légalement abandonné, et que la résidence dans aucun lieu n'ait duré six mois?*

311. Six mois de résidence non interrompue dans le même lieu constituent le domicile quant au mariage. C'est ce que déclare l'article 74 du Code civil :

Art. 74. « Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune (1).

312. Cette disposition est empruntée de l'Édit de mars 1697 par lequel il était défendu à tous curés, « de conjoindre en » mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais » paroissiens, demeurant actuellement et publiquement » dans leurs paroisses depuis *au moins six mois*, à l'égard » de ceux qui demeuraient auparavant dans une autre pa- » roisse de la même ville ou du même diocèse ; ou depuis un » an, pour ceux qui demeuraient dans un autre diocèse. »

On voit que l'Édit exigeait une résidence d'un an, au moins, pour ceux dont la résidence antérieure était dans un autre diocèse.

313. Le Code civil ne fait pas cette distinction. Quelque éloigné du dernier domicile que soit le domicile antérieur, la loi actuelle n'exige qu'un séjour de six mois dans la nouvelle résidence.

314. Déjà cette modification avait été faite par la loi du 20 septembre 1792 qui réduisait aussi à six mois pour tous les cas la prolongation de l'habitation dans le même lieu pour fixer le domicile quant au mariage (2).

315. Le domicile exigé pour le mariage peut ne pas être le domicile réel. Il s'acquiert par la simple résidence dans une commune sans qu'il soit besoin d'y fixer son principal établissement comme la loi le veut pour le domicile réel. (V. art. 103, C. c.) On peut donc avoir son domicile réel ou légal dans un lieu, et son domicile pour le mariage dans un autre lieu.

Pour obtenir ce dernier domicile, quand on change de résidence, il n'est pas nécessaire de faire une déclaration ex-

(1) Le Code des Deux-Siciles n'exige que trois mois de domicile pour le mariage.

(2) Loi du 20 sept. 1792, titre 4, section 2, art. 3.

presse de changement de domicile soit dans le lieu que l'on quitte soit dans celui où l'on va demeurer.

Il suffit d'habiter pendant le délai de 6 mois la commune où l'on veut acquérir ce nouveau domicile (1).

316. Ce domicile exceptionnel ne s'applique pas au mineur non émancipé. Car celui-ci n'a d'autre domicile que celui de ses père et mère ou de son tuteur (V. l'art. 108 du Code civil).

Telle était aussi la règle dans l'ancien droit. L'Édit de mars 1697 déclarait que le domicile des fils et filles de famille, mineurs de 25 ans, était celui de leurs pères, mères, ou de leurs tuteurs ou curateurs après la mort desdits pères et mères. Mais cet Édit exigeait une mesure fort sage pour le cas où ces mineurs avaient un autre domicile de fait. Il ordonnait que les bans du mariage fussent publiés tout à la fois dans les paroisses où demeuraient les mineurs et dans celles de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs (2).

La loi du 20 septembre 1792, sans s'expliquer positivement sur le lieu du domicile des mineurs relativement au mariage, le considérait comme étant celui de leurs pères et mères ou de la tutelle. Car c'était dans ces lieux-là, seulement qu'il ordonnait de faire les publications préalables.

Le Code civil ne contient à cet égard d'autres dispositions spéciales que l'art. 168 qui veut que, si les parties contractantes ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications qui, d'après les articles précédents, doivent être faites à leur domicile, le soient aussi au domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

Mais cet art. 168 ne s'applique qu'aux mineurs émancipés et aux enfants mâles qui, quoique majeurs de 21 ans, étant âgés de moins de 25 ans, sont quant au mariage sous la puissance de leurs ascendants sans le consentement desquels

(1) V. l'Esprit du Code civil de Locré, sur l'art. 74.
(2) Pothier, du *Mariage*, nº 357.

ils ne peuvent se marier. Il est étranger, d'ailleurs, aux mineurs de 21 ans qui, n'étant pas émancipés, ne peuvent avoir d'autre domicile que celui de leurs pères, mères ou tuteurs, suivant la règle écrite dans l'art. 108 du Code.

Aussi les auteurs qui ont examiné la question s'accordent-ils à reconnaître que les mineurs non émancipés n'ont pas, relativement au mariage et quel que soit le lieu de leur habitation, de domicile différent de celui de leurs père, mère et tuteurs. On ne peut considérer comme un vrai domicile le lieu d'une résidence temporaire dans un pensionnat, dans un collége ou pour un apprentissage. Telle serait cependant la conséquence de l'application littérale de l'article 74 du Code.

Mais si les mineurs ne peuvent être considérés comme acquérant un domicile pour le mariage par six mois de résidence personnelle, ils peuvent jouir de l'avantage de ce domicile d'exception par l'habitation, pendant six mois, de leurs pères, mères ou tuteurs dans un autre lieu que leur domicile réel. C'est une conséquence de ce que nous venons de dire, que le pupille est censé habiter avec ceux qui administrent sa personne et ses biens (1).

317. Les interdits n'ayant pas d'autre domicile que celui de leur tuteur (Code civil, art. 108), on doit leur appliquer tout ce que nous avons dit sur les mineurs.

318. La loi, en établissant pour la célébration du mariage un domicile exceptionnel, ne prive-t-elle pas les contractants du droit de le célébrer à leur domicile réel? Est-ce une faculté qu'elle accorde ou une obligation qu'elle impose?

La difficulté fut soulevée au Conseil d'Etat dans le procès-verbal de la séance du 24 vendémiaire an 10.

M. Tronchet répondit « qu'on ne perdait pas le droit de

(1) V. Dalloz aîné, Jurisprudence générale, t. 10, p. 72, no 4; Vazeilles, du *Mariage*, t. 1, n° 180; Duranton, t. 2, n° 225. Ce dernier auteur termine sa dissertation par une phrase obscure qui paraît contradictoire avec ce qui précède.

célébrer son mariage dans son propre domicile pour avoir acquis celui de le célébrer ailleurs ;

» Que d'ailleurs, la disposition qui permet de célébrer le mariage dans le lieu de sa résidence, n'est qu'une exception à la règle générale, à celle qui détermine le domicile et ses effets, et que, si cette faculté n'était qu'une exception, elle confirmait la règle loin de la détruire. »

On opposa que cette double faculté pourrait contrarier l'esprit de la loi ; qu'elle pourrait nuire à la publicité du mariage, publicité que la loi s'était proposé d'assurer afin de donner aux personnes intéressées le droit d'y former opposition ; que cette publicité n'existait réellement que là où le mariage était célébré et qu'elle était plus grande lorsque la célébration était faite dans le lieu de la résidence.

Il fut répondu que le domicile d'un homme était toujours plus certain et plus connu que le lieu de sa résidence ; que d'ailleurs la publicité de la célébration contribuerait peu à la publicité du mariage, cette publicité n'existant plus par le fait puisqu'on peut se présenter devant l'officier public à toutes les heures.

La discussion resta dans ces termes et la question ne fut pas résolue.

M. Maleville, dans son analyse du Code civil sur l'article 167, dit que la solution fut renvoyée au titre des actes de l'état civil où elle ne se reproduisit pas et où l'on se borna à déclarer que six mois de résidence suffiraient pour établir le domicile quant au mariage.

En conséquence, M. Maleville pense que ce serait s'écarter de la loi que de faire célébrer son mariage dans le domicile que l'on aurait perdu plutôt que dans le lieu où l'on aurait acquis un domicile par six mois d'habitation.

M. Duranton partage cet avis. Il fait remarquer que dans un système opposé, le mariage pourrait être célébré indifféremment dans quatre communes distinctes, puisque chacun

des futurs conjoints pourrait avoir un domicile de six mois de résidence et un domicile réel (1).

MM. Toullier, Merlin et Vazeilles considèrent le droit de célébrer le mariage au domicile réel comme ayant été reconnu lors de la discussion du projet de loi : ils attribuent l'option aux futurs conjoints (2).

La question, on doit le reconnaître, est très-douteuse.

En raisonnant par analogie et par interprétation, on pourrait adopter l'opinion de MM. Toullier, Merlin et Vazeilles. Car sous la loi du 20 septembre 1792, le mariage pouvait être célébré indistinctement au lieu du domicile réel ou à celui de la résidence pendant les six derniers mois, quoique le texte de la loi de 1792 fût conforme à celui du Code civil (V. l'art. 2, section 2, titre 4 de cette loi).

Mais l'insuffisance et l'obscurité du texte avait été corrigée par un décret du 24 germinal an 2, qui déclara que l'esprit de la loi ne saurait être d'empêcher que « l'acte de » mariage ne soit reçu dans le domicile actuel de l'une des » parties qui veulent se marier, pourvu qu'elles aient rempli » les formalités de la publication des promesses dans le der- » nier domicile où les parties contractantes ont demeuré au » moins six mois. »

Les termes du décret décidaient la question. Il ne fut rendu que parce qu'il fut jugé nécessaire soit pour fixer, soit pour étendre le sens de la loi.

Comment se fait-il que les législateurs du Code civil aient négligé d'ajouter à la règle imparfaite qu'ils avaient d'abord émise, une disposition supplémentaire dont la discussion même leur avait signalé l'importance? Et si cette disposition additionnelle manque, n'est-on pas autorisé à penser que c'est parce qu'ils n'ont pas eu l'intention d'adopter le principe?

(1) Duranton, t. 2, nº 223.

(2) V. Toullier, t. 1, nº 515; Merlin, v. *Domicile*; Vazeilles, t. 1, nº 179.

Dans le doute, il est dangereux de se décider par des exemples, par des analogies. Il est sage, au contraire, de s'en tenir à la loi, *non exemplis sed legibus judicandum*. Au reste, telle était la règle sous l'Édit de 1697 qui était conforme au texte pur et absolu de l'article 74 du Code civil. Et il est permis de croire que nos législateurs ont préféré l'ancienne jurisprudence à la modification qu'y avait apportée le décret du 24 germinal an 2 (1).

Nous pensons donc que c'est seulement au lieu de la dernière résidence de l'un des conjoints que le mariage doit être célébré, pourvu que cette résidence ait été *continuée* pendant six mois.

Nous disons pourvu qu'elle ait été *continuée* pendant le temps fixé.

Car l'éloignement du domicile réel, même pendant plusieurs années, la résidence pendant cet intervalle dans divers lieux, sans qu'elle se fût prolongée dans le dernier durant six mois entiers et continus, n'établirait pas un nouveau domicile pour le mariage. L'ancien seul subsisterait et devrait être choisi soit pour les publications, soit pour la célébration du mariage. Il est en effet de principe élémentaire que le domicile réel primitif subsiste tant qu'il n'a pas été changé (V. Locré, Esprit du Code civil, sur le titre du domicile, *Notions générales)*.

Nous ne pouvons adopter l'avis de Duranton qui, posant le cas d'une longue absence telle que celle d'un colporteur, pense qu'il devrait acquérir une résidence de six mois dans une commune quelconque pour y célébrer son mariage, si l'autre partie n'avait pas elle-même cette résidence. Duranton se fonde sur un décret du 4e jour complémentaire an 13, qui exige cette résidence de six mois pour les militaires.

Nous ferons connaître ce décret dans le quatrième para-

(1) V. pour l'ancien droit Pothier, nº 355, et le nouveau Denizart au mot *Mariage*.

graphe de ce chapitre en nous occupant des mariages des militaires.

Mais nous dirons, dès à présent, que ce décret, qui n'est relatif qu'à une seule classe de citoyens, qui a été commandé par la position particulière des hommes de cette classe, et qui a pour but de prévenir leur trop grande facilité à contracter des unions peu convenables et quelquefois trompeuses même de leur part ; que ce décret de discipline purement militaire ne peut ni d'après ses termes ni d'après son esprit s'appliquer à toute autre personne ; qu'il n'est pas permis, en droit, d'étendre les prohibitions d'une personne à une autre ; que si le chef de l'empire eût eu l'intention de généraliser la mesure administrative qu'il a prise pour cet acte de l'an 13, il l'eût fait par un règlement général pour tous les Français et non par un règlement spécial pour l'armée ; qu'ainsi quelque *Girovague*, pour employer l'expression de Duranton, qu'ait été tout autre qu'un militaire, tant qu'il n'a pas acquis un autre domicile, ou par une résidence continue de six mois dans une commune quelconque, ou en y plaçant son principal établissement, il est de plein droit réputé avoir conservé son ancien domicile, son domicile de naissance même s'il n'en a jamais acquis d'autre et que, par conséquent, son mariage peut être célébré au lieu de ce domicile d'origine.

319. Qu'arriverait-il si l'ancien domicile avait été légalement abandonné depuis moins de six mois et qu'un nouveau domicile eût été pris ? Si, par exemple, ce changement de domicile s'était opéré dans les formes voulues par les articles 103 et 104 du Code qui exigent tout à la fois et le fait de l'habitation réelle dans un autre lieu et une déclaration expresse faite tant à la municipalité du lieu que l'on quitte qu'à celle du lieu où l'on sera venu habiter ?

Dans ce cas, le nouveau domicile n'aurait pas la durée nécessaire, l'ancien n'existerait plus. Le mariage ne pourrait donc être célébré ni dans l'une ni dans l'autre commune.

Alors, comme le fait observer Duranton, il serait indispensable de le contracter devant l'officier de l'État civil du dernier domicile de l'autre conjoint (1).

Cette faculté fera disparaître l'inconvénient qui résulterait, dans le cas prévu, des dispositions de l'article 74.

Les observations que nous venons de faire s'appliquent aux mineurs non émancipés et aux interdits, dont le domicile est celui de leurs pères, mères, tuteurs, et se trouve par conséquent soumis à tous les changements qu'y opère la volonté des administrateurs de ces mineurs et interdits.

320. Il peut se présenter un cas duquel naîtrait une question qui ne serait pas sans difficulté.

Si, après avoir résidé pendant plus de six mois dans un lieu sans cependant y avoir établi son domicile réel, on quittait cette résidence non pour aller habiter le lieu de son domicile primitif mais une autre commune, et si cette nouvelle résidence ne s'était pas prolongée pendant six mois, à quelle municipalité devrait être célébré le mariage?

Il ne pourrait l'être à celle de la dernière résidence, puisque le temps prescrit par la loi ne se serait pas écoulé.

Il ne devrait pas l'être davantage à la résidence abandonnée, puisqu'elle n'offrirait ni le domicile de fait, ni le domicile réel.

Ce serait donc au domicile primitif que la célébration pourrait être faite; là elle serait valable puisque ce domicile primitif n'aurait jamais été abandonné en *droit*, puisqu'en fait même et dans l'intention du futur conjoint il n'aurait pas été détruit par une habitation temporaire seulement et accidentelle dans un lieu où il n'avait jamais manifesté la volonté de se fixer. Le dernier cas serait semblable à celui sur lequel nous avons disserté ci-dessus, page 343, et la solution devrait être la même. Car il n'y aurait pas de motif pour considérer comme privé de tout domicile pour le mariage

(1) Duranton, t. 2, nº 220.

celui qui n'aurait jamais opéré, dans la forme légale, le changement de son domicile d'origine, et qui ne serait saisi d'aucun domicile spécial pour le mariage. Là où manque le domicile spécial et de circonstance, il est régulier, il est juste qu'on ait recours au domicile général où est réputé se trouver toujours le siége principal des affaires et auquel la loi veut que l'on adresse tous les actes qui sont relatifs aux intérêts de la personne.

M. Duranton est d'avis, dans le cas que nous venons d'examiner, qu'il faut que l'on acquière une nouvelle résidence de six mois soit à son domicile réel, soit ailleurs (1).

C'est, il semble, se montrer plus exigeant que la loi elle-même. Car si l'article 74 déclare que six mois de résidence continue suffisent pour établir le domicile quant au mariage, il n'interdit cependant pas le mariage immédiatement à celui qui ne peut justifier de cette sorte de domicile. C'est une faculté qu'il donne plutôt qu'une condition qu'il prescrit. Il veut seulement que le mariage soit célébré dans la commune du domicile de l'un des deux époux.

A défaut de domicile de résidence célébrer le mariage au domicile réel, c'est fidèlement observer l'esprit comme la lettre de la loi, puisque le domicile réel est un vrai domicile dans l'acception légal du mot ; soumettre un des futurs à un délai de six mois pour acquérir une résidence, cela pourrait gravement compromettre sès intérêts et ses affections en causant la rupture du projet de mariage.

Section II.

Des formalités qui doivent précéder l'acte de mariage.

PUBLICATIONS.

SOMMAIRE.

321. *But des publications.*

(1) Duranton, t. 2, nº 226. 4.

322. *Leur usage dans l'ancien droit, par qui faites et en quel lieu?*
323. Quid *sous la loi de* 1792?
324. *Droit actuel. — Division.*

321. Un mariage n'est pas seulement l'affaire « des deux » individus qui le contractent, il intéresse et leurs familles » et la société ; il est susceptible d'opposition et d'empêche- » ments ; il doit emporter une possession publique de l'état » d'époux ; il faut donc qu'il soit connu ; il faut donc qu'il » le soit avant même d'être contracté, afin que s'il souffre » des obstacles légitimes ils aient leur effet (1). »

De là vient la nécessité d'avertir le public et toutes les personnes qui pourraient être intéressées au mariage, par des formalités qui puissent à l'avance en faire connaître le projet.

Les publications ont ce but ; et pour qu'il fût plus sûrement rempli, on les a soumises à des formes, à des conditions, à des énonciations propres à ne laisser dans les esprits aucune incertitude sur les personnes qui ont conçu le projet de s'unir.

322. L'usage des publications est fort ancien. On les appelait autrefois *Bans*, du vieux mot allemand *Bann*, dont la signification primitive était *publication*, mais qui a signifié ensuite *bannissement*, parce que le bannissement se faisait à son de trompe.

Il est fait mention des bans dans l'épître décrétale du pape Innocent III à l'évêque de Beauvais, vers le commencement du XIII^e^ siècle ; et l'on en parle comme d'une ancienne coutume dans l'Église de France : *Secundùm consuetudinem ecclesiæ gallicanæ*.

Innocent III ordonna l'observation de cet usage dans toute l'Eglise. *Cap. cum inhibitio* ext. de Cland. Despons (2).

Le Concile de Trente renouvela l'ordonnance du Concile

(1) Discours du tribun Siméon, Esprit du Code civil sur l'art. 63 du Code.

(2) V. Pothier, *du Mariage*, no 67.

de Latran, et cet usage a reçu la force de la loi. En France, par l'ordonnance de Blois, d'Henri III, de mai 1579, dont l'article 40 porte : « Pour obvier aux abus qui adviennent » des mariages clandestins, avons ordonné que nos sujets » ne pourront valablement contracter mariage sans pro- » clamations précédentes de bans, faites par trois divers » jours de fête, avec intervalle compétent. »

Ces bans étaient publiés tant les dimanches que les autres jours fêtés par l'Église et par le peuple.

Ils devaient l'être à trois jours différents dans l'église paroissiale de chacune des parties, c'est-à-dire, dans celle de leur résidence ordinaire, de leur domicile de fait, lors même que ce lieu n'aurait pas été celui de leur domicile légal (V. l'Édit de mars 1697).

Si la nouvelle résidence dans une autre paroisse, quoique dans le même diocèse, n'avait pas eu six mois de durée, les bans devaient être publiés soit dans la paroisse de la nouvelle demeure soit dans la paroisse que l'on avait quittée.

S'il y avait eu changement de diocèse et depuis moins d'un an, il fallait aussi une double publication et dans la paroisse du nonveau domicile et dans celle de l'ancien.

Lorsque les parties étaient mineures, la publication devait en outre être faite dans les paroisses de la demeure de ceux sous la puissance desquels la loi les avait placées.

La publication était faite par le curé de la paroisse ou par le vicaire qui était censé avoir la permission du curé lui-même pour célébrer le mariage, ou par tout autre prêtre commis par le curé. A toute autre personne, soit prêtre, soit officiers de justice ou huissier, il était défendu de publier des bans même sur le refus du curé.

C'était au prône de la messe de paroisse *intrà missarum solemnia*, que les bans devaient se publier. Pendant un autre office ils n'eussent pas été réguliers.

Les publications devaient énoncer les noms, surnoms, qua-

lités et demeures des parties et ceux de leurs pères et mères, de manière à les faire facilement connaître au public (1).

323. En cessant d'être chargés de la tenue des actes de l'État civil les ministres du culte ont été aussi privés du soin des publications de mariage.

La loi du 20 septembre 1792 les confia à des officiers publics que choisissait le Conseil général de la commune parmi ses membres et qui, en cas d'absence ou d'empêchement légitime, étaient remplacés par le maire ou par un officier municipal ou par un autre membre du Conseil.

Les fonctions d'officier de l'État civil, qui étaient attribuées par la loi de 1792 à un fonctionnaire spécial, furent déférées plus tard aux agents municipaux et à leurs adjoints dans les communes d'une population inférieure à cinq mille habitants, et aux officiers municipaux dans celles d'une population supérieure (2).

Dans la suite par le décret du 28 pluviôse an 8, elles furent confiées aux maires et adjoints (3).

Sous la loi de 1792 une seule publication était nécessaire.

Elle avait lieu au domicile actuel de chacune des parties lorsqu'elles étaient majeures et que leur habitation s'était prolongée pendant six mois.

Si les parties étaient mineures le mariage était publié dans celui des père et mère, ou, lorsque ceux-ci étaient morts ou interdits, dans le lieu où se tenait l'assemblée de famille requise pour le mariage des mineurs.

L'acte de publication devait être fait le dimanche à l'heure de midi devant la porte principale de la maison commune, par l'officier public. Il fallait y faire mention des noms, prénoms, professions et domiciles des futurs époux et de ceux de leurs pères et mères. Un extrait de cet acte était affiché à la porte de la maison commune.

(1) V. Pothier, du *Mariage*; d'Héricourt, Lois ecclésiastiques.
(2) Constitution du 1er vendémiaire an 4.
(3) Art. 12 et 13 de ce décret.

Le mariage ne pouvait être célébré que huit jours après la publication (1).

La suppression du culte fit modifier la loi de 1792 par celle du 25 vendémiaire an 2, qui permit de faire la publication tous les jours de la décade indistinctivement, et de célébrer le mariage le troisième jour qui suivrait cette publication.

Une modification fut faite par la loi du 13 fructidor an VI, dont l'article prescrit de ne célébrer le mariage que le décadi, au chef-lieu du canton, et qui charge le président de chaque administration municipale de canton ou celui qui le remplacera de faire les fonctions d'officier civil quant à la célébration des mariages.

Cette dernière règle a été observée jusqu'à la publication du décret du 28 pluviôse an 8 qui a supprimé les municipalités de canton, et les a remplacées par un maire et par un ou plusieurs adjoints par commune.

324. En nous fixant sur les dispositions du Code civil relativement aux publications nous aurons à examiner :

1° Par qui elles doivent être faites, dans quelle commune et en quel lieu ?

2° En quel nombre et en quelle forme elles doivent avoir lieu ?

3° Comment elles sont constatées et quels en sont les effets ?

---

§ 1er.

Par qui, dans quelles communes et en quel lieu doivent être faites les publications.

SOMMAIRE.

325. *Jours où doivent être faites les publications et par qui ?*
326. *Lieux où elles doivent être faites.*

(1) V. la section 2 du titre 4 de la loi du 20 septembre 1792.

327. Quid *pour les mineurs ou les interdits ?*
328. Quid *si la même commune est divisée en plusieurs municipalités?*
329. *Pendant combien de temps y a-t-il lieu à publication au domicile légal comme à la résidence ?*
330. *Est-elle nécessaire aux domiciles de ceux sous la puissance desquels sont les futurs époux ?*

325. C'est dans les articles 63, 166, 167 et 168 du Code civil que sont désignés les fonctionnaires chargés de faire les publications ainsi que les communes et les lieux où elles doivent être faites.

D'après l'article 63 : « Avant la célébration du mariage » *l'officier* de l'État civil fera deux publications à huit jours » d'intervalle, un *jour de dimanche*, *devant la porte de la* » *maison commune* (1). » Art. 63.

Ainsi c'est l'officier de l'État civil de la commune qui est chargé de cette publication.

Mais avant de livrer ainsi à la publicité le projet de mariage qu'on lui annonce, doit-il prendre quelque précaution pour s'assurer de la réalité du projet?

Le Code ne lui en prescrit aucune ; il ne résulte cependant pas du silence de la loi que l'officier public doive se livrer aveuglément à la discrétion de toute personne qui s'adresserait à lui pour publier un projet de mariage.

Dans l'ancien droit, la déclaration du 26 novembre 1639 voulait que le curé de chacune des parties contractantes se

(1) Suivant le Code des Deux-Siciles, les publications doivent être affichées pendant 15 jours, de dimanche en dimanche, et le mariage peut être célébré le quatrième jour au plutôt après le dernier jour des publications (art. 68). C'est l'officier de l'Etat civil qui le célèbre.

En Autriche, il n'y a pas de règle dans la loi civile pour les publications ou les actes de mariage, parce que l'Etat civil est confié aux ministres du culte dans chaque religion.

Dans la Prusse, la tenue des registres de l'Etat civil, même les publications, sont confiées aux ministres des cultes (art. 481).

En Hollande, c'est à l'officier de l'Etat civil (art. 105-107).

Dans le royaume de Sardaigne, on suit le droit canonique pour les mariages. (Art. 168.)

fît représenter le consentement des père, mère, tuteur ou curateur, si les parties étaient enfants de famille ou en la puissance d'autrui (1).

Quoique le droit actuel n'ait pas établi expressément la même règle, la prudence doit dicter à l'officier public une mesure semblable. Il doit surtout s'assurer du consentement mutuel des deux futurs époux; car ce serait un affligeant scandale pour une famille qu'à son insu, que dans l'ignorance même de l'une des personnes indiquées comme futurs époux, une publication solennelle annonçât un mariage qui n'aurait peut-être jamais été projeté.

L'officier public serait autorisé à refuser la publication si on ne lui produisait aucune preuve des divers consentements nécessaires pour le mariage.

C'est devant la porte de la maison commune et un jour de dimanche, dit l'article 63, que les publications doivent être faites.

On s'était demandé au Conseil d'Etat, s'il était nécessaire de fixer un jour déterminé pour les publications.

On avait fait observer qu'en laissant aux parties le choix du jour, on leur épargnerait le temps qu'ajoute souvent au délai la nécessité d'attendre le jour fixé.

On pouvait craindre que si le jour n'était pas libre on ne fît consacrer son mariage par les ministres de la religion, et l'on ne différât ensuite de le consacrer devant l'officier public. « La religion, disait le premier Consul, a aussi ses lois sur les » publications; si la loi civile sur le même objet la contredit, » l'exécution de la loi civile sera différée (2). »

Mais on a considéré que le jour de la publication n'était pas indifférent, et qu'il fallait le déterminer, afin que ceux qui y ont intérêt pussent aller entendre les publications.

Que si, suivant le principe religieux, le sacrement bénit

(1) Pothier, *du Mariage*, nº 76.

(2) Nous verrons plus bas qu'une loi a paré à cet inconvénient. Vazeilles, 1. 248; v. aussi l'art. 54 de la loi du 18 germinal an 10.

le mariage, le contrat civil est tellement la matière du sacrement, que le sacrement ne peut pas être administré s'il n'y a pas de contrat civil.

Que la loi devait d'abord former le contrat. Car si le sacrement pouvait être reçu d'abord, et qu'ensuite le contrat ne fût pas formé, les enfants ne seraient que des bâtards ;

Qu'on pouvait, au surplus, ordonner qu'aucun culte ne pourrait appliquer au mariage les cérémonies de son rite avant qu'on lui eût justifié que le contrat civil avait été formé suivant la loi (1).

Cette dissertation, qui avait lieu le 14 fructidor an 9, fit adopter la règle proposée.

Elle prépara aussi les mesures qui ont été prises depuis pour empêcher la consécration du mariage par les ministres de toute religion, avant que le contrat civil eût été légalement formé. L'art. 54 de la loi du 18 germinal an 10, relative à l'organisation des cultes, défendit à leurs ministres de procéder aux cérémonies religieuses sans qu'on lui eût justifié de la célébration du mariage civil.

Depuis, le Code pénal, promulgué le 22 février 1810, a prononcé contre le ministre d'un culte qui procéderait au mariage religieux sans qu'on lui eût justifié d'un acte de mariage reçu par l'officier de l'État civil, la peine d'une amende de 16 à 100 fr. pour la première fois, celle d'un emprisonnement de deux à cinq ans pour la première récidive, et de la détention pour la seconde (2).

En fixant un jour pour les publications de mariage, il était convenable de choisir le dimanche comme étant celui où les citoyens se réunissent le plus et où l'on peut obtenir une plus grande publicité.

326. Pour que ce but fût rempli, il fallait aussi désigner le lieu où les publications seraient faites dans chaque localité.

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 63, nº 4.
(2) Code pénal, art. 199 et 200.

Ce lieu devait être naturellement la maison commune. Mais s'il n'en existe pas, où les fera-t-on ?

Il y aura nécessairement un local qui en tiendra lieu, où le conseil municipal se réunira ordinairement, où seront déposées les archives de la mairie. C'est devant ce local qu'on procédera aux publications et affiches.

La maison commune a été désignée dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat; elle devait l'être comme étant celle où le principal fonctionnaire de la commune exerce ses fonctions, et comme étant, sans doute, le point le plus fréquent de réunion (1).

Mais dans quelles communes les publications sont-elles nécessaires ?

Les articles 166, 167 et 168 du Code civil répondent à cette question.

Art. 166. « Les deux publications ordonnées par l'article 63, au » titre des actes de l'État civil, seront faites à la municipa- » lité du lieu où chacune des parties contractantes aura son » domicile. »

Art. 167. « Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par » six mois de résidence, les publications seront faites, en » outre, à la municipalité du dernier domicile. »

Art. 168. 327. « Si les parties contractantes ou l'une d'elles sont » relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les » publications seront encore faites à la municipalité du do- » micile de ceux sous la puissance desquels elles se trou- » vent. »

Ces articles ne sont pas conformes à l'ancien droit qui admettait comme domicile pour le mariage la résidence actuelle quoiqu'elle ne remontât pas à six mois, et qui, dans ce dernier cas, exigeait seulement que la publication fût faite aussi au domicile antérieur.

L'article 167, combiné avec l'article 74, ne reconnaît

(1) V. Locré, de l'Esprit du Code civil sur l'art. 74.

comme domicile pour le mariage qu'une résidence de six mois complets et continus (1).

Si donc les six mois de résidence n'étaient pas atteints, une publication serait inutile dans la commune de l'habitation actuelle.

Nous renvoyons à ce qui a été dit dans le § 1^er^. Quant à l'interprétation de l'article 168, nous nous bornerons à ajouter que le sens de l'article ne paraissant pas devoir s'appliquer aux mineurs ni aux interdits dont le domicile, même pour le mariage, doit être celui de leurs administrateurs ou tuteurs, il serait surabondant et inutile de faire une publication pour leur mariage au lieu de leur résidence actuelle, se fût-elle prolongée pendant plus de six mois. C'est seulement dans les communes où résident les tuteurs et autres administrateurs qu'il sera nécessaire de publier le mariage des pupilles.

328. De l'examen des articles transcrits naissent plusieurs autres questions :

1° Dans les grandes villes où il y a plusieurs municipalités, à Paris, par exemple, faut-il faire les publications dans les différentes municipalités ?

Point de doute, disent les auteurs des Pandectes : « Il fallait autrefois publier les bans dans les diverses paroisses » dans l'étendue desquelles chaque partie avait son domicile.... Les communes, ajoutent-ils, remplacent les paroisses, et il faut se conduire suivant les mêmes règles. »

L'exemple n'est pas heureusement choisi. Autrefois les villes considérables étaient comme elles le sont encore aujourd'hui divisées en plusieurs paroisses ; or, d'après le texte des ordonnances, la publication ne devait avoir lieu que dans l'église paroissiale du domicile, non dans toutes les paroisses de la ville.

Aujourd'hui les très-grandes villes, Paris, par exemple,

(1) V. au paragr. 1^er^ de ce chap., ce qui a été dit sur l'art. 74.

ont plusieurs municipalités. Paris en a douze. La loi cependant n'ordonne la publication qu'à la municipalité du domicile. (V. art. 166.) — Il serait donc superflu de les faire ailleurs. Ce serait, au reste, une tâche très-pénible, sans doute, que de faire publier dans toutes les municipalités de Paris tous les mariages projetés dans chaque arrondissement.

2° Si l'un des futurs avait successivement résidé plus de six mois dans des communes différentes, mais sans y avoir acquis de domicile légal, devra-t-on faire les publications dans tous lieux de ces résidences temporaires?

Cela serait inutile. Les articles 74 et 167 ne parlent que de la résidence actuelle. Les résidences intermédiaires ayant cessé restent sans effet et ne peuvent imposer d'obligations.

D'ailleurs tout danger de surprise sera prévenu par la nécessité de faire publier le mariage au domicile légal, c'est-à-dire au domicile d'origine si aucun autre n'a été régulièrement établi (1).

329. 3° Mais pendant combien de temps sera-t-on soumis à faire publier son mariage, non-seulement au domicile actuel, mais encore au dernier domicile?

Les auteurs sont divisés sur cette question.

Dalloz pense que, si la résidence existe depuis plus de six mois, la publication au dernier domicile n'est pas exigée.

Delvincourt croit qu'on en est dispensé après un an seulement de résidence.

Duranton estime que tant qu'un nouveau domicile légal n'a pas été acquis, la publication doit être faite tant au domicile ancien qu'au domicile actuel (2).

Cette dernière opinion, qui est aussi celle de M. Favard dans son Répertoire (v° *Mariage*, t. 3, p. 467), paraît plus

(1) Duranton, t. 2, p. 177, n° 230; Dalloz aîné, t. 10, p. 60, n° 3. *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 176.

(2) Dalloz aîné, t. 10, p. 60; Delvincourt, t. 1., p. 132; Duranton, t. 2, p. 176.

rationnelle et plus en harmonie avec le texte comme avec l'esprit de la loi.

L'opinion de M. Dalloz est fondée sur ce que l'article 167 s'exprime en termes qui lui paraissent restrictifs :

« Si le domicile actuel *n'est établi que par six mois de résidence*, » dit l'article.

Donc, s'il y a plus de six mois de résidence, la publication dans l'ancien domicile n'est pas prescrite.

Cette manière de raisonner ne nous paraît pas exacte.

Si le législateur emploie dans cet article 167 l'expression *six mois de résidence*, c'est en se référant aux dispositions de l'article 74 qui n'exige que cette durée dans la résidence actuelle pour attribuer le domicile quant à la célébration du mariage.

D'ailleurs le législateur, dans la faveur même qu'il accordait, ne se dissimulait pas qu'une aussi courte résidence, qu'une résidence même plus longue dans un lieu éloigné du domicile originaire, n'offrait qu'une garantie équivoque et incertaine contre les empêchements légaux du mariage projeté.

Il n'a pu se dissimuler que, pour obtenir une garantie complète, il était nécessaire d'en appeler au lieu de l'ancien domicile, lieu où les événements de la vie de l'individu, ses rapports de famille, les liens qu'il aurait pu contracter seraient nécessairement plus connus que dans une résidence nouvelle, dans une résidence éloignée de toutes ses premières relations.

C'est dans cette pensée que le législateur a écrit l'article 167.

Or, cette pensée ne serait-elle pas blessée, le danger que la loi a voulu prévenir n'existerait-il pas, les documents qu'elle a voulu qu'on recherchât ne manqueraient-ils pas si, par cela seul que la résidence actuelle remonterait à plus de six mois, à six mois et un ou deux jours, par exemple, on était affranchi de la publication à l'ancien domicile.

L'avis de M. Delvincourt, quoique plus large, ne paraît pas plus légal.

Pour se contenter d'un an de résidence, M. Delvincourt se détermine d'après l'ancien droit, et sur quelques expressions du discours de M. Portalis qui a présenté les motifs de la loi.

Dans l'ancien droit, après avoir résidé pendant un an dans un seul diocèse, on pouvait s'y marier et l'on était même dispensé de faire publier les bans du mariage dans le précédent.

Mais dans l'ancien droit aussi, lorsque, dans le même diocèse, on changeait seulement de paroisse, on pouvait, après six mois seulement de résidence, se dispenser de donner, par une publication, connaissance du mariage projeté, dans la paroisse que l'on avait quittée. On pouvait aussi célébrer son mariage dans cette nouvelle résidence (1).

Le Code civil n'a pas admis ces distinctions ; il n'a fixé qu'un seul temps de résidence pour le mariage.

Mais il a aussi voulu que, si ce domicile spécial n'était déterminé que par la simple résidence, quelque longue qu'elle fût et sans autre condition, le public de l'ancien domicile, du domicile légal, fût averti et pût avoir la facilité de signaler les empêchements du mariage.

On ne peut, en matière aussi grave, lorsque la loi pose une règle générale, la modifier par des exceptions empruntées à une loi morte depuis long-temps.

Les motifs exposés par M. Portalis ne se prêtent pas à un tel emprunt.

Voici ses expressions :

« Un domicile de six mois suffit pour autoriser la célébra-
» tion du mariage dans le lieu où l'un des contractants a
» acquis ce domicile. *On n'a rien changé sur ce point à l'an-*
» *cienne jurisprudence ; mais il faut alors* que les publica-
» tions soient faites non-seulement dans le lieu du domicile

(1) Pothier, *du Mariage*, n° 72.

» des six mois, *mais encore à la municipalité du dernier do-*
» *micile.* »

Certes il est assez difficile de trouver dans ces expressions les deux délais de six mois et d'un an, selon le cas qu'admettait le droit ancien.

Remarquons aussi que, dans le délai qu'il indique, M. Portalis ne s'occupe que de la célébration même du mariage et non des publications ; que s'il parle du *non changement*, EN CE POINT, *de l'ancienne jurisprudence*, cette observation qui est même en partie erronée, ne s'applique qu'à l'acte de célébration, non pas aux publications ; et même, comme s'il avait craint qu'on ne se méprît sur sa pensée, qu'il ajoute immédiatement : *Mais il faut alors que les publications soient faites, non-seulement dans le lieu du domicile des six mois, mais encore à la municipalité du dernier domicile.*

Ainsi l'avis de M. Delvincourt n'est pas exact.

Restent la lettre et l'esprit de la loi.

La lettre qui ne doit pas être lue judaïquement, mais d'une manière large et générale, et de laquelle il résulte que si le domicile actuel a pour unique base une résidence de six mois, il faut rechercher, par une publication, les documents que pourrait procurer l'ancien domicile.

L'esprit qui a dicté la règle dans le but d'éviter les erreurs, les surprises, les fraudes ; but qui serait manqué, dans beaucoup de cas, si le domicile de simple résidence était le seul consulté.

Que faut-il donc pour faire cesser le besoin d'une publication à l'ancien domicile, après une résidence même de plus d'un an dans un nouveau lieu?

Il faut que le domicile des six mois de résidence soit devenu aussi le domicile légal ; il faut, par conséquent, qu'on se soit conformé aux dispositions des art. 103, 104 et 105 du Code civil.

L'habitation réelle dans un nouveau lieu et la fixation qu'on y fait de son principal établissement doivent rassurer

en général, parce que celui qui n'est pas libre de sa personne ou de sa position, se trouve rarement dans de telles conditions.

La double déclaration faite à la municipalité du lieu que l'on a quitté et à celle du lieu où l'on est venu habiter, offriraient une garantie moins douteuse encore, puisque cette déclaration aurait averti, dès le moment même où elle aurait été faite, les personnes qui, dans l'ancien domicile, seraient intéressées à surveiller l'existence de l'individu et à s'opposer à son mariage dans sa nouvelle demeure. Celles du nouveau domicile trouveraient aussi dans la déclaration une direction pour prendre dans l'ancien domicile les informations qu'elles croiraient utiles.

En résumé, tant que le domicile de résidence n'est pas devenu le domicile légal, une publication doit être faite à cet ancien domicile.

Mais il peut se présenter une difficulté qui n'a pas été prévue par le Code.

S'il y a impossibilité de faire publier le mariage dans le domicile légal du futur, suffira-t-il que la publication ait lieu dans le domicile de résidence ou même à la municipalité de la demeure actuelle, cette demeure n'eût-elle pas même atteint six mois de durée?

Cette impossibilité peut se rencontrer; elle peut provenir notamment de la guerre et de l'éloignement du domicile légal qui pourrait se trouver au-delà des mers.

Une loi du 14 septembre 1793 avait déclaré que, dans ce cas d'impossibilité, *le défaut de ces publications ne pourrait faire obstacle au mariage et qu'il suffirait qu'elles se fissent dans le lieu de la résidence actuelle des personnes qui voudraient se marier* (V. l'art. 4 de cette loi).

Cette loi pourrait être encore invoquée aujourd'hui dans le cas sur lequel elle prononce. Car on peut la considérer comme encore en vigueur, puisqu'il n'y a pas d'abrogation expresse et qu'une abrogation tacite ne peut résulter d'une loi postérieure qui ne s'occupe pas de la question.

Toutes les observations que nous avons faites sur l'article 167 doivent s'appliquer aux mineurs non émancipés et aux interdits dont les tuteurs ou administrateurs ont résidé pendant six mois dans un autre lieu que celui de leur domicile légal. Ce domicile de simple résidence sera censé celui du mineur ou de l'interdit et lui suffira pour le mariage. Mais la publication devra être faite à l'ancien domicile du tuteur, ou si la tutelle était récente et remontait elle-même à moins de six mois, le mariage devrait être aussi publié à l'ancien domicile du mineur; c'est-à-dire à celui où le Conseil de famille avait été formé pour la tutelle. Car c'était au dernier domicile du mineur qu'avait dû être convoqué le Conseil de famille pour l'organisation de la tutelle.

330. L'art. 168, dont nous nous sommes occupés seulement pour démontrer qu'il ne s'appliquait pas aux mineurs non émancipés, doit s'entendre, comme nous l'avons déjà dit, de toutes autres personnes qui ne peuvent pas contracter mariage sans le consentement de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

De ce nombre sont non-seulement les mineurs émancipés des deux sexes, mais encore les fils âgés de moins de 25 ans quoique majeurs de 21 ans.

Les mineurs émancipés des deux sexes qui n'ont ni pères, ni mères, ni ascendants, ne peuvent se marier sans le consentement du Conseil de famille.

Il faut donc qu'une publication soit faite dans la commune où le Conseil de famille doit être convoqué et où sont censés domiciliés les principaux membres du Conseil de famille; c'est-à-dire dans la commune où le pupille était légalement domicilié au moment de son émancipation. Car c'est là, en effet, qu'est réputé se trouver le vrai domicile du Conseil de famille (1).

Quant aux mineurs émancipés et aux fils âgés de moins

(1) Toullier, t. 2, n° 507.

de 25 ans et de plus de 21 , s'ils ont des ascendants sous l puissance desquels ils se trouvent, la publication doit êtr faite aux domiciles de ceux-ci.

Mais dans combien de communes devra être faite cette publication ?

Si le père et la mère de l'enfant existent tous les deux, comme leur domicile est commun, une publication au domicile du père suffira.

Cependant si les père et mère avaient été judiciairement séparés de corps et qu'ils habitassent des communes différentes, la publication devrait être faite à chaque domicile. Car, quoique, en cas de dissentiment des père et mère, le consentement du père suffise cependant comme le consentement de la mère doit aussi être demandé, comme elle aurait le droit, si on ne le lui demandait pas, de former opposition au mariage de l'enfant qui aurait négligé à son égard ce témoignage de déférence et de respect, comme enfin elle pourrait avoir des motifs légitimes d'opposition, il paraît convenable qu'une publication soit aussi faite dans la commune de son domicile particulier pour lui apprendre le mariage projeté.

Les mêmes raisons, s'il n'y a ni père ni mère, doivent provoquer une publication dans chacune des communes qui seraient habitées par les aïeux.

Quant aux fils qui ont atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis et aux filles majeures de vingt-un ans, comme ils peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants, la loi les soumettant seulement à demander à ceux-ci leurs conseils, ils ne sont réellement pas sous la puissance de ces ascendants. Car on n'est pas sous la puissance de ceux contre la volonté desquels il est permis d'agir. Il n'est donc pas prescrit de publier le mariage au domicile de ces ascendants.

Si le législateur eût voulu cette formalité, il l'eût dit expressément. On ne peut pas imposer une obligation dont il n'a pas parlé (1).

(1) Malleville, Analyse de la discussion du Code civil sur l'art. 168 ; Vazeilles, t. 1., n° 155.

§ II.

En quelle forme et en quel nombre doivent être faites les publications?

SOMMAIRE.

331. *Formes des publications.*
332. *Lieu où elles doivent être affichées. — Durée de l'affiche.*
333. *Enonciation qu'elles doivent contenir.*
334. *Leur nombre et leur intervalle.*
335. *Des dispenses de la seconde publication. — Quel fonctionnaire les donne?*
363. *Quelles causes les autorisent?*

331. Les formes et le nombre des actes de publications sont prescrits par l'art. 63 du Code civil, dont nous avons seulement transcrit une partie sous le n° 1.

L'art. 64 exige de plus que les publications soient affichées.

Il est nécessaire de connaître la teneur entière de ces deux articles :

« Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état Art. 63.
» civil fera *deux publications* à huit jours d'intervalle, un jour
» de dimanche devant la maison commune. Ces publications
» et l'acte qui en sera dressé, *énonceront les prénoms, noms,*
» *professions et domiciles* des futurs époux, leurs qualités
» de *majeurs* ou *de mineurs*, et *les prénoms, noms, professions*
» *et domiciles de leurs pères et mères*. Cet acte énoncera, en
» outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites. Il sera inscrit sur un seul registre qui
» sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et
» déposé à la fin de chaque année au greffe du tribunal de
» l'arrondissement. »

« Un extrait de l'acte de publication sera et restera affi- Art. 64.
» ché à la porte de la maison commune pendant les huit
» jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Le ma-

» riage ne pourra être célébré avant le troisième jour, de-
» puis et non compris celui de la seconde publication (1). »

On voit dans l'art. 63 que c'est à l'officier de l'Etat civil à faire les publications. Il n'y a que lui ou ceux des membres de l'administration municipale ou du Conseil général de la commune qui le remplacent en cas d'absence, par lesquels il puisse être procédé aux publications. Si l'officier de l'Etat civil s'y refusait sans motif légitime, il faudrait d'abord lui faire une sommation, ensuite le citer devant le tribunal d'arrondissement qui pourrait commettre un autre officier de l'Etat civil pour procéder à la publication exigée.

Mais au lieu d'employer les voies judiciaires qui sont plus rigoureuses, on pourrait s'adresser à l'autorité administrative supérieure dont les exhortations et même les injonctions pourraient faire cesser les refus de l'officier public, ou qui pourraient déléguer ses pouvoirs, pour cet effet, à l'un des membres du Conseil municipal.

332. Les deux articles réunis font connaître ce qui constitue essentiellement la publication.

C'est d'abord une proclamation publique faite devant la maison commune, du mariage projeté et des renseignements sur les personnes des futurs conjoints et sur leurs familles, propres à les signaler à l'attention publique et à les faire reconnaître.

C'est ensuite une affiche placée pendant huit jours à la porte de la maison commune, et où sont écrits les renseignements déjà publiés.

333. Les prénoms, les noms, les domiciles des futurs époux et ceux de leurs pères et mères, leurs qualités de majeurs et de mineurs offrent les documents les plus caractéristiques des personnes. C'était aussi tout ce qui était exigé

(1) Des publications préalables sont exigées par le Code des Deux-Siciles, art. 175; par celui de la Louisianne, art. 164: par celui de Hollande, art. 108 et 109; par le Code autrichien, qui en exige trois, art. 70 à 73, etc.

par les anciennes ordonnances et par la législation intermédiaire.

L'affiche n'était pas prescrite autrefois. C'est une amélioration introduite par la loi du 20 septembre 1792. Elle est d'autant plus utile qu'il est assez rare que des proclamations soient réellement faites à la porte de la maison commune comme elles sont ordonnées, tandis qu'autrefois elles avaient lieu solennellement au prône.

L'article 63 ne prévoit pas le cas des décès des père et mère du futur époux et ne dit pas s'il faut alors énoncer aussi les noms, prénoms, professions et domiciles de ses aïeux ou de son tuteur.

Elle se tait aussi sur la mention du consentement de ceux sous la puissance desquels est placé l'individu dont le mariage est publié.

Toutes ces diverses mentions sont cependant recommandées. Locré les rappelle dans les formules qu'il a fait imprimer dans son Esprit du Code civil (3me partie à la suite de l'art. 101).

334. La loi veut qu'il soit fait deux publications à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche.

Cet intervalle entre la première et la seconde publication et l'affiche qui subsiste pendant le délai, rendent plus faciles les investigations des parties intéressées.

Les anciens Edits exigeaient trois bans; mais ils pouvaient être publiés dans la même semaine s'il se rencontrait trois jours de fête, pourvu qu'un jour d'intervalle séparât un ban de l'autre.

Les lois intermédiaires étaient plus faciles encore, puisqu'elles n'exigeaient qu'une seule publication faite indifféremment à tel ou tel jour de la semaine, pourvu qu'il précédât de trois jours celui du mariage.

Il y a amélioration par le Code civil quant au nombre et à l'intervalle des publications. Il y en a aussi pour le jour où elles doivent être faites, le dimanche étant le plus solennel et celui des réunions.

Il avait été question au Conseil d'Etat de choisir le décadi. Mais on fit observer qu'il avait beaucoup déchu ; que, d'ailleurs, l'intervalle d'une publication à l'autre serait trop long et pourrait faire manquer le mariage. (Malleville, sur l'article 63.)

En disant que les publications seront faites à huit jours d'intervalle l'une de l'autre, le législateur a entendu seulement défendre de les faire à des jours plus rapprochés. Mais il n'interdit pas de les séparer par de plus longs intervalles, pourvu cependant qu'il ne s'écoule pas une année entre la première et la seconde. (Argument de l'art. 65.)

335. Mais tout en prescrivant deux publications, la loi actuelle permet, comme les anciens Edits, d'accorder des dispenses.

Art. 169. « Il est loisible aux rois, ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication (1).

Cette disposition est empruntée de l'ordonnance de Blois qui accordait aux évêques ou à leurs vicaires-généraux, le pouvoir d'accorder des dispenses pour le second et le troisième bans.

L'article 40 de cette ordonnance portait : « Qu'on ne » pourrait obtenir de dispenses qu'après la première procla- » mation faite ; et ce, seulement *pour quelque urgente* et » légitime cause et à la réquisition des principaux et plus » proches parents des parties contractantes. »

La règle n'était pas trop bien observée ; souvent c'était sur les plus faibles motifs que les dispenses étaient accordées.

Quelquefois même les évêques ou leurs grands-vicaires accordaient la dispense des trois bans (2).

(1) En Prusse, le roi peut seule dispenser de deux bans, art. 153.

Le curé peut procéder au mariage sans ban préalable pour le mariage, *in extremis*, ou d'un employé qui va faire un voyage périlleux, art. 156.

(2) Pothier, du *Mariage*, n 79.

Aujourd'hui que les procureurs du Roi sont les officiers préposés pour cet objet, il n'y a plus d'abus ou ils sont rares.

C'est par un arrêté du 20 prairial an 11 que le Gouvernement a confié ces pouvoirs aux procureurs du Roi.

Voici les termes des articles 3 et 4 de cet arrêté :

Article 3. « Les dispenses de la seconde publication des » bans dont est mention dans l'article 69 du Code civil, » seront accordées, s'il y a lieu, au nom du Gouvernement, » par son commissaire (le procureur du Roi) près le tribunal » de première instance dans l'arrondissement duquel les » magistrats se proposent de célébrer le mariage ; et il sera » rendu compte par ce commissaire au grand juge, ministre » de la justice (aujourd'hui au Garde des Sceaux), des causes » graves qui auront donné lieu à chacune de ces dispenses. »

Art. 4. « La dispense d'une seconde publication de bans » sera déposée au secrétariat de la commune où le mariage » sera célébré. Le secrétaire en délivrera une expédition » dans laquelle il sera fait mention du dépôt, et qui de- » meurera annexée à l'acte de mariage. »

L'arrêté ne prescrit pas l'enregistrement de cette dispense au greffe du tribunal comme le même arrêté l'ordonne pour les dispenses d'âge ou de parenté. L'enregistrement est donc inutile pour la dispense de publication (1).

La dispense procure l'avantage de pouvoir avancer de huitaine la célébration du mariage. Car alors elle peut être faite le troisième jour depuis la première publication qui tient aussi lieu de la seconde. (V. art. 64 C. c.)

336. Mais la loi veut que des dispenses ne soient accordées que pour des causes graves.

Quelles peuvent être ces causes et quelle doit être la nature de la gravité ?

(1) V. l'arrêté entier dans les Pandectes françaises sur l'art. 163 du Code.

Par cela même qu'il n'y a rien de déterminé ni dans l'article 169, ni dans l'arrêté du 20 prairial an XI, l'appréciation de la nature et de la gravité des causes est laissée à la sagesse et à la justice du procureur du Roi.

Pothier indique comme exemple le cas où il y aurait à craindre de la part de quelqu'un une opposition formée par malice ou par toute autre sentiment passionné, et qui, quoique mal fondée, retarderait le mariage pendant un long temps qu'entraînerait la nécessité de la faire vider. « *Si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse, si tot processerint denuntiationes. Concil. Trid.*, sess. 24, cap. 1^er^.

Il énonce aussi comme juste cause la grossesse de la future, qui exige l'accélération du mariage pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriverait avant ou trop peu de temps après le mariage (1).

Des intérêts pressants de famille, une maladie grave des personnes sous la puissance desquelles seraient les parties, des départs obligés par des circonstances impérieuses telles que l'appel au service militaire, et d'autres événements graves peuvent être considérés comme des causes légitimes de dispenses.

Mais si le procureur du Roi les refusait on tenterait vainement de les obtenir d'une autorité supérieure. Car le procureur du Roi près le tribunal de première instance ayant reçu du Gouvernement une mission spéciale et de confiance, nul autre que lui n'a qualité pour la remplir.

Au reste, les démarches à faire auprès des autres autorités entraîneraient un temps plus long que le délai de la seconde publication.

Examinons comment les publications sont constatées et quels en sont les effets ?

(1) Pothier du *Mariage*, n° 78.

§ III.

Du mode de constater les publications et de leurs effets.

SOMMAIRE.

337. *Du mode de constater les publications.*
338. *Ancien droit.*
339. *Droit intermédiaire.*
340. *Où se déposent les registres des publications.*
341. *Après quel délai le renouvellement des publications est-il nécessaire ?*

337. Il était nécessaire qu'une formalité aussi importante que celle des publications fût constatée par un acte authentique dont on pourrait délivrer des expéditions qui en justifiassent l'existence.

338. Sous la législation ancienne les curés consignaient les publications dans des registres. Un arrêt de règlement du 15 juin 1691 leur en avait fait un devoir ; mais la tenue de ces registres était, en général, peu régulière. L'arrêt n'ordonnait pas qu'ils fussent cotés et paraphés, ni qu'ils fussent déposés à la fin de l'année dans des archives publiques.

339. La loi du 20 septembre 1792 en prescrivant les publications voulut aussi qu'il en fût dressé acte sur un registre particulier à ce destiné. Ce registre ne devait pas être tenu double ; on le déposait, lorsqu'il était terminé, aux archives de la municipalité (V. art. 4, sect. 2 du titre 4 de cette loi).

340. L'art. 63 du Code civil que nous avons déjà transcrit a conservé la règle établie par la loi de 1792. Il veut aussi que l'acte de publication soit inscrit sur un registre qui doit être coté par première et dernière, et paraphé sur chaque feuille par le président du tribunal ou par le juge qui le remplacera (V. l'art. 41 du Code).

Mais il prescrit de déposer ce registre, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.

Ce dépôt a paru plus sûr que celui des secrétariats des

municipalités, surtout de celles des communes rurales.

Un seul exemplaire de ce registre est exigé aujourd'hui comme autrefois, il n'y a que le lieu du dépôt qui soit changé.

341. Les publications faites, leur effet dure pendant une année entière; mais après ce délai, s'il n'y a pas eu de mariage, elles doivent être renouvelées. C'est ce que déclare l'art. 65 du Code:

Art. 65. « Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite. »

Aucune loi ancienne n'imposait, après l'année, le renouvellement des publications. Cependant l'on en avait senti la nécessité et l'usage l'avait établi.

La règle est sage; car il peut, dans un aussi long espace de temps, être survenu de nouveaux empêchements qui n'existaient pas; ou l'on peut en avoir découvert qui n'étaient pas connus (1).

Nous n'examinerons pas ici quels seraient les effets de l'irrégularité des deux publications ou même de leur absence complète. Nous renvoyons cet examen au chapitre des demandes en nullité de mariage.

Passons au détail des formalités qui doivent accompagner la célébration du mariage.

Section III.

Des formalités de l'acte de mariage.

SOMMAIRE.

342. *Des formalités de l'acte de mariage.*
343. *Formalités principales.* — *Division.*

342. Les formalités de l'acte de mariage ont pour but de lui donner et de la publicité et de l'authenticité.

(1) V. les Pandectes françaises sur cet article 65.

Sa publicité est produite par les publications qui le précèdent, par les solennités qui l'accompagnent.

Son authenticité résulte du pouvoir que la loi a conféré à l'officier public qui le célèbre, et de l'engagement qu'il forme entre les époux par les paroles qu'il prononce.

Nous avons déjà traité des publications.

343. Il nous reste à développer les autres solennités et le mode de les constater.

Ce développement consistera à faire connaître après quel délai, par quel fonctionnaire public et en quel lieu le mariage peut être célébré ;

Quelles vérifications doit faire préalablement ce fonctionnaire, et quelles pièces doivent lui être représentées ;

Quelles sont les formalités de la célébration et celles de l'acte qui la constate?

Nous examinerons ensuite si les mariages, *in extremis*, et si ceux faits par procureur sont valables.

---

§ 1er.

Du délai néeessaire, du fonctionnaire à choisir et du lieu prescrit pour la célébration du mariage.

SOMMAIRE.

344. *Délai après la seconde publication pour la célébration.*
345. *La règle est nouvelle ; son origine.*
346. *Le mariage doit être célébré à la maison commune.*
347. *Devant quel officier public?*

344. L'article 64 que nous avons déjà transcrit dispose que *le mariage ne pourrait être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication* (1).

(1) Le Code de la Louisiane prescrit quinze jours de délai à compter de la première publication, art. 104.

Le Code hollandais a les mêmes règles que le Code français, sauf que

Le délai court depuis la première publication lorsque des dispenses ont été obtenues pour la seconde.

La règle paraît avoir été empruntée de la loi du 25 vendémiaire an 2. Mais on a ajouté un jour de délai. Cette loi, en permettant de faire les publications tous les jours de la décade indistinctement et en fixant aussi un délai de trois jours pour le mariage, comptait le jour de la publication pour le premier et celui de la célébration pour le troisième.

Celle du 20 septembre 1792 exigeait huit jours d'intervalle (1).

Plus tard une loi du 13 fructidor an 6 exigea que la célébration des mariages n'eût lieu que les décadis au chef-lieu du canton ou dans les municipalités particulières des cantons divisés en plusieurs municipalités.

Sous l'ancien droit il était de discipline dans plusieurs diocèses que le mariage ne pouvait être célébré le jour du dernier ban ; dans d'autres les rituels étaient muets. Il n'y avait, d'ailleurs, aucune disposition législative qui s'opposât à une rapidité qui ne permettait pas que le curé pût être averti des empêchements par ceux qui en avaient connaissance (2).

345. La loi nouvelle prévient ce grave inconvénient. D'ailleurs, pourvu que le délai qu'elle prescrit soit observé, elle permet de contracter mariage à tel jour et à telle époque de l'année qui convient le mieux aux parties. Elle n'admet ni la futile prescription sur le décadi, ni les prohibitions religieuses qui ne permettaient pas de célébrer des mariages dans certains temps de l'année consacrés à la pénitence, surtout pendant les temps d'Avent et de Carême ; point de discipline qui est toujours observé dans l'Eglise, qui s'applique même

le délai de trois jours après la dernière publication n'est pas prescrit.

Le Code prussien exige trois bans, à trois dimanches successifs, publiés en chaire, art. 151.

(1) Loi de 1792, titre 4, sect. 2, art. 3.

(2) Pothier, nº 369.

au jour de Saint-Joseph contre un préjugé assez généralement reçu et auquel on ne peut échapper que par des dispenses spéciales (1).

346. Le lieu où le mariage doit être célébré, et l'officier qui doit procéder à cette célébration sont déterminés par les art. 74, 75 et 165 du Code civil.

Par l'art. 74, qui dit que le *mariage sera célébré* dans la commune où l'un des *deux époux a son domicile*.

Par l'art. 75, qui veut que ce soit *dans la maison commune* et *par l'officier de l'Etat civil*.

Par l'art. 165 dont voici les termes :

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

Il est des communes divisées en plusieurs sections entre lesquelles les communications peuvent être difficiles ou dangereuses. Cet inconvénient a été prévu et réparé par une loi du 18 floréal an 10, suivant laquelle, « lorsque la neige ou un » autre obstacle rend les communications difficiles, dange- » reuses ou impossibles entre le chef-lieu d'une commune » et des îles, îlots ou villages qui en dépendent, le gouver- » nement nomme ou fait nommer par le préfet, selon la po- » pulation de la commune, un adjoint en sus, lequel, en- » tr'autres fonctions, reçoit les actes de l'Etat civil, en re- » met au maire, à la fin de chaque année, les registres clos » et arrêtés; et celui-ci en fait le dépôt ordonné, après les » avoir réunis aux registres du chef-lieu. »

347. Par ces expressions *l'officier civil du domicile de l'une des parties*, l'art. 165 doit s'entendre seulement du fonctionnaire qui a ce caractère dans la commune où est faite la célébration. Tout autre officier civil serait sans caractère, et par conséquent sans compétence s'il était attaché à une autre commune, fût-il même celui du domicile de l'un des contractants. Car les pouvoirs que chaque officier de l'Etat

(1) V. Pothier, *du Mariage*, nº 370 et suivants.

civil tient de la loi n'existent que dans la commune à laquelle il appartient. Et ces pouvoirs sont restreints au maire ou à ceux des autres membres de l'administration ou du Conseil municipal désignés par la loi pour le remplacer en cas d'absence ou d'empêchement. Ces pouvoirs ne peuvent être délégués par lui comme cela était autorisé dans l'ancien droit qui permettait, à tout prêtre habitué, de célébrer un mariage entre des personnes qui n'étaient pas ses paroissiens, pourvu qu'il fût préposé par le curé de la paroisse pour la cérémonie, ou qu'il eût reçu de lui ou de l'évêque une permission par écrit. Cependant la présence du curé équivalait à une permission écrite, s'il en était fait mention dans l'acte de mariage, et que cet acte fût transcrit sur le registre de la paroisse.

Le vicaire était aussi présumé, de droit, autorisé à remplacer le curé (1).

Nous examinerons, en traitant des nullités du mariage, l'effet qui résulterait de l'incompétence de l'officier public, et si cette incompétence rendrait le mariage nul comme le déclarait la loi antérieure du 13 fructidor an 6 qui, en chargeant le président de chaque administration municipale de canton ou celui qui le remplacerait de la célébration des mariages, le voulait ainsi *à peine de nullité du mariage outre* les dommages et intérêts des parties.

Nous verrons que la loi actuelle est moins rigoureuse, si ce n'est cependant dans certains cas.

Quant à la règle qui établit que la solennité aura lieu dans la maison commune, elle est prescrite pour éviter la clandestinité et pour donner plus d'éclat et de publicité à la cérémonie.

Ces motifs avaient déjà dicté cette disposition dans la loi du 20 septembre 1792 (2).

Antérieurement c'était, en général, à l'église paroissiale que les mariages se célébraient.

(1) V. la déclaration de 1639, et Pothier, nos 349 et 350.
(2) Titre 4, sect. 4, art. 1er.

Mais il n'était pas interdit de bénir un mariage dans une chapelle privée.

---

§ II.

Des vérifications préalables à la célébration du mariage et des pièces à produire à l'officier public.

SOMMAIRE.

348. *Des vérifications préalables dans l'ancien droit.*
349. *De celles prescrites par la loi de* 1792.
350. *De celles exigées par le Code civil.—Texte des articles du Code.*
351. *Il faut de plus produire dans certains cas des actes respectueux et des dispenses.*
352. *Acte de notoriété pour suppléer l'acte de naissance. — Leur forme.*
353. Quid *si l'acte de naissance contient quelque erreur ?*
354. *Comment supplée-t-on le consentement des ascendants qui sont absents ou dans l'impossibilité de l'exprimer ?*

348. Sous les anciennes ordonnances et suivant la discipline établie par les Conciles, notamment par le Concile de Trente, avant de célébrer le mariage, le curé de l'une des parties devait s'assurer de divers faits, surtout de la réalité des publications, de l'âge des futurs conjoints, du consentement des personnes sous la puissance desquelles ils étaient placés, et même de celui du curé de l'autre conjoint. La nécessité de ce dernier consentement est l'objet d'une savante dissertation que d'Aguessau a consignée dans son 57ᵉ plaidoyer.

L'auteur considérait comme nul un mariage fait sans que cette condition eût été observée (1).

349. La loi de 1792, en substituant aux curés des officiers de l'État civil pour les mariages, a exigé seulement le rapport des actes de publication, délivrés par celui des officiers publics devant lequel le mariage n'était pas contracté.

(1) Pothier, n° 366.

350. Ce rapport est aussi nécessaire sous le Code civil où sont également retracées, dans divers articles, toutes les autres exigences de la loi de 1792.

Ainsi l'officier de l'Etat civil doit se faire représenter les actes des publications faites dans chaque commune où elles étaient prescrites et différentes autres pièces indiquées dans les art. 69, 70, 71, 72 et 73 du Code, en voici le texte :

Art. 69. « S'il n'y a pas d'opposition, il en sera fait mention dans » l'acte de mariage ; et si les publications ont été faites dans » plusieurs communes, les parties remettront un certificat » délivré par l'officier de l'État civil de chaque commune » constatant qu'il n'existe pas d'opposition.

Art. 70. » L'officier de l'État civil se fera remettre l'acte de nais- » sance de chacun des futurs époux; celui des époux qui se- » rait dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le sup- » pléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le » juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son » domicile.

Art. 71. » L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par » six témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non » parents, des prénoms, noms, profession et domicile du fu- » tur époux et de ceux de ses père et mère s'ils sont connus, » le lieu, et autant que possible l'époque de sa naissance et » les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les té- » moins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix ; » et s'ils en est qui ne puissent ou ne sachent signer il en » sera fait mention.

Art. 72. » L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de pre- » mière instance du lieu où doit se célébrer le mariage. » Le tribunal, après avoir entendu le procureur du roi, don- » nera ou refusera l'homologation, selon qu'il trouvera suf- » fisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins et les » causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

Art. 73. » L'acte authentique du consentement des père et mère, » ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille,

» contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles des » futurs époux et de ceux qui auront concouru à l'acte » ainsi que leur degré de parenté. »

351. Ajoutez à ces différentes pièces : 1° une expédition authentique des dispenses s'il en a été accordé soit pour le mariage même, soit pour la seconde publication ; 2° les actes respectueux qui doivent être produits, lorsque le consentement des pères et mères, aïeuls ou aïeules a été refusé, et que les futurs conjoints ont cessé d'être sous leur puissance.

Si le consentement des ascendants n'est pas justifié à l'officier public ou si des actes respectueux ne lui sont pas produits selon les cas, il lui est défendu de célébrer le mariage (Code civil, art. 156 et 157.)

Les anciennes ordonnances, tout en exigeant le rapport des consentements des pères et mères des futurs conjoints ou celui des trois sommations respectueuses, n'avaient point de disposition spéciale qui interdit aux curés de célébrer le mariage si ces actes ne leur étaient pas produits.

Mais la prohibition résultait de l'ensemble des dispositions de ces anciennes lois (1).

Quant à la loi du 20 septembre 1792, elle n'exigeait la preuve du consentement du père, de la mère ou à leur défaut des cinq plus proches parents, que lorsque le futur époux était mineur ; encore ne prononçait-elle aucune peine contre l'officier public qui passait outre.

Nous n'avons pas d'observations à faire sur l'article 69, si ce n'est que dans l'ancienne législation on devait rapporter aussi avec l'extrait des publications un certificat du curé constatant qu'il n'existait pas d'opposition, ou s'il y en avait eu, les actes de main-levée.

(1) V. les Edits, Ordonnances ou déclarations de février 1556 ; d'Orléans, janvier 1560 ; de Blois, mai 1579 ; de décembre 1606 ; du 26 novembre 1639 ; des 16 juin et 6 août 1685, et de mars 1697. Ces actes législatifs sont rapportés dans la jurisprudence civile de Lacombe au mot *Mariage*.

De la loi de 1792 résultait aussi implicitement la même obligation.

352. Les art. 70 et 71, en faisant suppléer par un acte de notoriété l'acte de naissance que l'on ne pourrait se procurer, ont adopté avec quelques modifications une règle introduite par les articles 1, 2 et 3 de la loi déjà citée, du 14 septembre 1793, seulement les formes en étaient plus simples, il suffisait d'une déclaration faite, devant le juge de paix de la résidence de la personne qui voulait se marier, par trois de ses parents résidant dans le même lieu, ou à leur défaut par trois voisins ou amis. L'homologation du tribunal n'était pas nécessaire.

Mais l'on avait remarqué combien peu de garantie pouvaient offrir ces sortes de certificats où le rôle du juge de paix était en quelque sorte passif puisqu'il se bornait à recevoir la déclaration de trois parents, voisins ou amis, choisis par les parties intéressées elles-mêmes sans qu'aucun contrôle vérifiât l'exactitude et même la sincérité des déclarations.

Pour prévenir les abus, six témoins au lieu de trois ont été prescrits pour l'acte de notoriété, première condition; et l'homologation du tribunal sur les conclusions du procureur du roi a été exigée, seconde condition.

Si l'homologation est refusée, il n'y a pas de mariage.

Si l'acte de notoriété est autorisé par la loi, c'est seulement lorsque l'on ne peut se procurer l'acte de naissance et pour le suppléer.

353. Mais lorsque l'acte de naissance existant dans les registres de l'Etat civil, on y remarque des erreurs légères qu'il est cependant nécessaire ou utile de rectifier, quels moyens doit-on prendre?

Un moyen est indiqué par les articles 99, 100 et 101 du Code civil.

Mais il entraînerait des frais qu'il est convenable d'éviter aux parties, et des lenteurs qui apporteraient au mariage projeté des entraves fâcheuses et quelquefois nuisibles à son exécution.

On a pensé que l'intervention des tribunaux devait être réservée pour les cas où il serait indispensable de rectifier les registres même de l'Etat civil, et que des formes plus simples suffiraient pour des rectifications légères qui ne s'appliqueraient qu'au mariage même.

Tels ont été les motifs qui ont dicté un avis réglementaire du Conseil d'Etat émis le 19 mars 1808, approuvé par l'Empereur le 30 du même mois :

« Considérant que s'il est important de ne procéder à la rectification des registres de l'Etat civil que par l'autorité de la justice et en vertu de jugements rendus à cet effet, il n'est pas moins convenable de ne pas jeter les citoyens dans les frais d'une rectification sur les registres lorsqu'elle n'est pas absolument nécessaire,

» Est d'avis,

» Que dans le cas où le nom d'un des futurs ne serait pas orthographié dans son acte de naissance comme celui de son père, et dans celui où l'on aurait omis quelqu'un des prénoms de ses parents, le témoignage des pères et mères ou aïeux assistant au mariage et attestant l'identité, doit suffire pour procéder à la célébration du mariage.

» Qu'il en doit être de même dans le cas d'absence des pères et mères ou aïeux, s'ils attestent l'identité dans leur consentement donné en la forme légale.

» Qu'en cas de décès des pères, mères ou aïeux, l'identité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille ou par le tuteur *ad hoc*, et pour les majeurs par les quatre témoins de l'acte de mariage.

» Qu'enfin, dans le cas où les omissions d'une lettre ou d'un prénom se trouvent dans l'acte de décès des pères, mères ou aïeux, la déclaration à serment des personnes dont le consentement est nécessaire pour les mineurs, et celle des parties et des témoins pour les majeurs doivent aussi être suffisantes, sans qu'il soit nécessaire, dans tous les cas, de

toucher aux registres de l'Etat civil qui ne peuvent jamais être rectifiés qu'en vertu d'un jugement.

» Les formalités susdites ne sont exigibles que lors de l'acte de célébration et non pour les publications qui doivent toujours être faites conformément aux notes remises par les parties aux officiers de l'Etat civil.

» En aucun cas, conformément à l'article 100 du Code civil, les déclarations faites par les parents ou les témoins ne peuvent nuire aux parties qui ne les ont point requises et qui n'y ont point concouru. »

Cet avis du Conseil d'Etat, qui comme réglement d'administration publique, et d'ailleurs comme ayant été approuvé par l'empereur sans qu'il eût été attaqué comme inconstitutionnel par le Sénat, avait force de loi (1), fit cesser les embarras que faisait éprouver auparavant pour le mariage la nécessité de quelques rectifications dans les actes de naissance.

354. Déjà, et plusieurs années auparavant avait paru un autre avis du Conseil d'Etat, du 27 messidor an 13, approuvé le 4 thermidor suivant, qui fournit un moyen simple et légal de remplacer les actes de décès ou les déclarations d'absence des ascendants, et d'éviter les longues et les coûteuses formalités qu'exigeait l'exécution de l'art. 155 du Code.

Nous avons déjà parlé de cet arrêté sur les articles 150 et 155. Nous renvoyons au texte que nous avons transcrit, et à ce que nous en avons dit lors de l'examen de ces deux articles.

---

§ III.

Des formalités de la célébration du mariage et de l'acte qui le constate.

SOMMAIRE.

355. *Texte du Code civil sur les formalités du mariage.*

(1) Constitution du 22 frimaire an 8.

356. *Comment se forme le lien légal ?*
357. *Énonciation de l'acte de mariage.*
358. *Les curés étaient chargés autrefois de la célébration.*
359. *Motifs qui les en ont fait priver et loi de* 1792.
360. *La déclaration de l'officier public qui unit les époux est une formalité substantielle ainsi que celle de chacun des époux qui annoncent leur volonté de s'unir.*
361. *Nombre des témoins nécessaires et leurs qualités.*
362. *Nombreuses formalités des actes de l'Etat civil.*
363. *Le mariage est parfait s'il est contracté avec les formalités prescrites.*

355. Les formalités de la célébration du mariage et les énonciations que doit contenir l'acte qui le constate sont détaillées dans les articles 75 et 76 du Code civil :

356. « Le jour désigné par les parties après les délais Art. 75.
» des publications, l'officier de l'État civil, dans la maison
» commune, en présence de quatre témoins, parents ou
» non parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus
» mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du
» mariage, et du Chapitre VI du titre *du Mariage, sur les*
» *droits et les devoirs respectifs des époux*. Il recevra de
» chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles
» veulent se prendre pour mari et femme. Il prononcera,
» au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et
» il en dressera acte sur-le-champ. »

357. « On énoncera dans l'acte de mariage : Art. 76.
» 1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de
» naissance et domicile des époux ;
» 2° S'ils sont majeurs ou mineurs ;
» 3° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de
» naissance et domicile des pères et mères ;
» 4° Le consentement des pères et mères, aïeuls et
» aïeules, et celui de la famille, dans les cas où ils sont
» requis ;
» 5° Les actes respectueux s'il en a été fait ;
» 6° Les publications dans les divers domiciles ;

» 7° Les oppositions s'il y en a eu, leur main-levée, » ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition ;

» 8° La déclaration des contractants de se prendre pour » époux, et le prononcé de leur union par l'officier public ;

» 9° Les prénoms, noms, âge, professions et domiciles » des témoins et leurs déclarations s'ils sont parents ou » alliés des parties, de quel côté et à quel degré. »

Les formalités de la célébration du mariage sont, en général, les mêmes que celles établies par la loi du 20 septembre 1792.

L'art. 75 y a ajouté seulement la lecture du chapitre 6 du titre du mariage.

Celle des pièces préparatoires avait été aussi prescrite par la loi de 1792 qui avait introduit cette règle utile dans notre législation.

358. Antérieurement les curés, qui remplissaient les fonctions d'officiers de l'Etat civil, n'étaient pas tenus d'en donner lecture aux parties ; mais ils devaient en vérifier l'existence et la régularité et les énoncer dans l'acte de célébration (1).

Lorsque le pouvoir de célébrer les mariages était attribué aux curés, ceux-ci, en l'exerçant, étaient revêtus d'un double caractère. Comme prêtres ils confirmaient le sacrement; comme officiers publics ils formaient le contrat.

En leur première qualité, ils devaient observer toutes les cérémonies et réciter toutes les prières qui étaient prescrites par le Rituel du diocèse. Mais l'omission de ces cérémonies et de ces prières n'eut pas influé sur la validité du mariage.

En leur seconde qualité, ils recevaient la promesse individuelle de chaque époux, ensuite ils les déclaraient unis, et le mariage était contracté. La bénédiction nuptiale n'ajoutait rien à la force du contrat civil ; mais elle l'élevait à la dignité du sacrement.

(1) V. l'art. 7 de la déclaration du 9 avril 1736, concernant les registres de mariage.

359. Par la loi du 20 septembre 1792, l'œuvre humaine fut séparée de l'œuvre divine.

Le législateur, en renouvelant l'organisation civile, ne considéra le mariage que comme lien civil. Il dut donc en déterminer les formes et les règles dans l'intérêt unique de la société, laissant à la puissance religieuse à le sanctifier par les prières et le sacrement.

Cette distinction entre les deux pouvoirs produisit la loi de 1792 et tous les principes comme toutes les formalités qui y sont énoncées sur l'état des hommes dont elle s'empare à leur naissance, qu'elle dirige dans leur mariage et dont elle constate les décès.

Les solennités qu'elle détermine pour les mariages ont été conservées et consacrées par le Code civil. Il y a ajouté la lecture du chapitre qui fixe les principaux devoirs des époux entr'eux ; idée heureuse dont l'exécution est destinée à imprimer des pensées graves dans l'esprit des jeunes époux, mais qui manque trop souvent son but par l'absence de dignité dans le ministre et de recueillement dans ceux qui l'écoutent.

Cette formalité a paru d'autant plus utile que la lecture du chapitre des droits et des devoirs donne à une jeune fille, dont on aurait forcé les inclinations, le temps de réclamer à la face du public, et qu'elle laisse dans l'esprit des époux des souvenirs qui les porteraient à interroger la loi comme leur régulatrice, si pendant le cours du mariage il survenait entr'eux quelques difficultés (1).

360. De toutes les formalités voulues par l'article 75, deux surtout sont importantes et doivent être religieusement observées :

Celle de la *déclaration* faite par chaque partie, l'une après

(1) Exposé du Code civil sur l'art. 75. Observations du premier Consul.

l'autre, à l'officier de l'Etat civil qui la reçoit, *qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ;*

Et celle de l'œuvre de l'officier public qui *prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage.*

L'omission de ces formalités substantielles, si elle était légalement établie, entraînerait la nullité du mariage, quels que fussent, d'ailleurs, les faits annoncés par l'acte et par les signatures mêmes. Nous le prouverons en examinant les questions de nullité des mariages.

L'article 76, dans les énonciations qu'il prescrit, s'est conformé aux dispositions de l'ordonnance de 1667, et surtout à celles de la déclaration du 9 avril 1736 qui, dans l'ancienne législation, avait réglé les formes des actes de l'Etat civil et des registres où ils devaient être consignés (1).

La loi de 1792 avait fait le même emprunt à la législation antérieure (2). Mais elle y avait ajouté, et le Code civil l'a imitée, la mention du lieu de la naissance de chacun des époux. Cette mention, selon la juste observation d'un auteur moderne, sera d'une grande utilité pour établir les filiations et les généalogies (3).

Aux formalités spéciales que nous venons d'indiquer, il faut en ajouter quelques autres établies pour tous les actes de l'Etat civil en général, dans le chapitre 1^er^ du titre 2 du Code civil.

Ainsi, aux termes de l'art. 37, « les témoins ne peuvent » être que du sexe masculin, âgés de vingt-un ans au moins, » parents ou autres ; et ils doivent être choisis par les per- » sonnes intéressées. »

Suivant l'art. 38, « l'officier de l'État civil donnera lec- » ture de l'acte de mariage aux parties et aux témoins, et il » sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité. »

(1) V. l'art. 9 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, et l'art. 7 de la déclaration de 1736.

(2) Loi du 20 sept. 1792, tit. 4, art. 7.

(3) Pandectes françaises sur l'art. 76.

En exécution de l'art. 39, « l'acte sera signé par l'offi-
» cier de l'État civil, les comparants et les témoins, ou men-
» tion sera faite de la cause qui empêchera les comparants
» et les témoins de signer. »

Enfin, conformément à l'art. 40, « l'acte sera inscrit sur
» un registre tenu double. »

Il n'est rien dû par les contractants pour la rédaction de l'acte de mariage ni pour son inscription dans les registres. C'est ce que déclare un décret du 13 juillet 1807, art. 4, applicable à tous les actes de l'État civil.

On sait que, à la fin de chaque année et dans le premier mois de l'année suivante, l'un des doubles doit être déposé aux archives de la commune et l'autre au greffe du tribunal de première instance. (Art. 43 du Code.)

361. La déclaration du 9 avril 1736, art. 7, exigeait pour les mariages *quatre témoins dignes de foi et sachant signer, s'il peut aisément s'en trouver dans le lieu qui sachent signer*, dit l'article.

La loi du 20 septembre 1792 voulait aussi que le mariage fût célébré en présence de *quatre témoins majeurs, parents ou non parents, sachant signer, s'il pouvait s'en trouver aisément dans le lieu qui savaient signer*. (V. tit. 4, sect. 4, art. 3.)

Ces lois ne s'expliquaient pas sur le sexe des témoins.

Mais les jurisconsultes pensaient, sous l'empire de la déclaration de 1736, qu'en demandant des témoins *dignes de foi*, sa disposition ne pouvait s'entendre que de ceux qui, suivant les règles ordinaires, peuvent valablement être témoins dans les actes, et que les femmes, qui ne sont pas capables de remplir des fonctions publiques, ne devaient pas être admises comme témoins dans un acte aussi important que celui qui constate la célébration d'un mariage (1).

(1) V. Merlin, Répertoire, v° *Mariage*, section 4, § 3, et les auteurs qu'il cite.

Ces motifs s'appliqueraient aussi aux actes de mariage passés sous la loi de 1792.

Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 28 floréal an 11, décide qu'un mariage célébré sous l'empire de cette loi ne pouvait être annulé par la seule raison que l'un des témoins qu'on y avait appelés était une femme (1).

Mais n'y eût-il même pas eu de témoins, le mariage aurait-il été nul? — Nous examinerons cette question en nous occupant des demandes en nullité de mariage.

Le Code civil a fait disparaître la difficulté sur la qualité des témoins en prescrivant de n'admettre comme témoins que des Français mâles et majeurs.

Il a aussi modifié les lois anciennes en n'obligeant pas de choisir des témoins sachant signer, et en admettant indistinctement ceux qui ne le savaient pas.

362. Les formalités de l'acte de célébration du mariage, comme celles des autres actes de l'État civil, sont assez nombreuses; elles réclament une attention et des soins dont ne sont peut-être pas très-capables tous les officiers de l'État civil. L'on avait été frappé, long-temps avant la rédaction du Code civil, de l'imperfection de celle des actes de naissances, mariages, décès, divorces et adoptions; et pour y remédier, en vertu d'un arrêté pris par le gouvernement le 19 floréal an 8, il avait été adressé aux maires et adjoints des modèles d'actes qui assuraient leur uniformité dans toute la France.

Les rédacteurs du Code civil s'occupèrent aussi de la question des modèles; et sur la proposition de la Commission et de la Section de législation, leur forme avait été arrêtée les 6 et 24 fructidor an 9, et un article du projet de loi portait : *Les actes seront inscrits sur les registres, conformément aux modèles ci-joints.*

Cette disposition excita des réclamations; on craignait

(1) Question de Droit, au mot *Mariage*, § 4.

qu'elle ne compromît l'état des citoyens, soit qu'on attachât la peine de nullité à la copie exacte des modèles, soit qu'ils ne fussent présentés que comme indication, parce que, dans ce dernier cas même, ces modèles étant contenus dans une loi, il s'établirait sur les omissions et les inexactitudes une diversité de jurisprudence telle que certains tribunaux y appliqueraient une peine de nullité qui serait au contraire rejetée par d'autres.

Ces considérations firent décider qu'il n'y aurait pas de modèles d'actes insérés dans la loi.

Après la promulgation du Code civil, le ministre de l'intérieur s'apercevant que les modèles d'actes envoyés en exécution de l'arrêté de l'an 8, étaient imparfaits, en rédigea de nouveaux qu'il soumit au Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat en reconnut les avantages et en approuva la rédaction; mais persistant dans sa première opinion, il fut d'avis qu'*ils ne devraient être publiés que par voie d'instruction ministérielle*, d'après les ordres que sa majesté l'Empereur jugerait à propos de donner.

Cet avis, émis le 12 thermidor an 12, approuvé par sa Majesté le 25, fut exécuté par l'envoi que fit le ministre de l'intérieur aux Préfets, le 25 fructidor an 12, de modèles d'actes pour être transmis aux officiers de l'Etat civil (1).

363. Un mariage contracté avec les formalités qui viennent d'être développées est parfait devant la loi, pourvu cependant qu'il ne blesse aucune des conditions d'ordre public qui sont la base des empêchements dirimants que nous avons signalés dans de précédents chapitres.

Ainsi légalement formé, le mariage produit tous ses effets civils. Les époux sont unis aux yeux de la société d'un lien indissoluble. Leurs enfants sont reconnus et protégés

(1) V. la Dissertation et les modèles dans l'Esprit du Code civil par Locré, sur l'art. 39, et à la fin du titre de l'Etat civil, t. 2 de l'éd. in-8°, p. 27 et 177.

par elle, et leurs droits comme leurs obligations réciproques sont placés sous l'égide protectrice du corps social.

Mais nos mœurs demandent quelque chose de plus, la sanction de la religion.

Cette sanction, le législateur, dans son respect pour toutes les opinions, ne l'a pas ordonnée. Mais il l'a indiquée par sa défense même de célébrer le mariage religieux avant le mariage civil. Il l'a favorisée aussi par la protection dont il a entouré le culte, et si la loi est muette sur ce devoir, la morale publique le commande.

---

§ IV.

Des mariages *in extremis* et de ceux faits par procureurs.

SOMMAIRE.

364. *Les mariages* in extremis *étaient prohibés autrefois, s'ils avaient été précédés de concubinage.*
Ils sont valables aujourd'hui.
365. *Le Code civil ne s'explique pas sur les mariages par procureur.*
366. *Ils étaient permis autrefois.*
367. *Raisons contre.*
368. *Raisons pour les autoriser.*
369. *Solution.*

364. Les mariages contractés à l'extrémité de la vie, qu'on appelait mariages *in extremis*, n'étaient pas valables sous l'ancienne législation lorsqu'ils avaient été précédés d'un commerce illicite entre les deux époux. La déclaration de 1639 et l'Edit de mars 1697 les privaient de tous effets civils.

Cette rigueur, dictée par la morale religieuse, avait pour but de prévenir les désordres par la considération de la honte irréparable et des peines sans remède qui y étaient attachées.

Mais l'expérience avait appris qu'elle ne réprimait pas la licence des mœurs, et qu'en livrant au désespoir un père

mourant qui ne pouvait apaiser ses remords et assurer l'état de sa postérité, on punissait surtout de malheureux enfants, victimes innocentes d'une faute qui leur était étrangère.

La loi du 20 septembre 1792 ne défendit pas ces mariages; et comme elle détermina tous les empêchements qu'elle entendait maintenir et qu'elle abrogeait les lois antérieures sur la matière, les mariages *in extremis* furent dès lors permis en observant, d'ailleurs, les formalités prescrites.

Par les mêmes raisons, ces mariages sont aussi autorisés sous le Code, et l'on en a vu plusieurs exemples (1).

365. Le Code civil ne s'explique pas sur les mariages par procureur (2).

Toullier, dans son Droit civil, les admet. M. Vazeilles est d'une opinion contraire (3).

Cette question est fort délicate.

La difficulté provient surtout de la possibilité de l'erreur dans le consentement donné par l'un ou l'autre des époux.

366. Mais ce danger existait autrefois, et cependant les mariages par procureurs étaient autorisés. Seulement des précautions étaient prescrites pour prévenir toute surprise. La Décrétale de Boniface VIII rapportée *cap. fin. de procur. in*-6°, exigeait le concours de trois conditions :

1° Que la procuration désignât spécialement la personne à laquelle l'on donnait pouvoir d'épouser;

2° Que le procureur fondé exerçât le mandat personnellement, sans se faire substituer par un autre procureur, à moins qu'il n'en eût reçu le pouvoir par une clause expresse;

3° Que la procuration n'eût point été révoquée avant la célébration.

367. De ces trois conditions la dernière seule était tout à

(1) V. Toullier, Droit civil, n° 593.

(2) En Hollande, le Roi peut, pour des causes graves, autoriser à se marier par procureur spécial, en vertu d'un acte authentique. (Code hollandais, art. 134.)

(3) Toullier, t. 2, n° 576; Vazeilles, n° 184.

fait contraire aux règles ordinaires du mandat. Les deux premières ne choquent pas ces règles ; car si le mandataire se substitue une autre personne dans sa gestion, sans y être expressément autorisé, il peut être désavoué. Dans les affaires qui exigent une certaine prudence, une certaine habileté, le mandant, dans le silence du mandat, est présumé avoir été guidé dans le choix qu'il a fait par une confiance personnelle et ne pas avoir voulu permettre la substitution. D'ailleurs la personne substituée est moins le procureur fondé du mandant que celui du mandataire. Aussi la loi rend-elle celui-ci responsable de la personne par laquelle il s'est fait remplacer (Code civil, art. 1994 ; Pothier, *Traité du mandat*, n° 99).

On sait aussi que pour des affaires importantes le mandat doit être exprès. (Code civil, art. 1988.)

Mais la troisième condition était en opposition directe avec les principes qui font produire effet au contrat passé de bonne foi avec des tiers, même après la révocation du mandat, mais dans l'ignorance de cette révocation (Voir Code civil, art. 2005, 2008, 2009).

« La raison de cette différence, dit Pothier, est que le » consentement des parties est tellement de l'essence du » mariage au temps auquel il se contracte, que, lorsqu'il » a cessé par la révocation de la procuration quoiqu'ignorée, » il ne peut pas se suppléer pour quelque cause que ce » soit (1). »

Cette raison est puissante ; elle est la plus forte qu'on puisse invoquer pour contester le droit de se marier par procureur fondé ; car un acte aussi important que le mariage doit être essentiellement libre ; la volonté qui l'a préparé doit se soutenir jusqu'au moment où il est accompli. Si avant la célébration faite avec un mandataire cette volonté change, comment contraindre le mandant à reconnaître

(1) Pothier, *du Mariage*, t. 1, p. 462.

une union qu'il repousse et à se soumettre à un engagement dont l'exécution lui est toute personnelle ?

Et s'il y a refus et refus constant, comment considérer comme irrévocablement formé un lien solennel dont l'époux, qui le respecterait, aurait seul les entraves sans en recueillir les avantages ? Comment indemniser cet époux trompé de la perte de sa liberté et même de son état dans la société ?

Ces réflexions sembleraient donc interdire les mariages par procuration.

368. Mais, d'un autre côté, où est la loi qui les défende?

Le mariage n'est-il pas un contrat comme tout autre engagement ?

Et n'est-il pas permis de contracter par l'intermédiaire d'un fondé de pouvoirs?

Il n'y a pas de loi, dit-on, qui le permette pour le mariage, comme sous l'ancienne législation.

Mais il n'y a pas aussi de loi qui le défende, et les principes généraux sur le mandat l'autorisent implicitement.

Sous l'ancienne législation même aucune loi civile ne s'en occupait.

La Décrétale de Boniface réglait plutôt un point de discipline qu'un acte civil. Qu'elle fût jugée nécessaire autrefois que le sacrement était uni au contrat civil dont il était inséparable, on le conçoit. Car les sacrements ne pouvant être, en général, conférés qu'à la personne même qui avait d'ailleurs des devoirs à remplir pour s'en rendre digne, il fallait une règle exceptionnelle pour pouvoir l'obtenir par un intermédiaire. Aussi le mariage était-il parfait par la cérémonie de la célébration faite par procureur. La réitération de la cérémonie par l'époux lui-même n'ajoutait rien à sa validité. On connaît l'histoire d'Henri IV après qu'il eut épousé par procureur Marie de Médicis.

Quelques personnes argumentent de l'article 36, qui porte que « dans les cas où les parties *ne seront point obligées* » de comparaître en personne, elles pourront se faire repré-

» senter par un fondé de procuration spéciale et authen-
» tique. »

Cet article suppose, dit-on, qu'il est des actes de l'Etat civil qui ne peuvent pas être faits par procureur. Or, quels peuvent être ces actes si ce ne sont les mariages? C'est aussi ce que déclare M. Locré sur l'article 36.

Mais quelque respectable qu'elle soit, cette opinion n'est que personnelle. M. Locré ne l'a pas puisée dans les discussions du Conseil d'Etat, où la question n'a pas été examinée.

L'article 36 autoriserait, au contraire, à dire que par cela même qu'aucune disposition expresse de la loi n'oblige les parties à comparaître en personne à l'acte civil du mariage, elles peuvent s'y faire représenter par un procureur.

Au reste, la supposition sur laquelle est fondée l'exception portée par l'article 36, peut s'appliquer au divorce par consentement mutuel, que l'article 294 n'autorise l'officier de l'Etat civil à prononcer que lorsque les parties se présentent *ensemble* et *en personne* devant lui.

Une autre objection est tirée de la lecture que l'officier public doit faire aux parties du titre du mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux.

Mais cette lecture peut être reçue par le procureur fondé pour la transmettre à la partie qu'il représente.

Mais il en est de ce cas comme des actes des notaires dont la loi prescrit la lecture aux parties, ce qui n'empêche pas qu'elles puissent y faire présenter pour elles un procureur fondé.

Mais, d'ailleurs, cette lecture n'est pas prescrite à peine de nullité.

Il n'y a donc rien dans le Code civil qui s'oppose à ce qu'un mariage soit contracté par procureur.

M. Vazeilles fait observer que dans les discussions du Conseil d'Etat sur l'article 146 on avait remarqué, en parlant de l'erreur sur les qualités physiques qui pouvait être in-

voquée autrefois comme cause de nullité de mariage, que « ces principes avaient encore pu être imaginés dans les » temps où les mariages pouvaient être contractés par pro- » curation ; mais qu'ils étaient devenus sans objet aujourd'hui » que le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes pré- » sentes. »

Cette observation qui fut faite par le premier Consul à la réunion du 24 frimaire an 10, ne fut pas, il est vrai, relevée ni par conséquent contredite. Mais elle était fugitive ; c'était un simple argument auquel on ne s'arrêta pas comme étant inutile à la solution de la question qui s'agitait. Si la pensée eût été adoptée comme principe, on l'eût consigné dans un article de la loi nouvelle. C'est prendre une frêle base que d'appuyer un système sur l'une des mille réflexions qui ont pu être faites dans de nombreuses dissertations sur le projet de loi.

Et remarquons que l'auteur même de la réflexion, quelques années après se maria par procureur.

Aujourd'hui, ces mariages par procurations ont lieu dans toute l'Europe. Un exemple récent d'un semblable mariage a été donné en France.

369. Que doit-on décider dans ce conflit d'arguments opposés ?

Que la loi ne défendant pas les mariages par procuration, et le mariage étant un contrat civil, ces sortes de mariages sont valables ;

Qu'ils peuvent présenter quelques inconvénients ; mais que ces inconvénients sont faciles à prévoir et à prévenir ;

Que d'ailleurs, ce ne serait pas une raison pour invoquer des prohibitions et des nullités qui ne sont pas écrites dans la loi (1).

(1) Voir celle question traitée par M. Merlin, dont l'opinion est affirmative. Répertoire, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1, 4e question.

Section IV.

Des mariages des militaires célébrés en France.

SOMMAIRE.

370. *Les militaires résidents en France doivent se conformer aux règles ordinaires pour leur mariage.*
371. *Ce n'est qu'à l'étranger qu'ils sont soumis à des règles spéciales.*
372. *La résidence d'un militaire en activité est sa garnison.*

370. Cette section ne donnera pas lieu à beaucoup de détails, puisqu'elle est restreinte aux mariages contractés en France par les militaires.

Nous avons vu précédemment que les militaires et les marins en activité de service ou en disponibilité, même les employés dans les intendances militaires, dans les administrations maritimes ou dans les services de santé, ne pouvaient se marier sans en avoir obtenu la permission, savoir : ceux qui ont le grade d'officiers, des ministres de la guerre ou de la marine, et les sous-officiers et soldats, du conseil d'administration de leur corps.

C'est là la seule différence qui existe quant aux mariages entre les militaires ou marins qui sont en France et les autres citoyens.

Ils sont, d'ailleurs, soumis à toutes les conditions, à toutes les formalités prescrites par la loi générale. C'est aussi devant l'officier de l'État civil de leur domicile ou devant celui du domicile de leurs futures épouses que leurs mariages doivent être célébrés ; et pour eux aussi le domicile du mariage s'acquiert par six mois de résidence ou de garnison dans la même commune du royaume.

371. Les articles 88 et suivants du Code civil, formant le chapitre 5 du titre 2 du livre 1er, ne s'appliquent qu'aux militaires qui se trouvent hors du royaume, et dont les mariages seront l'objet du chapitre ci-après.

Cette vérité fut reconnue dans des discussions du Conseil d'État, sur l'art. 88.

Mais pour prévenir toute difficulté, elle fut déclarée dans un avis du Conseil d'État du 4 complémentaire an 13. En voici les termes :

« Le Conseil d'État qui, d'après le renvoi qui lui a été » fait par Sa Majesté, a entendu le rapport de la Section de » législation sur celui du grand-juge ministre de la jus- » tice, tendant à faire décider si les militaires ne peuvent » contracter mariage que devant l'officier de l'État civil du » domicile de l'un des époux, et si ce domicile doit être » acquis, pour le militaire, par six mois d'habitation dans » le lieu où le mariage sera célébré.

» Considérant que l'art. 165 du Code civil porté que le » mariage sera célébré par l'officier civil du domicile » de l'une des parties ; que ce domicile, aux termes de l'ar- » ticle 74, est acquis par six mois d'habitation continue » dans la même commune ; que les articles 94 et 95 du » Code civil ne concernent que les militaires hors du terri- » toire du royaume ; qu'il n'y a nulle exception en faveur » des militaires en activité de service dans l'intérieur ;

» Est d'avis,

» Que les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le terri- » toire du royaume, ne peuvent contracter mariage que » devant les officiers de l'État civil des communes où ils ont » résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'of- » ficier de l'État civil de la commune où leurs futures épou- » ses ont acquis leur domicile, en observant les formalités » prescrites par les articles 166, 167 et 168. »

372. La résidence d'un militaire en activité de service ne peut être que sa garnison. Ainsi, le militaire qui est resté six mois sans interruption en garnison dans une commune, y a acquis le domicile du mariage. Il peut se marier devant l'officier civil de cette commune ; il doit, dans tous les cas, y faire faire les publications de son mariage, suivant l'ar-

ticle 166 du Code. Mais il faut aussi que ces publications soient faites à son ancien domicile et aux domiciles de ceux de ses parents sous la puissance desquels il est placé, suivant le vœu des articles 167 et 168 (1).

Si la résidence, dans la dernière garnison, n'a pas duré six mois, le domicile du mariage n'étant pas acquis, c'est à l'ancien domicile ou au domicile réel d'origine si ce domicile légal n'a pas changé, que les publications doivent être seulement faites, et que le mariage peut être célébré.

CHAPITRE II.

Des mariages contractés en pays étranger.

SOMMAIRE.

373. *Des mariages contractés en pays étranger. Division.*

373. En s'occupant des mariages célébrés dans l'étranger, la loi a fait deux sortes de dispositions : les unes applicables à tous les Français en général, les autres relatives aux militaires en particulier.

L'examen de ces dispositions se divise donc naturellement en deux sections.

Section Ire.

Des mariages célébrés dans l'étranger par tous Français en général.

SOMMAIRE.

374. *Motifs qui ont fait autoriser le mariage des Français célébrés dans l'étranger.*

(1) V. Locré, Esprit du Code civil, sur les art. 94-98 ; les Pandectes françaises cet les art. 94 ; Dalloz aîné, t. 10, p. 79, n° 14 ; Favard, Répertoire, sect. 3, § 2, n° 5.

375. *Dans le droit ancien, il fallait le consentement du curé des Français.*
376. *La loi de* 1792 *était muette.—Arrêts sur la question sous cette loi.*
377. *Devant quelle autorité pouvaient être célébrés les mariages des Français?*
378. *Les arrêts cités appliquent la maxime* locus regis actum.
379. *Nos agents diplomatiques ne pouvaient recevoir des actes de l'État civil qu'entre Français.*
380. *Législation actuelle.— Texte: art.* 47, 48, 170, 171.
381. *Le mariage est valable dans tous les cas s'il est célébré suivant la loi du pays où on le contracte. Art.* 47-170.
382. *Il ne peut l'être qu'entre Français par les agents Français à l'étranger.*
383 *Opinions opposées sur la question, — Solution.*
384. *Mais ces mariages doivent être précédés de publications en France.*
385. *Le défaut de publications en France les rend-ils nuls? — Opinions opposées.*
386. *Dissertation et solution.*
387. *Cas où les publications en France ne sont pas nécessaires.*
388. *Mais les Français doivent-ils observer en se mariant à l'étranger les conditions de capacité prescrites en France?*
389. Quid *de l'âge?*
390. Quid *de la parenté et de l'alliance directe ou collatérale?*
391. Quid *des étrangers qui se marient en France? — Lettre ministérielle sur diverses questions.*
392. *L'acte civil fait à l'étranger doit être transcrit dans les registres de l'État civil en France.*
393. *L'omission de la transcription rend-elle le mariage nul? — Opinions contraires et jurisprudence.*

374. « La terre a été donnée en partage aux enfants des hommes. Un citoyen peut se transporter partout; et partout il peut exercer les droits attachés à la qualité d'homme. Dans le nombre de ces droits est incontestablement la faculté de contracter mariage. Cette faculté n'est pas locale; elle ne saurait être circonscrite par le territoire; elle est, pour ainsi dire, universelle, comme la nature qui n'est absente nulle part. La loi ne devait donc pas refuser aux Français

le droit de contracter mariage en pays étranger ni de s'unir à une personne étrangère » (1).

Ces vérités simples et incontestables sont la base des dispositions du Code civil sur les mariages des Français en pays étrangers.

375. Elles étaient en partie méconnues autrefois, et les mariages des Français ne pouvaient être sans danger célébrés à l'étranger.

Une déclaration du 16 juin 1685 défendait à tout Français de se marier en pays étranger sans la permission du roi, « à peine d'être déclaré atteint et convaincu d'infidélité envers nous et l'Etat et puni de confiscation de corps et de biens.»

La rigueur excessive de cette ordonnance la fit tomber en désuétude.

Mais la nécessité de la présence ou du consentement du curé de l'époux français était un obstacle sérieux à la validité du mariage. Cette condition, prescrite par l'Édit de mars 1697, était absolue. Son omission entraînait la nullité du mariage, quelque part qu'il fût célébré. Car l'Édit était considéré comme un statut personnel qui suivait les Français dans quelque lieu qu'ils habitassent.

On annulait donc les mariages célébrés à l'étranger, même par un prêtre catholique, entre un Français et une Française, ou un Français et un étranger, s'il n'était pas justifié du consentement du curé des Français ; on l'annulait quoique les parties se fussent conformées aux lois du pays, surtout s'il aparaissait que c'était en fraude de la loi française que l'on s'était rendu ; pour le mariage, en pays étranger.

Cependant on considérait comme valable le mariage d'un Français qui ayant sans fraude sa résidence dans un pays étranger où la religion catholique n'était pas exercée,

(1) Portalis, Exposé des motifs, procès-verbal du 19 ventôse an 11.

s'unissait à une femme catholique dans la chapelle de l'ambassadeur dont l'aumônier célébrait la cérémonie (1).

376. La loi du 20 septembre 1792 ne s'expliquait pas sur les mariages faits, en pays étranger, entre Français ou entre un Français et une étrangère.

Mais cette loi, en établissant de nouvelles règles sur les mariages, avait abrogé les anciennes prohibitions et rendu toute sa force, même relativement aux mariages, à la maxime qui veut que les contrats soient régis par la loi du lieu où ils ont été passés. *Locus regit actum.*

Aussi de nombreux arrêts ont-ils déclaré valables, par application de cette maxime, des mariages contractés à l'étranger, depuis la promulgation de la loi de 1792 et avant le Code civil.

Ainsi un arrêt de la Cour de cassation, du 8 juin 1809, a jugé en faveur de la veuve du général Faultrier qu'un mariage célébré en Egypte avec les formalités voulues par les usages locaux était valable, quoiqu'il n'y eût point eu de publications en France, domicile légal du général, et quoiqu'il n'eût pas été rédigé d'acte civil du mariage. Tel était l'usage local.

L'arrêt juge aussi que la preuve testimoniale d'un tel usage était admissible (2).

Un second arrêt, du 7 septembre 1809, rendu dans la famille du général Destaing, a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Riom, du 11 juin 1808, qui avait admis Anne Nazo se disant veuve Destaing, à prouver par témoins qu'en l'an VIII son mariage avait été célébré au Caire, en Egypte, avec le défunt général Destaing, suivant les cérémonies usitées dans ce lieu, et qu'il n'y était pas d'usage de tenir des registres de l'Etat civil ni de rédiger par écrit les actes de mariage.

(1) V. Pothier, n° 363; Merlin, Répertoire, section 4, § 2, n° 9; Vazeilles, n° 188.

(2) Denevers, vol. de 1809, p. 263.

Un troisième arrêt de la même Cour a décidé, le 21 mai 1810, dans l'affaire Bellonne et Pastoris, 1° que des mariages contractés avant le Code Napoléon, en 1799, dans les pays où n'avait pas été publiée l'ordonnance de 1667 et notamment en Italie, pouvaient être prouvés par témoins, lorsqu'au moment de leur célébration il n'en avait pas été dressé d'acte, et quoiqu'il ne fût pas constaté qu'il n'y avait pas de registre dans le lieu où ils avaient été célébrés ;

2° Qu'à la même époque un aumônier de troupes piémontaises avait pu célébrer le mariage d'un militaire de son régiment (1).

377. La Cour de cassation a résolu, le 16 juin 1829, plusieurs autres questions importantes qu'avait fait naître un mariage contracté sous la loi du 20 septembre 1792.

Elle a jugé 1° que ce mariage contracté par un Français en pays étranger n'était pas nul à défaut de publications ;

2° Que ce mariage avait pu être contracté sans l'autorisation du Gouvernement français ;

3° Que, célébré sous les lois espagnoles (à la Havane), il était valable, l'ayant été par le curé ou un autre prêtre, avec l'autorisation du curé ou de l'ordinaire, en présence de deux ou trois témoins, conformément au Concile de Trente qui régissait dans ce pays la solennité des mariages ;

4° Qu'il n'était pas nécessaire que l'acte fût signé des témoins ;

5° Que le certificat d'un évêque suffit pour constater quelle est la forme en Espagne des actes de mariage et de naissance (2).

378. Ces différents arrêts rendus dans l'intérêt du mariage, sont tous fondés sur la maxime *locus regit actum*.

(1) Voir ces deux arrêts et les savantes dissertations du procureur-général Merlin, dans les Questions de droit de cet auteur au mot *Mariage*, § 7 et 8.

(2) V. cet arrêt dans le journal de Sirey, 29. 1261, et dans celui de Dalloz, 27. 1. 272.

Cette maxime a également servi de base pour annuler des mariages faits aussi sous la loi de 1792, pour la célébration desquels on avait négligé de se conformer aux lois et aux usages du lieu où ils avaient été célébrés.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 2 décembre 1807, dans l'affaire Brichard, a déclaré nul un mariage célébré en pays étranger par un agent national sans avoir été précédé ni accompagné des formalités prescrites par la loi du 20 septembre 1792 (1).

Et cette jurisprudence a été consacrée depuis par un second arrêt du 10 août 1819, qui annule un mariage célébré, le 6 juin 1793, entre une Grecque et un Français devant le Consul provisoire de France à Constantinople après une seule publication commune aux deux futurs faite par affiches à la porte de la légation française.

Voici les principaux motifs de l'arrêt; ils sont d'autant plus importants qu'ils jugent l'une des questions de la cause par interprétation même de quelques articles du Code civil :

« Vu les art. 47, 171 et 191 du Code civil;

» Attendu qu'il est reconnu par l'arrêt attaqué qu'aucune loi n'avait conféré, en 1793, aux consuls de France à l'étranger, le pouvoir de recevoir les actes de l'Etat civil entre des Français et des étrangers;

» Que, d'après la législation invariablement observée en France, et qui, dans aucuns temps, n'a été méconnue, les actes de toute nature passés en pays étrangers entre des Français et des étrangers doivent être faits suivant les lois du pays où ces actes ont lieu;

» Que ce principe, loin d'être modifié, a reçu une nouvelle force des art. 47 et 70 du Code qui le rappellent de la manière la plus expresse;

» Que si les agents diplomatiques et les consuls ont été

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Denevers, vol. de 1808, p. 53.

autorisés par l'art. 48, le seul où il soit question d'eux, à recevoir les actes de l'Etat civil des Français en pays étranger conformément aux lois françaises, il résulte clairement et de l'essence des choses et du texte de la loi, qu'il ne s'agit ici que des Français uniquement, nos lois et nos agents n'ayant de pouvoirs à l'étranger que sur les nationaux ;

» Que cet article, d'ailleurs, est en harmonie avec les ordonnances constitutives du Consulat, notamment avec celles du 24 mai 1728, art. 31 ; avec les traités de 1604 et 1740 conclus avec la Turquie, art. 24 et 43 du premier, et 15 et 26 du second, et avec la convention consulaire du 14 novembre 1788 entre la France et les Etats-Unis de l'Amérique, art. 4 et 6 ;

» Et attendu que, dans l'espèce, la dame Somma Ripa, sujette de l'Empire ottoman, dont elle n'avait jamais quitté le territoire, n'était soumise qu'aux lois de son pays, et qu'il n'a jamais été opposé, même par le sieur Gaudin (le défendeur en cassation), que son mariage fût conforme aux lois qui régissent l'union des catholiques en Turquie ; qu'il suit, au contraire, des pièces produites, que ce mariage y a toujours été regardé comme absolument nul ;

» Qu'ainsi, en validant un pareil mariage célébré à Constantinople, le 6 novembre 1793, entre le sieur Gaudin, Français, et la dame Somma Ripa, sujette de l'Empire ottoman, quoiqu'il n'ait pas été contracté suivant les formes du pays où il a eu lieu, et que l'acte en ait été simplement reçu par le vice-consul provisoire français, conformément à la seule loi française, la Cour, par l'arrêt attaqué, a en même temps commis un excès de pouvoirs, méconnu les principes consacrés par les art. 47 et 170 du Code civil et formellement violé l'art 191 du même Code ;

» Qu'un pareil vice produit une nullité absolue d'ordre public, qui ne peut être couverte par la possession d'état et qui est proposable par les époux eux-mêmes ;

» Par ces motifs, la Cour casse et annule l'arrêt de la Cour royale de Rouen, du 24 février 1818 (1). »

379. Cet arrêt juge plusieurs questions fort importantes :

1° Qu'en 1793 un agent diplomatique français n'avait pas le pouvoir de recevoir les actes de l'Etat civil entre des Français et des étrangers ;

2° Que même sous le Code il n'aurait pas ce pouvoir, nos lois ne lui en accordant que pour les nationaux ;

3° Qu'un mariage, à l'étranger, entre un Français et une étrangère, doit être célébré conformément aux lois du pays où il est contracté.

Nous reviendrons sur cette doctrine en examinant les articles du Code civil qui y ont trait.

On doit remarquer aussi que si en 1793 aucune loi n'autorisait les agents diplomatiques à recevoir les actes de l'Etat civil même entre Français, ce droit leur fut attribué dans la suite par un avis du Conseil d'Etat, du 4 frimaire an XI, approuvé le 11 du même mois par le chef du gouvernement (25 novembre, 2 décembre 1802).

Cet avis porte « que les commissaires des relations com-
» merciales de la République, en pays étranger, peuvent y
» recevoir les actes de l'Etat civil français, en se confor-
» mant aux formes et conditions prescrites par les lois (2). »

Telle était la législation au moment de la rédaction du Code civil.

380. Dans ce Code devaient être insérés les deux règles sur lesquelles nous venons de nous fixer.

Aussi sont-elles devenues les art. 47 et 48 de la loi nouvelle.

« Tout acte de l'Etat civil des Français et des étrangers, Art. 47.
» fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les
» formes usitées dans ledit pays. »

(1) V. cet arrêt dans le Journal de Sirey, t. 19. 1. 492, et dans celui de Denevers, t. 17. 1. 478.

(2) Sirey, 3. 2. 97, et Bulletin des lois.

Art. 48. « Tout acte de l'Etat civil des Français, en pays étranger, » sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois fran- » çaises, par les agents diplomatiques ou par des consuls. »

Le premier de ces articles proclame le principe de la puissance des lois étrangères sur les actes qui sont passés sous leur empire.

Le second admet une exception en faveur des Français seulement, et autorise les agents diplomatiques ou les commissaires des relations commerciales à remplir en faveur des Français les fonctions d'officiers de l'État civil.

Ces deux articles, placés au titre *des actes de l'Etat civil*, dans le chapitre 1^er^ *des Dispositions générales*, s'appliquent, comme on le voit, aux trois espèces d'actes de l'État civil, aux actes de naissance, de mariage et de décès.

Considérés isolément, ils paraissent n'exiger aucune autre condition pour la validité des actes que celles qui y sont expressément énoncées.

Cependant, relativement aux mariages, leurs dispositions doivent être combinées avec celles des art. 170 et 171 du Code; rappelons les termes de ces deux autres articles :

Art. 170. « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63, au titre *des actes de l'Etat civil*, et que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. »

Art. 171. « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile » (1).

(1) Le Code des Deux-Siciles n'a pas adopté la règle de l'art. 170, parce qu'on ne reconnaît pas dans ce royaume les mariages qui n'ont pas été célébrés par l'Eglise.

L'article 171 du Code français est admis. (V. Code des Deux-Siciles, article 180.)

D'apres le Code Sarde, art. 64, les mariages des catholiques faits en

Ces deux articles, combinés avec les art. 47 et 48, sont également applicables à tous les cas; en sorte que tous les mariages soit qu'ils fussent contractés entre Français seulement, soit qu'ils le fussent entre un Français et une étrangère, ou un étranger et une Française, seraient valablement célébrés, selon les cas, de l'une des deux manières indiquées par les art. 47, 48 et 170, sauf l'exécution de la formalité prescrite par l'art. 171.

381. La différence des expressions de ces articles comparés entr'eux et la différence des principes qui leur servent de base doivent aussi produire une différence dans leur application.

Les termes de l'art. 47 sont généraux et n'admettent aucune distinction. *Tout acte de l'Etat civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays*, dit l'article.

Ces expressions ne sont pas équivoques; elles parlent des Français et des étrangers indistinctement. Elles attribuent une égale validité à l'acte concernant un étranger et à celui concernant un Français. Or si un tel acte fait foi, est valable pour le Français ou pour l'étranger isolément, il doit valoir aussi pour les deux individus réunis; et l'acte qui leur est commun doit nécessairement faire foi.

L'art. 170 est encore plus explicite:

« Le mariage contracté en pays étranger, entre Français, ou entre Français et étrangers, sera valable s'il a été *célébré dans les formes usitées dans le pays*. »

Ainsi la lettre de l'article exprime formellement les deux cas d'union, ou entre deux individus ayant tous les deux la qualité de Français, ou entre deux individus ayant l'un la qualité de Français, l'autre celle d'étranger.

pays étranger ne sont valables qu'autant qu'il ont été célébrés par un prêtre. Quant aux non catholiques, leurs mariages seront valables si l'on a suivi les formes du lieu où ils ont été célébrés.

Il ne saurait donc y avoir le moindre doute sur le sens des art. 47 et 170, à n'en considérer que l'expression.

Si l'on en consulte l'esprit, en se fixant sur les motifs qui ont dicté ses dispositions, on le trouvera en harmonie avec la lettre.

Ces motifs ressortent de ce qui est ajouté dans les deux articles : *S'il a été rédigé ou s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays.*

Ainsi le mariage sera valable si l'on a observé pour sa célébration les formalités prescrites par les lois du lieu ; règle qui est un hommage rendu à ce principe si universel, si constamment observé : *locus regit actum.*

C'est donc par respect pour ce principe fondamental de toutes les législations que le Code français a déclaré valables les mariages faits à l'étranger. Or l'on conçoit que le motif s'appliquait à tous les mariages, quelle que fût la qualité des deux individus qui s'uniraient, qu'ils eussent l'un et l'autre la qualité de Français, ou que l'un d'eux fût Français et l'autre étranger.

382. Examinons s'il en est ainsi pour l'application de l'article 48.

La simple lecture de cet article fait voir que les termes de sa rédaction sont restrictifs, et la moindre attention suffit pour reconnaître qu'il a été dicté par d'autres motifs, dans un autre esprit que les deux autres.

Les termes de sa rédaction sont restrictifs :

« Tout acte de l'état civil *de français*, en pays étranger, sera valable s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls. »

Ici il n'est plus question d'étrangers ; c'est des Français seulement que la loi s'occupe. Ce sont les actes civils qui leur sont propres et qui les concernent seuls, dont la loi française s'empare et qu'elle veut régir.

Et pourquoi, par quel motif? Parce que la loi française, comme statut personnel, suit les Français dans tous les lieux

où ils résident; parce que partout elle a le droit d'exercer son influence protectrice ou gouvernementale sur leurs personnes et sur les actes qui tiennent à leur état personnel et social.

Aussi qu'exige-t-elle pour autoriser les actes de l'État civil des Français en pays étrangers?

Que ces actes soient *reçus conformément aux lois françaises* et *par des fonctionnaires publics français*. Par des fonctionnaires français indépendants des lois civiles du pays où ils résident, dans lesquels les lois civiles respectent le caractère de fonctionnaires étrangers que les lois politiques leur attribuent et les autorisent à conserver, dont l'hôtel est même réputé faire partie du territoire de l'empire qu'ils représentent auprès de la puissance où ils exercent leurs fonctions. Comme agents diplomatiques français, comme commissaires des relations commerciales, ces fonctionnaires tiennent de leurs fonctions même juridictoin sur le Français qui se trouve, momentanément où à demeure, dans les lieux où leur gouvernement les a placés. Et en recevant l'acte civil d'un Français, ces mandataires de l'autorité française ne font qu'exercer un acte de la juridiction dont les a investis la loi de France.

Ainsi, à le considérer dans son expression, l'article 48 ne s'applique qu'aux Français.

A le considérer aussi dans ses motifs et dans l'esprit qui l'a dicté, cet article ne peut s'appliquer qu'à des personnes sur lesquelles s'étend la juridiction de l'agent diplomatique ou du commissaire des relations commerciales. Il s'applique donc seulement à des Français, non à des étrangers qui ne sont évidemment pas soumis à cette juridiction.

Donc ce n'est qu'entre Français que ces fonctionnaires sont compétents pour la célébration d'un mariage en pays étranger.

Donc un mariage contracté à l'étranger entre un Français et une personne du pays, par un agent français, confor-

mément aux lois françaises, serait nul comme célébré par un ministre incompétent et suivant des lois qui, n'ayant aucun empire sur la personne étrangère, n'ont pu former de lien entr'elle et le Français.

383. L'opinion que nous adoptons est celle de Duranton, dans son Droit français, et de Dalloz aîné, dans sa jurisprudence générale; elle a été consacrée formellement par l'arrêt du 18 août 1819, Somma Ripa, que nous avons ci-dessus transcrit et où on lit ce motif si remarquable: « Attendu » que si les agents diplomatiques ou les consuls ont été » autorisés à recevoir les actes de l'État civil des Français en » pays étranger, conformément aux lois françaises, il ré- » sulte clairement et de l'esprit des choses et du texte de » la loi, qu'il ne s'agit ici que des *Français uniquement*, » nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir à l'étranger » *que sur les nationaux* » (1).

M. Vazeilles est d'un avis contraire. Il se fonde principalement sur ce qu'un mariage, contracté en France entre un Français et un étranger, est aussi valable que s'il était formé entre deux Français; et il se demande pourquoi n'en serait-il pas de même du mariage célébré en pays étranger par un ministre français?

M. Vazeilles n'a pas fait attention que ce n'est pas seulement sur la compétence de l'officier public que repose la validité d'un mariage contracté en France entre un Français et une étrangère; que c'est aussi sur la puissance qu'ont les lois du lieu sur les actes qui y sont passés.

L'étranger qui réside en France et qui y contracte est par cela même soumis aux lois du royaume. Car si, suivant notre législation même, la maxime *locus regit actum* doit être appliquée aux Français qui se marient en pays étranger conformément aux lois du pays, il est d'une juste réciprocité que la même application soit faite aux étrangers qui se marient en France.

(1) Duranton, t. 2, n° 234; Dalloz aîné, t. 10. 77 et 78, n° 6.

Au reste, les lois sur les mariages sont d'ordre public. Or, l'article 3 du Code civil veut que les lois de police, dont les lois d'ordre public sont une des plus importantes branches, obligent tous ceux qui habitent le territoire. Ainsi, le Code civil lui-même déclare valables les mariages contractés en France, conformément aux lois françaises, par des étrangers. Et remarquez que ce sont les termes généraux de cet article 3 qui firent considérer au Conseil d'Etat comme inutile une disposition plus spéciale sur le mariage des étrangers en France (1).

Mais trouve-t-on dans notre Code civil quelque disposition qui autorise nos agents à l'étranger à célébrer des mariages entre une étrangère et un Français?

On n'en trouve point; au contraire même, il y a une disposition négative dans l'article 48, qui ne parle que des mariages entre Français?

Ainsi, pour célébrer un mariage entre un Français et une étrangère, les agents diplomatiques ou consulaires ne pourraient s'autoriser ni d'aucun texte de loi française, ni de la maxime *locus regit actum*. Comment un tel mariage serait-il valable? Et les autorités du lieu ne seraient-elles pas fondées à se plaindre hautement de l'abus qu'aurait fait l'agent étranger de sa position diplomatique pour s'arroger un droit arbitraire et pour favoriser une sorte de rapt de séduction sur un de leurs administrés?

Il y a souvent entre les opinions des meilleurs esprits une telle contradiction que, tandis que M. Vazeilles pense que les agents diplomatiques et consulaires peuvent célébrer, en pays étranger non-seulement les mariages des Français entr'eux mais encore ceux entre Français et étranger, M. Favard croit, au contraire, que ces agents ne peuvent célébrer ni les uns ni les autres.

Selon M. Favard l'art. 48 reçoit une exception pour les

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 170, 5me subdivision.

mariages qui sont régis par une disposition spéciale placée au titre du mariage, art. 170.

Pour appuyer son système, M. Favard invoque et le langage de Locré sur l'article 170 du Code civil et la doctrine de Mornac, et celle professée par M. Merlin en portant la parole dans l'affaire de la veuve Faultrier.

Le langage de Locré n'a rien de décisif sur la question ; il se borne à rappeler les motifs qui ont fait autoriser les Français à se marier à l'étranger suivant les formes usitées dans les pays où ils se trouvent.

« On ôterait par le fait aux Français la faculté de se ma-
» rier dans l'étranger, si on les obligeait de contracter
» suivant les formes établies en France. Il n'est pas en leur
» pouvoir de les introduire dans les pays où ils se trouvent.
» La forme du contrat est donc réglée alors par les lois du
» lieu où il est passé. » (Expressions de M. Locré.)

Ces observations sont justes. Mais elles n'excluent pas le droit de contracter les mariages devant les agents diplomatiques ou les consuls. Elles indiquent seulement un moyen de plus et un moyen qui doit être même beaucoup plus fréquemment employé. Car les agents diplomatiques ou consulaires ne sont pas très-répandus à l'étranger. Ils ne résident que dans les villes principales.

Comment supposer, au reste, que dans deux lois décrétées et publiées à neuf jours seulement d'intervalle, le même législateur ait laissé se glisser une contradiction aussi choquante que celle qui, dans le système de M. Favard, se rencontrerait entre les dispositions de l'art. 48 du Code et celles de l'art. 170 (1)?

Comment présumer qu'après avoir autorisé, par le premier article, les agents français à recevoir TOUT ACTE *de l'Etat civil des Français en pays étranger*, il ait entendu dans le

(1) Le titre de l'Etat civil a été décrété le 8 mars et publié le 17 mars 1803. Celui du Mariage a été décrété et publié les 18 et 27 du même mois.

second article en exclure le plus important peut-être des actes de l'Etat civil, celui du mariage?

Comment croire surtout que, s'il eût voulu, par l'art. 170, poser une exception à la règle générale et absolue introduite par l'art. 48, il ne l'eût pas déclaré formellement?

Reconnaissons donc que les deux dispositions doivent subsister simultanément et disons, avec Locré lui-même sur les art. 47 et 48, qu'un Français à l'étranger peut faire rédiger tout acte relatif à son état civil, dans les formes établies par les lois du pays où il réside, même lorsque cet acte lui est commun soit avec un autre Français soit avec un étranger; mais qu'il *peut aussi faire dresser l'acte par les agents français dans les formes voulues par les lois françaises* lorsque cet acte ne concerne que des Français.

Quant à la doctrine de Mornac et à celle de Merlin, doctrine qui a été puisée dans la dissertation de ce dernier auteur lors de l'arrêt Faultrier, il est facile de voir dans la dissertation même que cette doctrine n'est pas exclusive de tout autre mode de célébration de mariage. M. Merlin y rappelle lui-même qu'avant la loi du 20 septembre 1792, les militaires français pouvaient, en pays étranger, se marier, indistinctement, ou devant les aumôniers de leurs régiments ou devant les officiers compétents du pays où ils étaient stationnés; et que, depuis la loi de 1792, l'usage s'était introduit à l'armée de se marier devant les commissaires des guerres, quoique aucune loi n'eût investi ces commissaires des fonctions d'officiers de l'État civil pour les militaires. Cet usage a été adopté mais régularisé par le Code civil.

Au reste toute argumentation systématique vient se briser contre le texte de l'art. 48 du Code civil. Ce texte est clair et formel; il autorise les agents français qu'il désigne à recevoir à l'étranger *tout acte de l'Etat civil des Français*. Un droit aussi général, aussi positif, accordé par une loi, ne peut être détruit ni modifié que par une loi contraire aussi claire, aussi formelle.

De la discussion à laquelle nous sommes délivrés découlent deux conséquences :

L'une que tout mariage d'un Français à l'étranger est valable, quelle que soit la personne à laquelle il s'unisse, s'il a été célébré avec les formes usitées dans le pays; l'autre que que ce sont seulement les mariages entre Français que les agents diplomatiques ou consulaires peuvent célébrer dans un pays étranger.

384. Mais en autorisant ces deux modes de mariages à l'étranger la loi ne devait pas négliger les formalités nécessaires pour leur publicité en France.

Elle devait aussi imposer aux Français l'observation des règles importantes qu'elle avait établies sur l'état et les capacités civiles.

De là les deux ordres de dispositions contenues dans les art. 170 et 171 du Code civil.

Les premières, destinées à rendre le mariage public en France, consistent à exiger qu'il soit précédé des publications prescrites par l'art. 63 du Code, et qu'il soit suivi, dans les trois mois du retour du Français sur le territoire de France, de la *transcription sur le registre public* des mariages, du lieu de son domicile, de l'acte de célébration du mariage contracté à l'étranger (V. les art. 170 et 171).

Ici se présente une question d'une haute importance.

L'observation des deux prescriptions ou de l'une d'elles est-elle indispensable pour la validité du mariage?

On conçoit facilement que la formalité des publications soit la plus nécessaire. Destinées à prévenir les contraventions aux règles sur la capacité civile des futurs époux, sur le consentement dont ils ont besoin avant un certain âge, sur les conseils qu'ils doivent, quel que soit leur âge, demander à leurs ascendants, les publications se lient à l'intérêt public qui pourrait être blessé, à la morale qui pourrait être outragée, aux devoirs envers les ascendants, devoirs qui pourraient être dédaignés, si le défaut de publicité

en France ne permettait pas à ceux qui en ont le droit de s'opposer à un mariage illicite dont des empêchements légaux signaleraient la nullité, ou dont un coupable oubli envers des ascendants annoncerait l'irrévérence.

385. Aussi des auteurs recommandables ont-ils considéré comme nuls des mariages contractés à l'étranger sans avoir été précédés par des publications en France au domicile des Français futurs époux.

Delvincourt pense que l'omission des publications en France, par le Français qui y a un domicile, rend nul le mariage fait à l'étranger. La forme de rédaction de l'art. 170 lui paraît entraîner cette sévère conséquence.

Il est vrai que cet article, en déclarant valables les mariages faits à l'étranger dans les formes usitées dans le pays, ajoute ces expressions remarquables : *Pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art.* 63 ; en sorte que la validité du mariage paraîtrait dépendre de l'exécution de la condition.

L'auteur fait aussi observer que sans cette rigueur la formalité serait toujours négligée. Car on manquerait à l'étranger de la garantie que la loi donne en France dans la défense qu'elle fait à l'officier public de célébrer le mariage si des publications ne lui sont pas présentées et dans l'amende qu'elle lui inflige.

L'opinion de M. Delvincourt a été adoptée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Deux arrêts rendus le même jour, 9 mars 1831, ont déclaré « que la publicité des mariages contractés en France » résulte des publications ordonnées par l'art. 63 du Code » civil et de la célébration devant l'officier de l'Etat civil » compétent ; qu'à l'égard des mariages contractés en pays » étranger et célébrés dans les formes usitées dans le pays » par des Français qui n'ont en ce pays ni domicile, ni résidence, la publicité ne peut résulter que des publications » ordonnées par l'art. 63 et requises par l'art. 170 du Code

» civil ; d'où il suit que, dans ces circonstances, l'absence de » ces publications entraîne le défaut de publicité et par con- » séquent la nullité du mariage. »

Les deux arrêts sont rapportés dans le journal de Sirey ; l'un d'eux en note seulement, l'autre avec détail. — Dans l'espèce de celui-ci il *s'agissait de deux Français qui n'avaient ni résidence*, ni domicile en pays étranger, qui *n'avaient quitté momentanément le royaume que pour se soustraire aux dispositions de la loi française concernant le mariage*, et dont la Cour de Paris avait annulé le mariage sur la demande même de l'époux.

Ces circonstances retenues dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation contre l'usage n'auraient-elles pas et quelque influence sur la décision ?

Quoi qu'il en soit la chambre civile rejeta le pourvoi, et décida « qu'en cet état, en prononçant la nullité du prétendu » mariage par eux contracté à Londres, non-seulement la » Cour royale de Paris n'avait point excédé ses pouvoirs, » mais avait fait une juste application de l'art. 170 du Code » civil (1). »

A la suite de l'arrêt, l'arrêtiste, dans une dissertation fort étendue et fort soignée en combat la doctrine.

Par un arrêt plus récent, rendu le 6 mars 1837, la Cour de cassation a consacré sa jurisprudence et a déclaré nul aussi le mariage d'un fils majeur de 25 ans qui, sans faire d'actes respectueux à son père et sans publications préalables en France, avait épousé une Anglaise dans l'île de Jersey, suivant les formes voulues par les lois d'Angleterre.

L'arrêt adopte les deux motifs comme moyens de nullité. Il casse un arrêt contraire de la Cour de Rennes (2).

Il est à remarquer que les motifs de ce dernier arrêt ne sont pas les mêmes que ceux du précédent.

Ils sont fondés sur ce que l'art. 170 du Code civil, en dé-

(1) Voir ces arrêts dans le journal de Sirey, 31. 1. 142.
(2) Sirey, t. 37. 1. 177.

clarant valables les mariages contractés en pays étrangers, s'ils ont été célébrés suivant les formes usitées dans le pays, exige qu'ils aient été précédés des publications prescrites par l'art. 63, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions du chapitre 1er du titre du mariage; *pourvu qu'il ait été précédé des publications*, dit l'article;

Que par ces expressions l'article a déclaré que tout mariage qui aurait été contracté sans l'accomplissement de ces formalités serait nul;

Que l'on ne peut pas interpréter l'art. 170 du Code civil par les dispositions du même Code relatives aux mariages célébrés en France; que si ces derniers peuvent être déclarés valables, lorsqu'il n'y a eu ni publications ni actes respectueux, c'est parce que la loi trouve sa sanction dans les peines qu'elle prononce contre les officiers de l'Etat civil qui auraient procédé à la célébration, tandis que pour les mariages contractés à l'étranger, comme les mêmes dispositions pénales ne pourraient atteindre les officiers publics, la loi n'avait d'autre moyen de donner une sanction à ses prescriptions qu'en frappant le mariage lui-même d'invalidité;

Que s'il en était autrement, il suffirait à des Français de passer à l'étranger pour affranchir leur mariage de toutes les dispositions imposées par les lois françaises, et puis, en s'abstenant des publications et des actes respectueux exigés, se soustraire soit aux oppositions des tiers soit à l'autorité de la puissance paternelle.

Ces autorités sont graves, et c'est avec hésitation que nous entreprenons de les contester.

Mais à ne considérer que le défaut de publications elles sont en opposition avec les opinions du plus grand nombre des auteurs, et elles nous paraissent à nous-mêmes trop contraires au vrai sens de la loi pour que nous puissions nous y soumettre (1).

(1) Toullier, t. 1, nº 522; Duranton, t. 2, nºs 237 et 238; Vazeilles,

Nous examinerons plus tard, au titre des nullités de mariages, si l'absence d'actes respectueux annule le mariage des fils de famille.

Nous ferons voir aussi alors, pour un mariage contracté en France, que l'omission des publications n'en entraîne pas la nullité, comme le dernier arrêt cité paraît même le reconnaître et comme l'indique l'art. 192 du Code civil.

386. Examinons si cette omission doit entraîner des conséquences plus sévères pour le mariage contracté à l'étranger, abstraction faite, d'ailleurs, de toute circonstance de fraude ou d'empêchement legal.

Trois moyens principaux sont énoncés dans les motifs combinés des deux arrêts cités :

1° La publicité est nécessaire pour la validité d'un mariage; elle n'existe pas pour un mariage fait à l'étranger, s'il n'y a pas eu de publication ;

2° Les termes de l'art. 170 ordonnent ces publications comme condition de la validité du mariage ;

3° Enfin, sans frapper le mariage d'invalidité, quel moyen aurait-on de donner une sanction aux prescriptions de la loi?

Ces trois moyens sont spécieux, sans doute; mais sont-ils décisifs pour faire prononcer la nullité du mariage?

Au mot *nullité* une première réflexion frappe l'esprit.

Où est l'article de la loi qui déclare nuls les mariages contractés sans publications préalables, quel que soit le lieu où le mariage ait été célébré?

On en chercherait vainement dans le Code. Se jettera-t-on pour y suppléer dans la subtile distinction entre les formalités substantielles et les formalités qui ne sont qu'accessoires?

Cette distinction arbitraire, si propre à exciter les arguties de la discussion n'est, en général, écoutée que dans les matières où la loi imparfaite n'a pas elle-même signalé les cas de nullité de l'acte.

t. 1, n° 158 ; Favard, au mot *Mariage*, t. 3, p. 475, 476; Dalloz aîné, t. 10, p. 78, n° 7 ; voir aussi Merlin, Répertoire, v° *Bans de mariage*.

Or, les cas de nullité pour le mariage ont été signalés aux magistrats par l'art. 184 du Code civil.

D'ailleurs, pour toute autre contravention, la loi ne prononcé que des amendes.

Au reste il est reconnu parmi les jurisconsultes qu'il n'y a de formalités substantielles que celles qui intéressent l'ordre public, et de nullité à admettre dans l'intérêt privé qu'autant qu'il y a préjudice causé à quelqu'un.

Sous ce rapport, l'absence des publications ne produirait de nullité que si le mariage avait eu lieu malgré un empêchement dirimant qui serait resté ignoré; ou si le défaut de publications avait nui à un tiers en le privant de l'exercice d'un droit, de celui d'opposition au mariage, par exemple. Dans ce dernier cas le tiers intéressé pourrait seul attaquer le mariage.

Or ce n'est pas cette thèse que nous examinons. C'est la question de droit seule, dans toute sa simplicité, dégagée de toutes circonstances propres à en empirer la nature.

Sans publication, dira-t-on, il n'existe pas de publicité pour un mariage fait à l'étranger; et sans publicité point de mariage valable.

La conséquence serait sujette à contestation; mais examinons la majeure.

En quoi consiste la publicité d'un mariage?

L'art. 165 du Code civil nous l'apprend.

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

Ajoutez à cette disposition celles contenues dans l'art. 75 qui veut que le mariage soit célébré, dans la *maison commune*, en présence de quatre témoins.

Ainsi la publicité du mariage résulte de la célébration faite *publiquement*;

De la célébration faite dans la maison commune qui est un lieu public;

De la célébration faite par l'officier de l'État civil du domicile de l'une des parties ;

Enfin de la célébration en présence de quatre témoins.

Telles sont les formalités caractéristiques de la publicité. La loi n'en prescrit pas d'autres.

Au nombre de ces formalités ne sont pas mentionnées les publications.

Et pourquoi ?

Parce qu'elles n'accompagnent pas le mariage, mais qu'elles le précèdent ;

Parce que leur but n'est pas d'ajouter plus de solennité au contrat lorsqu'il se passe, mais de prévenir du projet qui se prépare ceux qui peuvent être intéressés à le connaître et à s'y opposer ;

Parce que, en un mot, les publications ne sont qu'une mesure préparatoire du mariage, et non une formalité constitutive du contrat.

Comment donc pourrait-on considérer le défaut de publications comme portant atteinte au contrat même ?

Ecoutons les législateurs dans leur discussion sur l'article 192 du Code civil :

« Il y a des conditions qui tiennent à l'essence du ma-
» riage ; il y a aussi des formes pour garantir que ces condi-
» tions sont remplies et pour avertir les tiers. *Dès lors l'o-*
» *mission des formes ne blesse point l'essence du mariage.*

» Cette distinction a toujours fait rejeter les réclamations
» fondées sur la violation des formes, lorsque, d'ailleurs,
» les conditions essentielles au mariage se trouvent respec-
» tées (1). »

Ces principes s'appliquent plus spécialement aux publications qu'aux autres formalités.

« Les publications ont été introduites pour qu'on puisse
» être averti, dans un temps convenable, des empêche-

(1) Législation civile et commerciale, titre du Mariage, part. 2, commentaire 5, nº 18.

» ments qui pourraient rendre le mariage nul. L'omission
» de ces publications et l'inobservation des délais dans les-
» quels elles doivent être faites peuvent opérer la nullité
» du mariage dans certain cas, mais parce que les lois, qui
» ont établi ces formalités, n'ont en vue que certaines cir-
» constances. Lorsque ces circonstances ne subsistent plus,
» lorsque l'état des personnes est changé et que leur volonté
» est toujours la même, ce qui était nul dans son principe
» se ratifie dans la suite, et l'on n'applique pas aux maria-
» ges cette maxime qui n'a lieu que dans les testaments:
» *Quod nullum est ab initio, non valet ex-tractu temporis* (1).»

Tel était le langage de M. Tronchet dans le procès-verbal du 6 brumaire an X. Tel fut celui de M. Portalis dans l'exposé des motifs de la loi. Et ce furent ces raisons qui firent réduire à une simple amende contre l'officier public et à des dommages et intérêts contre les parties contractantes, la peine du défaut de publication ou de dispenses dans les cas où la loi les prescrit ou de l'inobservation des délais exigés.

Et remarquons que s'il y est parlé de nullité dans le principe, qui se couvre par une ratification tacite, ce n'est pas à l'absence des publications que cette réflexion s'applique, c'est à certaines circonstances telles que le défaut de l'âge requis pour le mariage ou la minorité de l'un des contractants, ou à d'autres circonstances semblables que le temps efface en opérant un changement d'état dans les personnes.

Quant à l'omission des publications ceux-là seuls pourraient s'en plaindre qui auraient eu le droit et un motif légitime pour s'opposer au mariage; et s'ils ne s'en plaignent pas, comment pourrait-on y chercher une cause de nullité du mariage? Ne serait-ce pas s'écarter du texte de la loi: ne serait-ce pas en méconnaître l'esprit si clairement manifesté par la discussion qui l'a préparée?

(1) V. l'exposé des motifs de la loi sur le mariage; Législation civile par Locré, part. 2, commentaire 9, nº 51.

Et n'oublions pas que cette discussion s'applique à tous les cas où les publications sont prescrites, à celles ordonnées pour les mariages qui se célèbrent à l'étranger comme à celles voulues pour les mariages qui se font en France ; n'oublions pas que le texte du Code comme ses motifs ne font, sous ce rapport, aucune distinction ; n'oublions pas aussi qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas, surtout pour prononcer des nullités sur lesquelles elle est elle-même muette ; et si nous faisons attention que l'arrêt du 9 mars 1831 a été rendu sur la demande même de l'époux Sommesson qui, coupable lui-même du défaut de publication, ne pouvait pas argumenter de sa propre négligence, nous serons peut-être surpris de cette décision de la Cour régulatrice, à moins que nous ne pensions ce que même l'un des motifs de l'arrêt semble indiquer, que c'est une décision de circonstance plutôt que de doctrine.

L'arrêt du 6 mars 1837, qui s'est fondé sur d'autres motifs, a-t-il été plus heureux dans le choix de ceux applicables au défaut de publication?

Deux nouveaux arguments ont été adoptés :

L'un, tiré des termes de l'article 170, qui, en permettant le mariage d'un Français à l'étranger, y met une condition, *pourvu*, dit-il, *qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article* 63, *au titre des actes de l'Etat civil*.

L'autre, fourni par la considération de l'impossibilité d'atteindre, par une amende, l'officier public étranger, et d'obtenir ainsi l'observation de la règle.

Ces deux arguments sont-ils sérieux?

Le premier, connu dans le langage du droit sous le nom d'argument *à contrario*, est le plus vicieux de tous les raisonnements.

Car il roule tout entier sur une forme de rédaction qui peut avoir été employée, plutôt que telle autre, sans dessein, sans que le rédacteur y attachât la moindre importance,

uniquement pour varier le style et éviter des répétitions qui en auraient choqué l'élégance.

Puiser un moyen de nullité dans une telle source, c'est, il semble, beaucoup hasarder. C'est chercher, pour une opinion, un secours peu digne de la gravité de la justice; c'est aussi faire une amère critique de la sagesse du législateur.

Car, comment présumer que si ce législateur eût voulu attacher la peine de nullité à l'omission des publications pour un mariage fait à l'étranger, il ne l'aurait pas dit?

Comment croire surtout que s'il eût voulu établir une différence aussi sérieuse dans la nécessité des publications, entre les mariages célébrés en France et ceux contractés à l'étranger, il ne l'eût pas annoncé par une expression simple et claire, et qu'au lieu de prescrire la publication par un équivoque *pourvu que*, il ne l'eût pas ordonnée expressément *à peine de nullité du mariage?*

Comment aussi ne pas s'étonner que cette différence, si elle était réelle, n'eût été annoncée ni dans le projet de la loi, ni dans les discussions préliminaires, ni dans le texte définitif; en sorte que sa découverte, si ce n'est pas une illusion, n'ait été due qu'au besoin d'une nullité qu'avait un plaideur?

Et comment enfin ne pas convenir que tous les éléments d'instruction qui servent à éclairer les esprits, ont dû, jusqu'à présent, faire penser à tous ceux qui les avaient fouillés en méditant sur la loi, que les publications, recommandées pour les mariages faits en France comme pour les mariages faits à l'étranger, n'étaient pas plus rigoureusement nécessaires dans un cas que dans l'autre?

Mais que deviendra l'argument si le mariage à l'étranger, au lieu d'être célébré devant l'officier public du pays, est reçu par l'agent diplomatique; s'il est fait comme il peut l'être en vertu de l'art. 48 du Code, et conformément aux lois françaises, au lieu de l'être en vertu de l'art. 170?

Alors, les publications devront aussi être faites. Mais elles ne seront plus exigées dans les mêmes termes ; le *pourvu que* de l'art. 170 ne se présentera plus pour offrir à l'argumentateur un moyen de nullité ; et le mariage, quoiqu'aussi fait à l'étranger, quoiqu'aussi fait sans publications préalables, sera valable dans ce cas, tandis qu'il sera nul dans l'autre.

Une telle conséquence ne serait-elle pas déplorable et ne doit-on pas reconnaître que les argumentations qui y conduisent dégénèrent en arguties ?

Ici se présente la troisième objection, celle que l'on fait résulter de l'impossibilité d'atteindre, par une amende, l'officier public étranger.

Cette impossibilité, on doit en convenir, n'existerait pas relativement à l'agent diplomatique. Soumis lui-même à la loi française, il pourrait être frappé de la peine prononcée par l'art. 192 du Code civil.

Mais a-t-on réfléchi quand on a dit que puisqu'on ne peut pas appliquer une peine, il faut en infliger une autre ; que puisque l'on n'a pas la facilité de frapper d'une amende le ministre de l'acte, il faut avoir la dureté de frapper de mort le contrat et d'avilissement les contractants ; qu'ainsi non-seulement on peut arbitrairement changer la peine non pour la rendre plus douce mais pour la rendre cruelle, qu'on peut aussi changer les victimes et faire peser sur celles que l'on put saisir une peine qu'une autre qu'on ne peut atteindre aurait dû subir ?

Dans quelle législation une telle théorie trouverait-elle sa base ?

Serait-ce dans les lois pénales? Mais aucune d'elles ne l'autorise. S'il en existait d'aussi monstrueuses l'opinion les flétrirait et bientôt le cri public les ferait détruire.

Serait-ce dans les lois civiles? Mais ces lois, au contraire, défendent d'aggraver la peine attachée à l'inexécution d'une obligation (Code civil, art. 1152).

« Mais, dit-on, la loi n'a pas d'autre moyen de donner

» une sanction à ses prescriptions qu'en frappant le mariage » lui-même d'invalidité. »

Etrange prétexte, disons mieux, principe erroné et affligeant que l'on s'étonne de trouver sous la plume d'un magistrat et qui n'a pu échapper qu'à l'inattention d'un esprit préoccupé.

Qui ne sait pas, en effet, et quel est le magistrat surtout qui ignore qu'il ne lui est pas permis d'être plus sévère que la loi; qu'il doit appliquer les peines mais non les créer; qu'elles doivent être restreintes plutôt qu'aggravées, et qu'on ne peut jamais les étendre d'un cas à un autre?

S'il était vrai que le législateur n'eût pas indiqué les moyens de réprimer les contraventions à ses règles, on plaindrait son imprévoyance mais on n'aurait pas le droit d'y suppléer par des rigueurs.

Dans le cas particulier, au reste, le législateur a marqué une peine non-seulement contre l'officier public, mais encore contre les parties contractantes. L'article 192 autorise à prononcer contre celles-ci une amende proportionnée à leur fortune.

Cette amende dont la fixation est laissée à la justice du magistrat est la seule peine que la loi prononce.

C'est donc aussi la seule peine qui puisse être infligée. Le contrat même doit être respecté si des causes plus graves que la simple omission des publications n'en commande pas l'annulation.

Nous devons penser que cette omission isolée eût paru insuffisante à la Cour de cassation lors de l'arrêt du 6 mars 1837; mais elle était aggravée par une cause bien plus puissante. Un père avait ignoré le mariage. Il n'avait pu s'y opposer; car le fils avait dédaigné de requérir ses conseils par des actes respectueux comme l'ordonnait la loi.

Cette injure dont se plaignait le père était plus qu'une contravention; c'était un outrage à la morale, et l'omission des publications pouvait être considérée comme une fraude

pratiquée dans le but d'éviter l'opposition du père. Il est donc peu surprenant que les deux causes réunies aient fait sur la demande du père annuler le mariage du fils.

Mais dans le cas du seul défaut de publications préalables, plusieurs arrêts de Cours royales ont déclaré valables des mariages contractés même à l'étranger. C'est ce qu'ont jugé notamment un arrêt de la Cour de Paris, du 8 juillet 1820; un autre arrêt de la Cour de Colmar, du 25 janvier 1824. On pourrait aussi invoquer un arrêt de la Cour de Toulouse, du 13 juin 1836.

La Cour de cassation l'a jugé aussi elle-même le 16 juin 1829, pour un mariage contracté à l'étranger sous la loi du 20 septembre 1792 (1).

La Cour de Nancy a aussi consacré, le 30 mai 1826, un mariage semblable, quoique le défaut de publication coïncidât avec l'omission d'actes respectueux (2).

Ces décisions de plusieurs Cours royales autorisent à dire que sans des circonstances très-aggravantes, le défaut de publication ne doit pas faire annuler le mariage d'un Français à l'étranger.

387. Nous ferons aussi observer qu'il est un cas où ces publications ne sont pas exigées : c'est celui où le Français s'établit à l'étranger. Cet établissement et une habitation réelle en pays étranger, ayant opéré un changement de domicile conformément à l'art. 103 du Code civil, l'art. 63 devient inapplicable. Souvent le Français qui quitte la France ne s'y réserve pas d'habitation; il lui serait donc impossible d'y faire publier son mariage; et de quelle utilité serait une publication faite au dernier domicile connu (3)?

La disposition du Code, qui exige, pour le choix du lieu

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 20. 307; 24. 2. 156; 36. 2. 297; et 29 1. 261.

(2) Sirey, 26. 2. 251. Mais V° un arrêt contraire de la Cour de Montpellier du 15 janvier 1839; Sirey, 39. 2. 246.

(3) V. l'Esprit du Code civil, t. 5, sur l'art. 170, 1re division, 4e subdivision; Vazeilles, 1. 158; Dalloz aîné, 10. 78, n° 8.

de la célébration du mariage, une résidence de six mois au moins, n'est pas prescrite à deux époux Français qui se marient à l'étranger.

Les Cours de Bruxelles et d'Orléans avaient proposé d'ajouter cette règle à l'art. 170 ; mais elle fut jugée inutile et l'addition qui avait d'abord été faite, fut retranchée, parce que les publications qui, d'après les articles 166 et 167, devaient être faites au lieu du domicile, indépendamment de celui de la résidence, prévenaient la clandestinité (1).

388. Une question plus importante fut agitée au Conseil d'Etat.

Devait-on soumettre l'étrangère auquel le Français s'unirait aux conditions de capacité prescrites par la loi française?

Les lois n'ont d'empire que sur leurs sujets. Il fut donc reconnu que les lois françaises ne devaient pas s'étendre à l'étrangère à laquelle un Français voulait s'unir ; et le Français fut seul soumis par l'art. 170 à l'observation des dispositions du chapitre premier du titre du Mariage.

389. Ainsi, un Français pourrait épouser, dans une contrée étrangère, une fille âgée de moins de 15 ans, si les lois du pays le permettaient (2).

Le mariage serait valable, parce que la prohibition prononcée par la loi française ne pourrait être opposée à l'étrangère à laquelle seule elle serait relative.

390. Mais il est des causes d'incapacité qui, de leur nature, sont indivisibles et dont l'influence s'étend du Français à l'étrangère à laquelle il voudrait s'unir.

Telle est celle qui résulte de la qualité de beau-frère et belle-sœur, d'oncle et nièce. Quoique le mariage qui *ne pourrait avoir lieu* en France entre des parents ou des alliés à un tel degré, fût autorisé par les lois des contrées voisines, il ne pourrait avoir lieu même dans ces contrées entre un Français et une

(1) Locré, Esprit du Code sur l'art. 170, 1re division.
(2) Locré, sur le même art., 1re division, et 1re subdivision.

étrangère ou entre un étranger et une Française, sans que le futur conjoint de la qualité de Français eût obtenu des dispenses de son gouvernement.

Car la prohibition prononcée par la loi française lui étant personnelle, il ne pourrait s'en écarter, sans que la loi française déclarât le mariage nul pour lui, et par conséquent, nul aussi pour son épouse, le contrat ne pouvant exister d'un côté et être anéanti de l'autre. L'étrangère aurait elle-même le droit d'en demander la nullité comme ayant été trompée par son ignorance de la loi française, et parce qu'elle ne pourrait être contrainte de rester épouse sans avoir elle-même d'époux légitime.

Duranton, qui professe aussi la doctrine de la nullité du mariage d'un Français avec une étrangère, sa belle-sœur, s'appuie sur d'autres motifs. Celui que nous indiquons paraît plus simple et plus dans la nature des choses (1).

391. Nous avons déjà fait remarquer en traitant des mariages célébrés à l'étranger entre Français par les agents diplomatiques qu'aucun article de notre Code civil ne parlait spécialement du mariage des étrangers, et nous avons indiqué comme raison de ce silence, que la loi du territoire régissait tous les contrats passés en France même entre étrangers : *Locus regit actum.*

De ce principe il faut conclure que, si des étrangers se mariaient en France suivant les formes de leur propre pays, le mariage serait nul.

Si, par exemple, ils contractaient mariage seulement par le ministère d'un prêtre qui les unirait suivant les rites religieux, ce mode de mariage, quoique conforme aux lois de leur patrie, ne produirait pas de lien légal en France et ne devrait pas même en produire ailleurs.

Il est utile de faire connaître ici une circulaire ministérielle relative aux mariages des étrangers en France ainsi

(1) Duranton, t. 2, nos 164 et 165.

qu'à ceux des Français qui se trouvent sous la puissance de personnes domiciliées en pays étranger.

Cette lettre, adressée par le ministre de la justice aux procureurs-généraux, prévient les Français que dans plusieurs états limitrophes ou voisins de la France, la loi défend aux regnicoles de se marier en pays étranger sans une autorisation de leur gouvernement, *sous peine de la nullité du mariage.*

Elle avertit, en conséquence, « d'exiger de tout étranger non naturalisé qui voudra désormais se marier en France, la justification par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est apte, d'après les lois qui régissent sa capacité, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser. En cas de contestation, les tribunaux compétents seront appelés à statuer. »

Elle ajoute que, « aux termes de l'art. 167 du Code civil, les étrangers majeurs, qui n'ont pas acquis domicile en France par une résidence de plus de six mois, sont tenus de faire faire à leur dernier domicile, à l'étranger, les publications de leur mariage ;

» Que les Français qui se trouvent, relativement au mariage, sous la puissance de personnes domiciliées en pays étrangers, doivent faire faire à ce domicile les publications prescrites par l'article 168 ;

» Qu'enfin, ces publications doivent être faites suivant les formalités usitées dans chaque pays, et que leur accomplissement doit être constaté par un acte émané des autorités locales.

» Qu'ainsi l'a décidé, le 20 décembre 1823, le Comité de législation du Conseil d'Etat, dont l'avis paraît entièrement conforme au texte et à l'esprit de la loi (1). »

Ces avis importants doivent être soigneusement observés si l'on ne veut pas s'exposer à des mariages illégaux.

(1) V. la Circulaire, Journal de Sirey, t. 26. 2. 342.

392. Après avoir déterminé le sens et les effets de l'article 170 du Code, il nous reste quelque chose à dire sur l'exécution de l'art. 171.

Cet article veut que *dans les trois mois* du retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger *soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.*

Cette formalité avait été proposée dès l'origine de la discussion, dans la séance du 6 fructidor an 9, afin que les registres tenus en France continssent tout ce qui concerne l'état civil des Français. On reconnaissait cependant que son omission n'opérerait pas la nullité de l'acte.

Mais elle fut retirée par son auteur sur l'observation qu'il serait impossible de reporter les actes à leur date sur les registres français.

Elle fut reproduite et adoptée dans la suite.

La mesure était nécessaire pour que chacun pût s'assurer, en consultant les registres publics, s'il y était intéressé, de l'existence et de la régularité du mariage de deux personnes qui prennent en France le titre d'époux qu'ils disent leur avoir été conféré en pays étranger.

Il est juste aussi « que le Français qui s'est marié ailleurs qu'en France, vienne faire hommage à sa patrie du titre qui l'a rendu époux ou père, et qu'il naturalise ce titre, en le faisant inscrire dans un registre national » (Exposé des motifs de la loi).

393. Mais le délai prescrit est-il de rigueur?

Le défaut même de transcription nuit-il à la validité du mariage?

Les deux réponses doivent être négatives.

L'intention de la loi a été, il est vrai, que la transcription eût lieu dans le délai des trois premiers mois du retour en France.

On voit, en effet, dans les discussions du Conseil d'Etat, que la rédaction première portait trois mois après le retour;

mais sur l'observation du Tribunat, on craignit que le mode de rédaction ne fît croire que la transcription ne devait être faite qu'après l'expiration des trois mois. L'expression fut remplacée par les mots *dans les trois mois*.

Au reste, aucune peine n'a été attachée à la négligence du délai, ni même de la formalité.

La Commission avait proposé une peine pécuniaire.

Elle voulait et que l'acte fût soumis dans les trois mois à l'enregistrement fiscal, et qu'il fût dans le même délai transcrit sur le registre public des mariages du lieu du domicile du Français, sous peine d'une amende proportionnée aux facultés des époux, dont elle fixait cependant le *minimum* à 100 francs, le *maximum* à 1,000 francs.

Plusieurs Cours de justice se récrièrent, et la Section supprima toutes ces dispositions.

Ainsi, l'article est resté comme purement réglementaire, sans qu'aucun moyen coërcitif en commande l'exécution (1).

Cette lacune dans la loi a égaré M. Delvincourt, il a cru qu'elle devait être remplie pour que la disposition ne devînt pas inutile; et à défaut d'une peine légale il en crée une arbitraire et des plus graves.

Selon lui, si la transcription n'a pas lieu, le mariage, n'étant pas légalement connu en France, ne doit avoir aucun effet civil à l'égard des Français et des biens situés en France. En conséquence, les enfants de ce mariage n'hériteraient pas des biens au préjudice des autres parents français, et il ne pourrait servir de motif pour faire annuler un second mariage contracté en France avant sa dissolution.

Cependant cet auteur a établi une distinction entre le mariage transcrit dans le délai et celui qui le serait plus tard. Le premier aurait le même effet que s'il avait été célébré

(1) V. Locré, Esprit du Code Civil sur l'art. 48 et sur l'art. 171, éd. in-8°, t. 2, p. 70, et t. 3, p. 219.

en France, le second n'en aurait que du jour de la transcription (1).

On le voit, M. Delvincourt a créé une loi, et qui pis est une loi pénale et même fort draconienne.

On doit s'étonner qu'il n'ait pas reculé devant les graves conséquences de son système qui tendrait à punir la négligence à l'égal du crime, à assimiler à des bâtards des enfants légitimes, à leur donner même moins d'avantages qu'aux enfants naturels reconnus puisque ceux-ci héritent et que ceux-là n'hériteraient pas, à faire marcher en même temps sur la même ligne deux mariages contractés le premier à l'étranger le second en France, et à accorder au dernier même plus d'effet légal qu'au précédent.

Etrange aveuglement de l'esprit de système!

Une telle opinion pourrait-elle être accueillie? Non sans doute.

Aussi a-t-elle été repoussée par tous les auteurs. Tous ont pensé que puisque la loi n'établissait pas de peines pour le défaut de transcription, il ne leur appartenait pas d'en prononcer eux-mêmes sous prétexte de donner une sanction à la loi (2).

Aucun n'a cru qu'un second mariage, contracté en France avant la dissolution du premier célébré à l'étranger, pût être valable.

Seulement quelques-uns ont considéré le défaut de transcription comme pouvant servir d'excuse à la personne qui, dans l'ignorance du précédent mariage, se serait en France mariée de bonne foi avec l'un des époux dont l'union antérieure ne lui eût pas été connue.

Ces jurisconsultes ont été aussi d'avis que si, au décès des époux, des héritiers collatéraux se mettaient en possession

(1) Delvincourt, note sur l'art. 171.

(2) Toullier, t. 1. n° 523; Duranton, t. 2, p. 187, n° 240; Favard, Répert., v° *Mariage*, t. 3, p. 476; Dalloz aîné, t. 10, p. 79, n° 10; Vazeilles, t. 1er, n° 190.

de leurs biens, le défaut de transcription en France de l'acte de mariage pourrait leur faire attribuer les fruits jusqu'à la demande en désistement comme possesseurs de bonne foi.

Ces opinions sont sages et nous les adoptons. Elles présentent pour les individus qui se marient à l'étranger des dangers d'intérêts matériels qui peuvent suffire pour les engager à faire transcrire dans le lieu de leur domicile en France les actes des mariages contractés à l'étranger. Elles sont d'ailleurs fondées en principes, mais en principes qui n'ont rien de commun avec la théorie de M. Delvincourt; elles sont fondée sur la bonne foi qui rend tout légitime non-seulement la perception de jouissances qui ne nous appartiennent pas, mais encore la naissance d'enfants nés d'un mariage illégal (Code civil, art. 201, 202 et 549, 550.)

Plusieurs arrêts ont décidé que le défaut de transcription en France, dans les trois mois du retour, de l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, n'entraînait ni nullité ni déchéance; et que l'acte pouvait toujours être transcrit même après le décès de l'un des époux (1).

L'arrêt du 16 juin 1829 décide même que si, par le défaut de transcription, une nullité pouvait être réputée exister à l'égard des tiers, elle ne saurait être proposée par les héritiers de l'un des époux.

Section II.

Du mariage des militaires Français à l'étranger.

SOMMAIRE.

394. *Des mariages des militaires français hors du royaume.*

395. *Pas de règles positives avant le Code sur les actes de l'Etat civil des militaires.*

(1) Arrêt de la Cour de Rouen, du 11 juillet 1827; Dalloz, t. 28, 2. 79; autres de la Cour de cassat. du 16 juillet 1829, et du 13 fév. 1833; Dalloz, 29. 1. 272; 33. 1. 129; et Sirey, 29. 1. 261; 33. 1. 195.

396. *Registres pour cet objet dans chaque corps.*
397. *Formalités spéciales prescrites pour le mariage des militaires, indépendamment des formalités générales.*
398. Quid *si le militaire est en congé en France?*
399 *Le militaire hors de France peut se marier suivant les formes du lieu où il est.*
400. Quid *si le mariage a lieu entre deux personnes également attachées à l'armée?*
401. Quid *si l'un des futurs n'est pas attaché à l'armée?*
402. Quid *si l'un des conjoints est étranger?*
403. *Envoi de l'acte civil à l'officier public du domicile des époux.*

394. Tant que les militaires sont sur le sol français leur état civil doit être constaté de la même manière que celui des autres citoyens.

Mais lorsqu'ils sont employés hors du territoire du royaume, il leur est impossible de recourir aux institutions civiles établies en France pour la généralité des Français. Il était donc nécessaire de leur fournir des moyens particuliers pour constater leurs naissances, leurs mariages, leurs décès.

Les dispositions des art. 47 et 48 ne pouvaient pas remplir ce but. S'en rapporter pour les actes de leur état civil aux soins et à l'exactitude des officiers publics étrangers, c'eût été souvent les compromettre. D'ailleurs ces officiers publics auraient été rarement à la portée des militaires livrés au mouvement des camps et changeant fréquemment de position.

Quant aux agents diplomatiques ou commerciaux, cessant leurs fonctions et s'éloignant, en temps de guerre, des lieux qui en sont le théâtre, résidants dans les grandes villes en temps de paix, ils n'auraient pu que rarement remplir, pour les militaires hors du territoire français, les fonctions d'officiers publics. Il était donc convenable d'organiser d'autres moyens.

395. Le droit ancien n'offrait pas sur ce point de règles positives, si ce n'est quant aux décès que deux déclarations des 2 juillet 1716 et 20 novembre 1728 chargeaient les au-

môniers des hôpitaux d'inscrire sur leurs registres pour les militaires qui mourraient dans les hospices, et les majors de constater pour ceux qui perdaient la vie sur le champ de bataille.

Les aumôniers des régiments faisaient les baptêmes et en dressaient acte. Ils ne bénissaient les mariages que comme délégués du curé compétent. Mais il fallait qu'ils y fussent autorisés par le consentement de ce curé.

Sous la loi de 1792 (20 septembre), il n'y avait pas de règles positives pour constater l'état des militaires ou des personnes attachées à l'armée lorsqu'ils se trouvaient hors du territoire de la France.

Les décès étaient mentionnés sur les contrôles des demi-brigades ou des régiments.

Les mariages étaient ordinairement reçus par les commissaires de guerre. Mais l'acte de mariage demeurait inconnu.

Quant aux naissances il n'existait aucun mode légal de les constater.

396. Le Code civil a organisé une institution nouvelle pleine d'avantages pour les militaires dont elle assure mieux que jamais l'état civil et les intérêts de famille.

Cette institution a pour base une pensée profonde conçue par le génie du chef de l'État et qui écarta l'idée d'appliquer aux militaires hors du royaume la règle de l'art. 47 sur les actes civils des Français qui se trouvent en pays étranger. « Le militaire français, dit le premier Consul, n'est jamais » chez l'étranger lorsqu'il est sous le drapeau; où est le » drapeau est la France (1). »

Le chapitre 5 du titre 2 du livre 1^er^ du Code établit des registres de l'État civil dans chaque corps, et désigne ceux qui doivent remplir les fonctions d'officiers de l'Etat civil.

Ce sont les quartiers-maîtres dans les corps d'un ou de plusieurs bataillons ou escadrons, le capitaine-commandant

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur les art. 88 et suiv.

dans les autres corps, et les inspecteurs aux revues pour les officiers sans troupes ou les employés attachés à l'armée. (V. art. 89, 90 et 91.)

Aujourd'hui les intendants et sous-intendants militaires remplacent les inspecteurs aux revues, en vertu d'une ordonnance du 29 juillet 1817; et aux quartiers-maîtres ont été substitués les majors qu'a créés un arrêté du 22 septembre 1804.

La promulgation du chapitre 5 fut suivie d'une instruction donnée par le ministre de la guerre, le 5 brumaire an 12, ayant pour but de faire connaître aux militaires les formes à suivre pour la rédaction régulière des actes de l'état civil qui les concernent, soit dans le territoire français, soit hors du territoire (1).

397. Pour nous restreindre aux actes de mariage, les formalités des publications et de la célébration du mariage sont les mêmes pour les militaires que pour les autres Français, sauf le changement de l'officier public. Il n'y a de dispositions spéciales que dans les art. 94 et 95 ainsi conçus :

Art. 94. « Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées seront faites au lieu de leur dernier domicile. Elles seront mises en outre vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée pour les officiers sans troupes, et pour les employés qui en font partie. »

Art. 95. « Immédiatement après l'inscription sur le registre de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'Etat civil du dernier domicile des époux. »

Ces articles réglementaires ajoutent les formalités qu'ils prescrivent à toutes celles qui, d'après les dispositions gé-

(1) Voir l'instruction dans Delvincourt sur les l'art. 88 et suivants du Code.

nérales de la loi, doivent précéder ou accompagner l'acte de célébration du mariage.

Le futur époux devra aussi remplir toutes les conditions de capacité énoncées dans le chapitre 1er du titre du Mariage. (Art. 144 et suivants du Code civil.)

Enfin, il devra obtenir le consentement ou requérir le conseil de ses ascendants ou du conseil de famille, comme l'exigent les dispositions du même chapitre pour tous les Français.

La permission du ministre de la guerre ou celle de ses chefs, selon l'arme à laquelle il est attaché, et suivant son grade, lui seront aussi nécessaires d'après les règlements militaires que nous avons déjà rappelés.

En un mot, il sera soumis à toutes les conditions, à toutes les prescriptions établies pour tous les Français en général, indépendamment des formalités qu'exige sa position particulière:

Le mariage sera célébré devant l'officier chargé, par l'article 89 du Code, de remplir les fonctions d'officier de l'Etat civil;

Cet officier se conformera, dans la célébration, aux dispositions de l'art. 75, et dans l'acte de mariage qu'il dressera il fera toutes les énonciations exigées par l'art. 76;

C'est aussi à cet officier que devront être notifiés les actes d'opposition au mariage.

Mais devant quel tribunal sera portée la demande en main-levée de l'opposition?

Elle ne pourra évidemment être portée devant le tribunal du lieu où le mariage devra être célébré, puisque ce lieu sera hors du royaume, et que des militaires français sous le drapeau, étant toujours censés en France, ne pourraient être justiciables des tribunaux étrangers.

Le mérite de l'opposition devra nécessairement être jugé ou par le tribunal du domicile de l'opposant ou par celui du domicile du défendeur en opposition; et il semble que, sui-

vant l'esprit de l'article 176 du Code, le choix du tribunal doive appartenir au défendeur en opposition.

Par une conséquence de cette opinion, nous pensons aussi que l'opposant devra faire une double élection de domicile, l'une auprès du corps militaire auxquels sont attachés soit le militaire au mariage duquel il s'oppose soit l'officier de l'État civil de ce corps, l'autre au dernier domicile du défendeur en opposition. La première de ces élections de domicile est commandée par le texte ; la seconde paraît l'être par son esprit.

Cette dernière élection de domicile fera disparaître toute difficulté sur la compétence du tribunal. (Voir l'article 3 du Code civil.)

Si cependant elle était omise par l'opposant, comme la loi ne s'explique pas, il n'y aurait pas nullité, et il serait prudent de n'assigner en main-levée que devant le tribunal du domicile de l'opposant.

Les dispositions du Code sur les actes de l'État civil des militaires Français à l'étranger, ont fait naître une question importante :

Ces dispositions sont-elles exclusives de tout autre mode de célébration, et les militaires n'ont-ils pas aussi la faculté de faire célébrer leur mariage soit conformément aux articles 47 et 170 suivant les formes usitées dans le pays où ils se trouvent, soit conformément à l'article 48, devant l'agent diplomatique ou le consul, et suivant les formes françaises?

398. Selon M. Vazeilles, si le militaire étant en congé se trouve en France même momentanément, il peut faire célébrer son mariage ou dans le lieu de son domicile d'origine ou dans celui de son domicile acquis suivant les règles ordinaires (1).

Cette observation est juste. Le militaire, qui est en France,

(1) V. Vazeilles, t. 1er, no 191 ; et Duranton, t. 1er, no 232 ; mais voir au t. 2, n° 236 où Duranton paraît avoir changé d'opinion.

en congé, n'est plus en pays étranger; et dans son séjour momentané même en France, pourquoi n'aurait-il pas comme tout Français le droit de faire célébrer son mariage devant l'officier de l'État civil de son vrai domicile, pourvu cependant que les publications fussent mises à l'ordre du jour au corps auquel il appartient comme le veut l'art. 94?

399. Mais si ce militaire est sous son drapeau en pays étranger peut-il contracter mariage avec une femme étrangère, suivant la loi du pays?

MM. Duranton et Vazeilles pensent que le militaire sous le drapeau est censé en France, et que le Code civil dans les articles 88 et 89 lui offrant un officier public français, il ne lui est pas permis de s'adresser à un étranger (1).

Merlin, dans son Répertoire, tome 16, p. 325, avait aussi exprimé d'abord l'avis qu'un militaire en pays étranger et sous les drapeaux ne pouvait se marier valablement que devant l'officier public que lui désigne l'art. 89 du Code.

Mais cet auteur si recommandable a modifié son opinion dans ses Questions de droit au mot *Mariage*, § 8, septième question, n° 3. Il est d'avis qu'un militaire français, même sous les drapeaux, peut se marier à l'étranger avec une femme étrangère suivant les formes usitées dans le pays. Son motif est que si le mariage était célébré devant l'officier de l'État civil du corps, il ne produirait pas d'effet légal dans le pays de la femme; qu'elle n'y jouirait pas des droits d'épouse légitime, et qu'elle n'y serait considérée que comme concubine, ce que la loi française n'a pu vouloir.

Les auteurs des Pandectes considèrent comme non douteux que le militaire français puisse se marier devant le prêtre ou l'officier civil du domicile de la femme qu'il épouse, suivant les formalités auxquelles celle-ci est obligée par les lois de son pays, mais en remplissant lui-même celles prescrites par les lois françaises (2).

(1) Vazeilles, *Traité du mariage*, n° 191.
(2) V. les Pandectes françaises sur l'art. 95.

Dalloz aîné partage cette opinion. « L'art. 88, dit-il, ne » crée pas une exception contre les militaires, mais une fa- » veur ; il exprime un privilége et non une exclusion. On » ne doit pas le retourner contr'eux et les mettre dans le » cas de manquer un mariage parce que la femme aura » voulu se marier avec les formalités de son pays et non au » milieu d'une armée et d'un camp (1). »

Cette dernière opinion paraît la seule vraie et elle a été consacrée par plusieurs arrêts : par un arrêt de la Cour de Paris du 20 juillet 1820 ; par un arrêt de la Cour de Colmar du 25 janvier 1823 ; enfin par un arrêt de la Cour de cassation, du 23 août 1826, qui rejette le pourvoi formé contre celui de la Cour de Colmar (2).

A l'appui de cette jurisprudence on peut faire observer, avec Dalloz, que la loi n'interdisant pas aux militaires français, qui sont en pays étranger, de contracter mariage suivant les formes autorisées pour tous les Français, en général, ils doivent jouir, comme leurs autres compatriotes, de tous les avantages, de toutes les facultés attachés à la qualité de Français.

400. Mais une distinction doit être faite. Si le mariage est contracté entre deux personnes également attachées à l'armée, ou comme militaires ou comme employés, ce qui peut se rencontrer, les règlements militaires permettant d'avoir des femmes employées près des régiments ou des corps militaires, le mariage ne peut être célébré que devant l'officier de l'État civil du corps, tel que le désigne l'art. 89. Car cet officier public sera celui des deux futurs conjoints, et par conséquent sera le seul compétent aux termes de l'art. 165 du Code civil, les militaires sous le drapeau et les employés attachés à leur service étant censés domiciliés sous ce drapeau.

(1) Dalloz, Jurisp. gén., t. 1, p. 191.

(2) Voir ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 20. 2. 307 ; 24. 2. 156; 27. 1. 108.

401. Si l'un des futurs conjoints n'est pas attaché au corps d'armée ni comme militaire, ni comme employé, mais qu'il soit en pays étranger, le mariage pourra être également contracté soit devant l'officier de l'État civil du corps d'armée, soit devant un agent diplomatique ou un consul; parce que l'un de ces officiers publics serait compétent pour le militaire, et que l'autre le serait pour le Français résidant en pays étranger (V. C. civ., art. 48).

Or, d'après l'art. 165, le mariage est aussi valable célébré devant l'officier public de l'une des parties contractantes que devant celui de l'autre.

402. Enfin, si l'un des futurs conjoints est étranger, le mariage pourra être contracté dans son pays avec les formes qui y sont usitées.

Dans les deux premiers cas il faudrait employer seulement les formalités prescrites par les lois françaises.

Dans les trois cas il faudrait faire mettre le mariage à l'ordre du corps dont le militaire ou l'employé ferait partie, comme l'exige l'art. 94; il faudrait aussi que celui-ci se conformât, en ce qui le concerne spécialement, aux conditions et aux exigences des lois françaises.

La distinction que nous venons d'indiquer nous paraît fondée sur le texte et sur l'Esprit de la loi sainement entendus.

Au reste comment pourrait-on attaquer des mariages qui seraient ainsi faits, et les déclarer nuls dans le silence absolu de la loi sur la nullité qui serait reclamée?

403. Nous avons vu que l'art. 95 chargeait l'officier de l'État civil des militaires d'envoyer, aussitôt après la célébration du mariage, une expédition de l'acte à l'officier de l'État civil du dernier domicile des époux.

Cette prescription de la loi a pour but de faire connaître, dans ce dernier domicile, le nouvel état social de l'époux. On conçoit que son omission ne pourrait avoir d'influence sur la validité du mariage précédemment contracté, et dont les effets ne peuvent dépendre du plus ou moins d'exacti-

tude de l'officier qui l'a célébré dans l'envoi que la loi lui prescrit.

CHAPITRE III.

Des preuves du mariage.

SOMMAIRE.

404. *Nécessité et importance des preuves du mariage.*
405. *Quatre preuves principales.*
406. *Etablissements des registres dans l'ancien droit.*
407. *Principes de la loi du 20 septembre 1792.*
408. *Les règles antérieures ont été consacrées par le Code civil.*
Division des genres de preuves.

404. L'état civil des citoyens tient à la constitution des familles, et la constitution des familles à l'ordre social. Les preuves de l'état civil sont d'une trop haute importance pour que le législateur les ait abandonnées au hasard (1).

La destination du mariage, les effets qu'il peut produire pour l'ordre des générations, pour les rapports, les droits et les devoirs attachés à la qualité d'époux, de père, d'enfant, et même pour la distribution des biens, devaient rendre rigoureux dans le choix et l'appréciation des preuves de l'existence d'un contrat légitime.

La morale aussi ne permettait pas de laisser usurper la dignité du mariage par ces unions illicites que les passions ont formées, que la licence entretient et qu'il est facile de confondre avec une union légale lorsque deux personnes qui vivent, agissent et sont reçues publiquement comme mari et femme jouissent de l'état d'époux.

405. On peut justifier son état civil de plusieurs manières :

Par des actes publics ;

(1) Discours du tribun Chabot sur le titre des actes de l'état civil.

Par la possession d'état ;

Par des témoins ;

Par des papiers domestiques.

Chez les Romains la possession d'état était la principale des preuves ; elle suppléait à toutes et ne pouvait être suppléée même par des titres.

Neque sine nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversum veritate continente ; neque non interpositis instrumentis jure contractum matrimonium, irritum est, cum omissâ quoque scripturâ, cætera nuptiarum indicia non sint irrita. L. 13, C. de nuptiis.

La possession d'état d'époux était chez ce peuple législateur un des plus puissants indices de la réalité du mariage.

La preuve testimoniale pouvait aussi l'établir.

Ces deux genres de preuves sont encore admis chez plusieurs peuples modernes dont la législation moins avancée n'a pas encore reconnu la nécessité des preuves écrites.

406. Cette nécessité, dont les bons esprits étaient convaincus en France depuis long-temps, produisit la règle écrite dans l'art. 7 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 :

« Les preuves de l'âge, du *mariage* et du temps du décès » seront reçus par des registres en bonne forme, qui feront » foi et preuve en justice. »

A cette disposition la déclaration du 9 avril 1736 avait ajouté par son art. 9 la défense formelle d'écrire et de signer l'acte de célébration d'un mariage sur des feuilles volantes, à peine de poursuites extraordinaires contre le curé ou autre prêtre qui aurait fait l'acte, lesquels, dit l'article, seront condamnés à telle amende ou autre plus grande peine qu'il appartiendra suivant l'exigence des cas, et à peine, contre les contractants, de déchéance de tous les avantages et conventions portés par le contrat de mariage ou autres actes, *même de privation d'effets civils s'il y échet.*

Avant l'ordonnance de 1667 une déclaration de 1639 avait défendu rigoureusement pour les mariages la preuve par té-

moins qui, suivant le langage de l'immortel d'Aguesseau, paraissait souvent suspecte et toujours défectueuse.

Cependant l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 admettait la preuve tant par titres que par témoins, lorsqu'il n'avait pas existé de registres ou qu'ils étaient perdus. Dans ce cas les papiers domestiques étaient aussi considérés comme pièces probantes.

La jurisprudence ancienne était fort sévère sur l'application de ces règles.

407. La loi de 1792 (20 septembre) en établissant aussi des registres pour constater les naissances, les mariages, les décès, en ordonnant d'y inscrire les actes de l'état civil, en défendant également d'écrire ces actes sur des feuilles volantes, ne s'expliqua pas sur le cas où celui qui réclamerait un état ne pourrait pas produire l'acte destiné à en fournir la preuve.

Mais par son silence même elle laissa subsister les anciennes règles.

408. Le Code civil les a consacrées expressément par divers articles :

Les uns qui exigent pour constater l'état le rapport d'actes extraits des registres de l'État civil, comme offrant le preuve la plus certaine et devant obtenir la préférence ;

D'autres qui admettent des moyens moins positifs, dans certains cas, lorsque la preuve par acte public vient à manquer.

Le premier genre de preuve est surtout exigé des époux eux-mêmes ;

Le second genre est admis principalement dans l'intérêt des enfants pour établir leur légitimité.

Nous devons examiner sous ces deux rapports les dispositions de la loi et l'interprétation que leur a donnée la jurisprudence.

Section Ire.

De la preuve du mariage dans l'intérêt des époux.

SOMMAIRE.

§ 1cr.

Premier genre de preuve exigé ordinairement de l'époux.

409. *Pour réclamer le titre d'époux, il faut rapporter l'acte de célébration du mariage.*
410. *La possession d'état ne peut y suppléer.*
Motifs qui ont dicté la rigueur de la règle.
Arrêt sur la question.
411. *Ces principes ne s'appliquent pas aux mariages faits à l'étranger.*
412. *Des actes de mariage écrits sur des feuilles volantes ne font pas foi.*
413. Secus *si on y réunit des circonstances graves et la possession d'état.*
414. *Mais s'il y a acte de célébration et possession d'état, la preuve du mariage est complète entre époux, l'acte fût-il irrégulier.*
Arrêt sur la question.
415. *Si l'acte est irrégulier et qu'il n'y ait pas de possession d'état, il peut être attaqué par le conjoint.*
416. *Il peut l'être aussi malgré la réunion des deux conditions s'il y avait empêchement dirimant.*
417. *Même pour le défaut d'âge, tant qu'il subsiste, si ce n'est de la part de la femme qui a conçu.*
418. Quid *pour un mariage entre alliés sans dispenses et entre oncles et nièces.*

409. Si le Code civil a prescrit par son art. 40 d'inscrire les actes de l'Etat civil sur un registre tenu double, s'il a exigé par son art. 43 que l'un des doubles fût déposé aux archives de la commune et l'autre au greffe du tribunal de première instance, c'était afin que les preuves écrites de l'état de tous Français fussent faciles à obtenir.

Aussi par l'art. 52 déclare-t-il que,

Art. 52. « Toute inscription de ces actes faite sur une feuille vo-
» lante et autrement que sur les registres à ce destinés,
» donnera lieu aux dommages et intérêts des parties et sans
» préjudice des peines portées au Code pénal. »

Le Code applique à tous les actes de l'État civil une règle introduite dans le principe pour les mariages seulement.

Les peines sont d'après l'art. 192 du Code pénal, un emprisonnement d'un mois au moins, de trois mois au plus et une amende de 16 fr. à 200 fr.

En prenant ces mesures répressives contre la négligence des officiers publics, le législateur a dû croire que le mariage, qui serait réellement célébré devant un officier public, ne manquerait pas des preuves écrites qu'il exigeait.

De là sa sévérité contre ceux qui réclamant le titre d'époux ne représenteraient pas l'acte de célébration du mariage :

Art. 194. « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils
» du mariage, s'il ne représente un acte de célébration ins-
» crit sur le registre de l'État civil ; sauf les cas prévus par
» l'art. 46, du titre des actes de l'État civil. »

La rigueur est grande sans doute ; mais la sécurité des familles la commandent. D'ailleurs, celui qui en est victime a à se reprocher sa propre négligence à faire rédiger et inscrire sur les registres l'acte de son mariage. Car si un acte a été rédigé et inscrit, il doit lui être facile de le représenter.

La rédaction primitive de l'article était beaucoup moins simple. Elle spécifiait qu'on n'aurait égard ni au contrat de mariage qui serait représenté ni à la reconnaissance ou à la déclaration de l'époux ou de l'un d'eux et qu'on n'admettrait pas la preuve testimoniale (1).

L'article quoique simplifié embrasse toutes ces circonstances dans la généralité de sa disposition. Mais il n'était

(1) Locré sur cet art. 194.

pas inutile de rappeler ici le projet de la Commission. Car selon la juste observation de Locré, la règle qu'elle proposait ayant été admise, on en a admis aussi les conséquences; seulement la Commission les avait énoncées et l'on n'a pas cru nécessaire de les expliquer.

410. La présomption tirée de la possession d'état, quelque grave qu'elle dût paraître, a été aussi repoussée par l'article suivant :

« La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'Etat civil. » Art. 195.

Cet article est une conséquence du précédent; il a été ajouté pour prévenir tout doute sur la généralité de l'application de l'article 194.

D'après celui-ci il était bien évident que la seule possession d'état ne pouvait pas être invoquée par les époux contre des tiers.

Mais pouvaient-ils en exciper l'un contre l'autre? Pouvait-on écouter celui qui, après avoir pendant long-temps présenté sa compagne au public, à la société, sous le titre honorable d'époux, viendrait s'accuser lui-même de mensonge, et dépouiller une mère, des enfants, de l'état dont il les aurait investis.

Ces considérations pouvaient balancer le principe; mais on a réfléchi que dans les grandes villes il n'était pas rare de voir des individus qui, quoique non mariés, vivaient en époux et se donnaient publiquement ce titre, qui le prenaient même dans des actes et qui s'attribuaient ainsi une sorte de possession d'état. La loi, par sa tolérance, se serait rendue complice de ce concubinage. Elle a donc dû étendre la règle aux époux entre eux, certaine de ne pas blesser les droits de l'individu qui serait réellement marié, celui-ci ne pouvant ignorer le lieu de la célébration de son mariage et de-

vant avoir la facilité de se procurer l'acte qui le constaterait.

Les termes des articles 194 et 195 sont trop formels pour que l'application puisse en être écartée par d'équivoques fins de non recevoir. Ainsi la Cour de Bruxelles a jugé sainement en décidant qu'une veuve ne peut échapper à l'obligation de représenter l'acte de son mariage, quoique son état ne soit contesté que par des héritiers collatéraux, qu'il se soit écoulé plus de cinq ans depuis son veuvage, et que les héritiers paraissent avoir reconnu le mariage en qualifiant leur adversaire de veuve du défunt, et en acceptant la tutelle de son enfant comme celle d'un enfant légitime.

Ces circonstances étaient cependant graves; mais elles n'étaient sans doute que la suite d'une possession d'état frauduleuse, exercée pendant le mariage dont le titre n'avait pas été vérifié depuis, et que l'erreur des collatéraux avait supposé légitime sans aucun examen et sans avoir, par conséquent, traité sur la nullité comme l'aurait exigé l'art. 1338 du Code civil.

Les questions de fins de non recevoir sont souvent arbitraires et d'une solution incertaine.

411. On conçoit cependant que les dispositions des articles 194 et 195 ne doivent pas s'appliquer aux mariages faits à l'étranger suivant les formes usitées dans le pays; lorsque l'usage local n'admet pas d'acte de mariage rédigé par écrit, la preuve testimoniale et la possession d'état offrent alors avec les papiers domestiques les seuls moyens de constater le mariage qui est dénié.

Les arrêts Pastoris, Faultrier et Destaing, que nous avons cités dans le chapitre précédent, quoique rendus, au moins les deux derniers, pour des mariages faits avant le Code civil, s'appuient sur une doctrine que la loi nouvelle a elle-même adoptée par ses articles 47 et 170.

412. D'après les art. 52, 194 et 195, combinés entre

eux, un acte de mariage inscrit sur une feuille volante, quoique fortifié par la possession d'état, ne suffirait pas pour constater légalement le mariage. C'est ce qu'avait jugé sous l'ordonnance de 1667, le Parlement de Paris dans la célèbre affaire de la demoiselle Kerbabu et du comte de Hautefort. Cochin plaidait pour la famille de ce dernier. L'arrêt est de 1733 ; il est antérieur, par conséquent, à la déclaration du 9 avril 1736, qui proscrivait les actes de mariage inscrits sur des feuilles volantes.

Mais la déclaration n'était que le développement ou la conséquence des articles 7 et 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, suivant lesquels les registres de l'Etat civil pouvaient seuls prouver les mariages et d'autres modes de preuves n'étaient admis qu'en cas d'absence ou de perte des registres.

L'arrêt de 1733 peut donc être invoqué même aujourd'hui comme consacrant les règles actuelles, qui sont d'ailleurs conformes aux règles anciennes dont elles paraissent avoir été empruntées.

413. Cependant si à l'acte écrit sur une feuille volante et à d'autres circonstances graves, telles qu'un contrat de mariage, des publications, des papiers de famille annonçant le mariage, on peut réunir la preuve testimoniale et positive de la célébration du mariage et de la possession d'état, cette preuve supplétive doit être admise. L'acte produit, quoiqu'irrégulier, doit au moins servir de commencement de preuve par écrit. Cette opinion est celle de la plupart des auteurs. Elle nous paraît autorisée par l'art. 46 dont nous nous occuperons bientôt. Nous reviendrons sur cette question en examinant le vrai sens de l'art. 46, et nous discuterons l'opinion contraire de M. Duranton (1).

414. Mais si la possession d'état, isolée d'un acte de ma-

(1) Duranton, t. 2, nº 251 ; *Contrà*, Toullier, t. 1, nº 542 ; Delvincourt,

riage extrait des registres de l'Etat civil, est insuffisante pour constater le mariage, au moins, réunie à cet acte, sert-elle à repousser victorieusement l'action en nullité du mariage que tenterait l'un des époux contre l'autre.

C'est ce que veut l'art. 196.

Art. 196. « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'État civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. »

Cet article a été dicté par des motifs généraux d'équité, et par des motifs particuliers de politique.

On a considéré qu'après une longue révolution, pendant laquelle beaucoup de Français s'étaient mariés en pays étranger sans avoir été scrupuleux observateurs des formes prescrites pour les actes de l'Etat civil, il serait dangereux d'accorder trop de facilité à l'un des époux pour attaquer un mariage qui serait constaté par des actes mêmes irréguliers et que la possession d'état aurait consacré.

Mais le principal motif de la disposition a été de mettre un frein à la mauvaise foi des époux dont l'intention de s'unir est du moins attestée, puisqu'il existe un acte quelconque, quelque vicieux qu'il puisse être, et qui, après avoir confirmé cette intention, en se donnant mutuellement en public comme dans leur vie privée le nom de mari et femme, cherchent à se prévaloir de quelques défauts de forme dont ils sont eux-mêmes coupables pour nier la foi jurée et rompre un nœud indissoluble.

Que des tiers, a-t-on dit, soient autorisés à attaquer un acte irrégulier, ils le peuvent sans blesser la bonne foi. Mais de la part des époux eux-mêmes, il y a un scandale et une perfidie que la loi ne peut favoriser (1).

La fin de non-recevoir, établie par l'art. 196 contre la demande en nullité du mariage de la part de l'un des époux

(1) Locré sur l'art. 196.

lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration est représenté, est générale et absolue. Elle peut être opposée, non-seulement en cas où l'époux demande la nullité du mariage pour en briser le lien sans d'autre but, mais encore au cas où il ne la demande que pour arriver à faire déclarer *valable* un second mariage qu'il aurait contracté. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 23 août 1826, dans l'affaire Ogé (1).

La décision ne pouvait, il semble, être douteuse.

L'époux qui, par une seconde union avant la dissolution de la première, s'étant joué de la loi, avait aggravé son outrage pour son épouse, ne pouvait espérer de rendre sa position plus favorable.

415. Mais la fin de non recevoir ne s'applique pas à une femme qui n'a pas cohabité avec son mari, qui n'a jamais porté son nom et qui n'a pas la possession de l'état d'épouse légitime dans le sens de l'art. 196. Cette femme est recevable à attaquer l'acte de mariage s'il est irrégulier. Car elle n'a contre elle qu'une seule des deux conditions exigées par l'article, et il faut leur réunion pour repousser la demande en nullité. (Arrêt de la Cour de Bourges du 25 mai 1822; Sirey, 22. 2. 315.)

La fin de non-recevoir s'applique surtout aux demandes en nullité fondées sur des vices de forme.

416. Mais si le mariage était vicieux dans son essence même, s'il avait été contracté malgré un des empêchements dirimants écrits dans les articles 141, 147, 161, 162 et 163, soit que les époux l'eussent ignoré, soit qu'ils l'eussent connu, l'action en nullité serait-elle admise?

Elle devrait l'être sans nul doute dans les cas d'empêchements prévus par les articles 147 et 161. La bigamie objet de l'art. 147, l'inceste que prohibe l'art. 161, sont des crimes que toutes les lois condamnent, que tous les senti-

(1) S., 27. 1. 108; Dalloz jeune, 25. 1. 8.

ments flétrissent, qu'aucune possession d'état ne peut effacer, qui s'aggravent, au contraire, par leur continuation : *Abusus perpetuò clamat.*

417. Quant au défaut de l'âge requis par l'art. 144, tant que ce défaut d'âge subsiste, la nullité du mariage peut être demandée par l'un des époux malgré l'existence de l'acte de célébration et la possession d'état, à moins que la femme âgée de moins de quinze ans n'ait conçu. Il n'y a, en effet, d'exception contre la demande en nullité d'un tel mariage que celles qu'a prévues l'art. 185, l'une lorsque l'âge a été atteint par l'époux auquel il manquait ; l'autre lorsque la conception de la femme est survenue avant cet âge.

418. Sur la prohibition portée par le mariage qui aurait été contracté entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et celui qui aurait eu lieu entre deux alliés au même degré il faut distinguer :

Dans le premier cas, l'inceste, toujours fragrant, caractérisant un vice irréparable et qui ne peut cesser d'être scandaleux, chacun des époux, dès qu'il connaît sa position, doit céder au mouvement de sa conscience et rompre une union immorale ; et non-seulement aucune fin de non-recevoir ne peut lui être opposée, mais même, comme dans le cas des articles 147 et 161, le ministère public, organe de la société et surveillant officiel de l'ordre social et des bonnes mœurs, provoquerait lui-même, dès que le vice lui serait connu, la nullité de cette scandaleuse union.

Mais en serait-il ainsi pour un mariage entre alliés au degré de frère et sœur, et entre oncle et nièce, tante et neveu?

Pour ces sortes de mariage la prohibition de la loi n'est pas absolue ; elle est seulement relative. Ces mariages ne sont défendus que sauf les dispenses que le gouvernement peut accorder. Ces dispenses, si elles avaient été obtenues avant l'union, auraient prévenu tout ce qu'elle pouvait avoir de défectueux. Il n'y aurait eu ni inceste ni même immoralité.

Ce que des dispenses auraient pu prévenir, des dispenses pourraient aussi l'effacer. Tel était au moins leur effet dans l'ancien droit, notamment pour la naissance des enfants dont ces dispenses effaçaient la tache en les gratifiant des avantages de la légitimation.

Si donc, des époux, par négligence ou par erreur s'étaient mariés, quoiqu'alliés au degré prohibé, quoique parents à celui d'oncle et nièce, s'ils avaient contracté une union imprudente sans obtenir des dispenses pour les y autoriser, l'un d'eux, malgré l'existence d'un acte authentique de mariage, malgré une possession d'état constante et long-temps soutenue, sera-t-il admis à saisir cette malheureuse circonstance pour briser des nœuds qu'il aurait volontairement formés? Un époux pourra-t-il ainsi, abusant du texte de la loi, punir dans une jeune épouse une faute qui lui est commune, flétrir à jamais son existence, et condamner à la honte et à la misère des enfants que son succès signalerait comme incestueux?

Le pourra-t-il même lorsque la jeune épouse, dans son ignorance des lois qu'elle était, il est vrai, présumée connaître, aurait participé, sans la soupçonner, à une faute qu'il aurait sciemment commise lui-même, et dont cependant la peine la frapperait seule sur les poursuites du vrai coupable?

De telles conséquences sont trop affligeantes pour supposer que les tribunaux n'hésitassent pas à les produire par leurs décisions; et, sans doute, repoussant par la fin de non-recevoir écrite dans l'art. 196 une demande déjà condamnée par la morale, ils renverraient l'époux défendeur à réclamer auprès du gouvernement les dispenses réparatrices qui corrigeraient l'irrégularité du mariage.

M. Duranton rejette la fin de non-recevoir établie dans l'art. 196 et pense que le mariage peut être attaqué par les époux eux-mêmes, non-seulement pour toutes les causes exprimées dans l'art. 184 sans distinction, mais encore

pour le cas d'incompétence indiqués dans l'art. 191 et même pour les causes qui ne produisent qu'une nullité relative (1).

Une telle doctrine serait une déplorable source de contestations. Nous en discuterons le mérite en nous occupant des demandes en nullité auxquelles elle se rattache.

Fixons-nous sur les preuves supplétives qui, dans certains cas, peuvent remplacer, même entre époux, l'acte de célébration.

---

§ II.

Des preuves supplétives de l'acte de célébration autorisés entre époux dans certaines circonstances.

SOMMAIRE.

TEXTE DE LA LOI.

419. S'il n'a pas existé de registres, la preuve par témoins de la célébration est admise.

420. Comment se prouve la non existence des registres?

421. Cette non existence étant prouvée comment se prouve le mariage?

422. Quid *s'il existe des registres et que l'acte civil n'y soit pas inscrit?*

423. L'ancien droit admettait, dans ce cas, s'il y avait des circonstances graves, la preuve de la célébration.

424. On doit aussi l'admettre aujourd'hui à l'aide de présomptions graves. — Arrêts sur la question.

425. La preuve doit aussi être admise à l'aide d'un acte de célébration inscrit sur une feuille volante.

419. Les cas, où des preuves supplétives à la représentation de l'acte de mariage peuvent suffire, sont indiqués dans les art. 46, 198, 199 et 200 du Code civil.

Art. 46. « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ce cas les mariages, naissances et décès, pour-

(1) Duranton, 2. 4. 252.

ront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins (1). »

« Lorsque la preuve d'une célébration légale de mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'État civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage.» Art. 198.

« Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable et par le procureur du roi. » Art. 199.

« Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers par le procureur du roi en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. » Art. 200.

Le premier de ces articles suppose qu'il n'y a jamais eu de registres de l'État civil ou qu'un événement de force majeure les a fait disparaître, sans qu'il y ait crime ou délit imputable à une personne connue.

Les trois autres articles prévoient le cas où les registres auraient été altérés ou anéantis par une main coupable.

Dans ces différentes hypothèses les époux étant privés de l'avantage de prouver leur état par des registres, il était

(1) D'après le Code hollandais, article 156 : « En cas d'absence ou de » perte de registres, la suffisance de la preuve du mariage est abandon- » née à l'arbitrage du juge s'il y a possession d'état. »

L'article 155 du même Code est, d'ailleurs, conforme à l'art. 194 du Code Napoléon.

Dans le royaume des Deux-Siciles, la preuve des mariages résulte des actes dressés par les curés (art. 81 du Code).

De même d'après le Code sarde (art. 61).

Idem, dans le canton de Vaud (art. 16 et 17).

Idem, dans la Prusse où les registres sont tenus par les curés ou pasteurs.

En Autriche, les actes de l'Etat civil, dressés par les ecclésiastiques des deux religions catholique ou réformée, font foi.

juste, il était nécessaire de leur offrir une ressource supplétive.

Examinons les deux cas :

ARTICLE Ier.

Des preuves supplétives de l'acte de célébration lorsqu'il n'y a pas eu de registres ou qu'ils ont disparu sans qu'il y ait eu crime ou délit imputable à une personne connue.

420. Des termes de l'art. 46, à s'en tenir rigoureusement à la lettre, il semblerait résulter :

1° Qu'il faut, avant tout, prouver qu'il n'a pas existé de registres de l'État civil ou que ces registres ont été perdus ;

2° Qu'il faut prouver ensuite que le mariage a été célébré ;

3° Que si des registres existent et ne contiennent pas l'acte de célébration, la preuve du mariage n'est pas admissible.

Nous verrons que l'injustice de cette dernière conséquence l'a fait repousser dans beaucoup de cas.

Quant aux deux premières, il est certain que c'est d'abord dans les registres de l'État civil qu'on doit chercher la preuve du mariage, et que lorsqu'il n'existe pas de registres il est nécessaire que leur absence soit démontrée à la justice pour qu'elle ait recours aux moyens supplétifs.

Mais est-il indispensable que la preuve de cette absence et de ses causes soit faite soit par titres soit par témoins? Ne suffit-il pas qu'un certificat de l'autorité ou du dépositaire légal des registres atteste qu'il n'en existe pas?

Ce certificat doit suffire dans beaucoup de cas.

On sait que sous la loi du 20 novembre 1792 tous les actes de l'État civil étaient inscrits sur des registres doubles, qu'un des doubles était déposé aux archives du département, et l'autre conservé dans celles de chaque municipalité (1).

(1) L. du 20 sept. 1792, titre 2, art. 3, 11, 12 et 13.

Le Code civil, en exigeant aussi deux doubles registres et en prescrivant de conserver l'un des doubles dans les archives de la commune, a changé seulement le lieu du dépôt de l'autre double qui doit être remis au greffe du tribunal de première instance. (Code civil art. 43.)

Si donc le maire d'un côté, le secrétaire-général du département ou le greffier du tribunal de l'autre, attestent qu'il n'existe pas, dans les archives qui leur sont confiées, pour une année indiquée, de registres des actes de l'État civil d'une commune désignée, ce certificat émané d'un fonctionnaire public sera une preuve suffisante de leur non existence ; et si les registres réclamés étaient précédemment dans ces dépôts publics mais ne s'y trouvent plus par les effets d'un accident qui les a fait disparaître, ces mêmes fonctionnaires ne pourraient-ils pas aussi attester également et l'ancienne existence et l'événement qui en a privé le dépôt?

Ces certificats rendraient inutile la preuve testimoniale dont parle l'art. 46 ; ils en éviteraient les frais ; ils satisferaient même à la lettre de la loi. Car, délivrés par des fonctionnaires publics et dans la forme légale, ils pourraient être considérés comme des titres probants du fait recherché.

Au reste, c'est d'après les circonstances que les magistrats auront à décider s'ils peuvent se contenter de simples certificats ou s'ils doivent exiger une preuve plus rigoureuse de l'absence des registres et de ses causes.

On fera observer que, pour établir la perte ou la non existence des registres, il n'est pas nécessaire de cumuler la preuve par titres et la preuve testimoniale. C'est assez d'un des deux modes de preuve, de la preuve testimoniale, par exemple ; question fort simple qui, tous les jours, lorsqu'il s'agit de faits à prouver, est résolue dans la pratique ainsi qu'on vient de l'indiquer et qui, cependant, a été agitée devant la Cour de Trèves qui l'a résolue dans ce sens par arrêt du 19 janvier 1807 (1).

(1) Sirey, 7. 2. 766.

421. Cette absence étant constatée, la preuve de l'État civil peut se faire de plusieurs manières, notamment par les registres et papiers domestiques des pères et mères décédés.

On voit dans l'exposé des motifs de la loi sur l'État civil que ces registres et papiers domestiques, doivent, dans la pensée du législateur, inspirer le plus de confiance. Ils présentent des témoignages qui ne sauraient être suspects lorsque les pères et mères sont décédés; les faits qu'ils attestent ne pouvant être présumés avoir été imaginés dans la prévision d'une difficulté qui n'avait pas été encore soulevée, et que l'on ne devait pas même soupçonner alors.

La preuve testimoniale, quoique plus dangereuse, doit cependant aussi être employée si les preuves écrites sont incertaines. Elle peut aussi les corroborer en précisant l'époque de la célébration du mariage et les faits qui l'ont accompagnée.

Mais c'est surtout à la possession d'état qu'il faut alors recourir, à cette possession qui se compose non-seulement de la cohabitation, mais aussi de la reconnaissance publique de la qualité d'époux et des faits qui annoncent que c'est toujours en qualité d'époux que les deux individus se sont traités; que c'est sous ce titre honorable qu'ils se sont présentés et qu'ils ont été reçus partout; que leurs enfants ont aussi toujours été considérés comme légitimes; en un mot qu'ils ont toujours joui dans la société, eux et leur famille, des droits et des avantages que procure un mariage légitime.

Cette possession d'état, prouvée par des actes si on le peut, prouvée d'ailleurs par des témoins, est le moyen le plus sûr, le plus décisif pour démontrer la vérité du mariage, lorsque surtout l'éloignement des lieux ou d'autres obstacles rendent difficile ou impossible la preuve du fait même de la célébration.

Bien plus, pût-on même faire attester par quelques témoins le fait de la célébration, cette preuve, isolée de la

possession d'état, exciterait une juste méfiance. Car, comme l'a décidé la Cour de cassation par arrêt du 21 décembre 1808, un mariage ne peut exister ni produire les effets civils lorsqu'il n'a pas été inscrit sur les registres publics et que les époux n'ont pas la possession d'état (1).

422. Mais s'il existe des registres et que l'acte du mariage n'y soit pas inscrit, devra-t-on décider sans autre examen qu'il n'y a pas de mariage, quelles que soient d'ailleurs les circonstances qui le proclament?

Non sans doute ; car l'affirmation révolterait trop l'équité, et ne serait pas justifiée par la loi.

En déclarant que nul ne peut réclamer le titre d'époux, s'il ne représente un acte de célébration, l'article 194 excepte de la règle les cas prévus par l'article 46.

Le législateur s'en réfère donc à ce qui fut arrêté, à ce qui fut reconnu lors de la rédaction de cet article 46.

Or, quels sont les termes de cet article et quel est l'esprit qui les dicta?

Les termes de l'article sont indicatifs et non limitatifs :

« Lorqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils se-
» ront perdus, dit-il, les mariages, naissances et décès
» pourront être prouvés, etc. »

Tirer de ces expressions la conséquence que, s'il existe des registres où l'acte du mariage ne soit pas inscrit, la preuve de sa célébration ne pourra pas être faite, ce serait décider aveuglément par ce vicieux argument *à contrario* dont nous avons déjà signalé le danger.

Les expressions de l'article ne sont pas prohibitives de toute autre preuve. Seulement elles annoncent qu'il ne faudra en admettre qu'avec beaucoup de réserve, avec une sage circonspection et dans de graves circonstances.

C'est, au reste, ce que démontre la discussion qui prépara l'article 46, discussion qui était récente et en quelque

(1) Dalloz, t. 8. 1. 543.

sorte fraîche et pleine de vie au moment où l'article 194 fut adopté, discussion à laquelle les législateurs, qui s'y étaient eux-mêmes livrés, dûrent s'en référer dans leur pensée en renvoyant à la règle écrite dans l'article 46.

Or, que remarque-t-on dans cette discussion?

On y prévoit trois causes du défaut d'inscription des actes dans les registres de l'État civil :

La malveillance;

La négligence;

L'impossibilité où se sont trouvées les parties.

« La malveillance soit de l'officier public soit des particuliers, serait, dit-on, l'objet d'une procédure criminelle; et le jugement qui condamnerait les coupables rendrait en même temps l'état à ceux à qui ils auraient voulu l'enlever.»

Ces réflexions ont produit les articles 198 et suivants dont nous nous occuperons bientôt. (Voir l'art. 2 ci-après.)

L'impossibilité peut avoir pour cause l'éloignement des registres, lorsque des Français se marient en pays étranger, dans des lieux d'où ils sont revenus en France, et dans lesquels des registres n'étaient pas prescrits ou étaient irrégulièrement tenus (V. les articles 47 et 48 du Code.)

Sur la négligence, cause aussi fréquente de défaut d'inscription exacte dans les campagnes surtout; l'on fit observer qu'elle n'était pas à craindre, parce qu'elle exposerait l'officier public aux peines établies par l'article 50 et qu'elle ne devait pas être prévue par les parties.

C'était là une bien faible garantie, l'article 50 ne prononçant contre le fonctionnaire qu'une amende qui ne pouvait pas excéder cent francs; aussi ne s'en tint-on pas à cette observation :

« Il serait très-dangereux, ajouta-t-on, que la loi prévît » le cas de l'omission (1). »

Il paraîtrait que l'on craignit que les dispositions qui au-

(1) Procès-verbal du 6 frutidor an 11.

raient permis de réparer *facilement* les omissions n'eussent fait que les multiplier (1).

« Cependant, dit Locré, s'il en existe, quel moyen » reste-t-il aux parties?

» Pourront-elles s'appliquer les dispositions de l'art. 46, » sur le cas où les registres ont été perdus ou n'ont » pas existé?

» La Cour d'appel de Lyon l'avait demandé. Son observa- » tion a été rappelée dans le cours de la discussion; mais il » eût fallu prévoir les omissions et cette considération l'a » fait rejeter.

» Mais les contestations auxquelles ces omissions peuvent » donner lieu doivent être portées devant les tribunaux qui » *statueront suivant les circonstances* (2). »

Ainsi il fut déclaré que la négligence de l'officier public ne pourrait pas élever contre les époux une fin de non-recevoir insurmontable.

Il fut reconnu que les omissions du registre pourraient êtres réparées.

Seulement ce fut à la sagesse, à la justice des tribunaux que cette réparation fut confiée. Ce sont eux qui, chargés de prononcer sur les contestations auxquelles ces omissions peuvent donner lieu, doivent y statuer *suivant les circonstances*.

Si donc les circonstances leur paraissent fortes, si les preuves qui leur sont présentées leur paraissent décisives, si la possession d'état ne leur paraît pas équivoque, si des papiers de famille tels que des lettres, des actes publics ou privés où les qualités d'époux seraient consignées, viennent à l'appui de la réclamation des époux eux-mêmes, ils doivent l'accueillir et rétablir dans sa force légale et dans ses droits un état qu'un fatal oubli aurait compromis.

Comment douter que telle ait été l'intention des législateurs,

(1) Locré, Esprit du Code civil sur les art. 47 et 48.
(2) Locré, *ibid*, procès-verbal du 6 fructidor an 9.

et comment hésiter à adopter cette doctrine si l'on se fixe et sur la doctrine ancienne et sur les exemples d'omissions survenues pendant les agitations de la révolution, exemples qui ont dû frapper l'attention des rédacteurs de la loi nouvelle?

Alors les désordres des actes de l'état civil étaient si graves, les lacunes qu'ils présentaient étaient si nombreuses, les registres mêmes manquaient dans tant de commnnes en France, qu'il avait été rendu, le 2 floréal an 3, un décret qui ordonnait la nomination de commissaires pour en former à l'aide des papiers de familles ou d'autres documents dans les communes où ils manquaient; et cependant cette loi bienfaisante n'a reçu presque aucune exécution.

Comment dans de telles circonstances nos nouveaux législateurs auraient-ils pu avoir la pensée d'exiger, comme condition absolue de la conservation de l'état d'époux, la représentation d'un acte de célébration du mariage inscrit sur les registres de l'État civil?

Comment aussi se seraient-ils décidés à renverser complètement l'ancienne jurisprudence, et surtout sans le déclarer formellement par un texte positif.

423. Or, l'ordonnance de 1667 avait des dispositions semblables à celle de notre Code civil; une déclaration du 26 novembre 1639, plus sévère encore, défendait rigoureusement la preuve par témoins des mariages, et cette déclaration n'avait été modifiée par l'ordonnance de 1667 que pour le cas où la perte des registres était articulée et prouvée.

Mais l'expérience avait fait connaître, dit le célèbre d'Aguesseau, que la sévérité de cette loi réduirait souvent les parties dans l'impossibilité de prouver leur état; et par analogie avec le cas de la perte des registres, la jurisprudence autorisa la preuve du mariage dans des circonstances graves, quoique l'acte ne fût pas inscrit sur les registres de l'État civil, s'il y avait commencement de preuve par écrit. Cette jurisprudence attestée et expliquée par d'Aguesseau dans son

21e et son 22e plaidoyers, par Cochin dans l'affaire Bourgelat, par l'avocat-général Gilbert Desvoisins dans la cause du duc de la Vallière et de la demoiselle de Choiseul, par Rousseau-Lacombe dans son Recueil de jurisprudence civile au mot *Etat* et au mot *Preuve*, a été consacrée par plusieurs arrêts remarquables rapportés par Denizart au mot *Mariage*.

424. Le droit ancien dont les dispositions étaient moins favorables aux preuves du mariage que le droit actuel, doit au moins servir à l'interpréter et à faire admettre la preuve que l'on accordait autrefois lorsqu'il y avait commencement de preuve par écrit et surtout possession d'état *leges priore ad posteriores trahuntur et è contrà*.

Plusieurs monuments législatifs, qui ont paru à des époques rapprochées de celles de l'émission du Code civil, autorisent à suppléer par des jugements aux actes de l'État civil non inscrits sur les registres.

Le Conseil d'État eut, en l'an 10, en l'an 11 et en l'an 12, à s'occuper non de la rectification d'un acte particulier sur des registres d'ailleurs en règle, rectification qui est l'objet des art. 97, 100 et 101 du Code civil, mais de la rectification des registres eux-mêmes lorsqu'ils présentaient des désordres ou des lacunes.

Trois cas lui furent soumis à différentes époques :

1° Celui où des événements et des circonstances particulières avaient introduit le désordre dans les registres d'un département tout entier ;

2° Celui où les actes de l'État civil n'avaient pas été inscrits dans les délais prescrits par la loi ;

3° Celui où l'officier de l'État civil était décédé sans avoir signé les actes inscrits sur les registres de l'État civil.

Sur le premier cas, le conseil s'expliqua par un avis du 12 nivôse an 10, approuvé le 13, et son opinion fut que l'intérêt public et l'intérêt des individus voulaient également que la rectification des actes de l'Etat civil fût opérée par les tribunaux.

Sur le deuxième cas, en s'en référant aux principes qu'il avait énoncés dans l'avis du 12 nivôse an 10, il considéra que « lorsqu'on demande à réparer une omission » d'actes, il s'agit évidemment de donner un état;.....

» Que les actes omis ne peuvent être mis sur les regis- » tres qu'en vertu de jugements rendus en grande con- » naissance de cause *de l'omisssion*, contradictoirement » avec les parties intéressées ou elles appelées, et sur » les conclusions du ministère public. »

Ce second avis est du 8 brumaire an 11; il a été approuvé le 12 brumaire.

Sur le troisième cas, le Conseil s'expliquant par un troisième avis du 28 frimaire an 12, approuvé le 30, décida que « *les lacunes*, *omissions*, erreurs dans les registres de » l'Etat civil doivent être remplacées, suppléées ou répa- » rées d'après un jugement. »

Ce troisième avis, qui rappelle les deux autres et en adopte les principes, est postérieur aux titres des actes de l'État civil et du mariage dont nous nous occupons.

Ces trois avis, émanés des interprètes officiels de la loi, et qui ont eux-mêmes force de loi puisqu'ils ont été approuvés par le chef de l'État, fixent le vrai sens des articles 46 et 194 de la loi, et décident nettement que les tribunaux peuvent, par des jugements rendus en connaissance de cause, suppléer à l'omission, dans les registres, d'un acte de l'État civil, et par conséquent d'un acte de mariage.

Donc, un époux, pour assurer son état, a le droit de demander cette rectification devant les tribunaux, soit contre son épouse, soit contre des tiers.

Donc, aussi, il doit être admis, dans des circonstances graves, quoiqu'il ne puisse pas représenter l'extrait d'un acte inscrit sur les registres de l'État civil, à prouver, surtout à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, l'existence de son mariage et la légitimité de la qualité d'époux qu'il réclame.

C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence nouvelle. Elle s'est manifestée par un grand nombre d'arrêts.

On trouve dans les recueils un arrêt de la Cour d'Agen, du 9 germinal an 13; un arrêt de la Cour de Riom, du 30 janvier 1810;

Un premier arrêt de la Cour de Bordeaux, du 29 août 1811;

Un second arrêt de la même Cour, du 9 mars 1812;

Quatre arrêts de la Cour de cassation, des 12 mars 1807; 5 février 1809; 22 décembre 1819, et 1er juin 1830 (1).

Ces différents arrêts décident en principe que les juges peuvent, dans leur prudence, admettre la preuve testimoniale du mariage, quoiqu'il existe des registres où l'acte n'est pas inscrit, si ces registres sont inexacts ou incomplets et s'ils présentent des erreurs ou omissions.

Par un autre arrêt du 21 juin 1814, la Cour de cassation a dit « que la perte ou la soustraction d'une seule feuille peut, selon les circonstances, être considérée par les juges comme équivalente à l'absence totale des registres.... »

« Que c'est là un fait dont les conséquences appartiennent à l'arbitrage des juges, qui peuvent en ce cas admettre la preuve testimoniale de l'acte.... »

Dans l'espèce de l'arrêt du 20 décembre 1819, il n'était pas même contesté que les registres publics existassent et fussent réguliers; on ne reprochait à l'officier public que la seule omission dont on se plaignait et que l'état des registres ne pouvait pas faire présumer; on disait qu'après avoir célébré le mariage en proclamant l'union, l'officier public avait renvoyé au lendemain la rédaction et la signature de l'acte, et qu'ensuite il avait oublié de le faire.

(1) Voir l'arrêt de Riom dans le Journal des Audiences de cette Cour, vol. de 1810, p. 14, et dans le Recueil de Denevers, 1811, supl. p. 78, et les autres arrêts dans le Recueil de Sirey, t. 7. 2. 147; 12 2. 39; 12. 2. 421; 7. 1. 261; 9. 1. 221; 20. 1. 281; 30. 1. 213.

Les parties avaient elles-mêmes leur négligence à se reprocher.

La preuve fut admise, parce qu'on justifiait d'un acte des conventions matrimoniales, de la publication des bans, de la bénédiction nuptiale et de la possession d'état par les époux et par leur fille... En définitive, la preuve fut complète et le mariage fut reconnu et déclaré valable par la Cour de Toulouse.

On lit dans l'arrêt de la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi ces motifs remarquables :

« Attendu que ni l'article 14 de l'ordonnance de 1667, » ni l'article 46 du Code civil, qui a reproduit la disposition » de cette ordonnance, en spécifiant deux cas dans lesquels » la preuve testimoniale des actes de l'État civil peut être » ordonnée, savoir celui où il n'a pas existé de registres » de ces actes et celui où ces registres auraient été perdus, » ne sont ni limitatifs ni exclusifs d'autres cas où cette » preuve pourrait être admise.

» Qu'en effet il existe dans les monuments de l'ancienne » comme de la nouvelle jurisprudence, plusieurs exemples » d'arrêts par lesquels les juges, d'après des présomptions » graves, telles que la possession d'état ou un commencement de preuve par écrit, ont ordonné la preuve par témoins d'un mariage dont l'acte ne pouvait pas être représenté, bien qu'il n'y eut ni défaut de tenue ni perte des » registres de l'État civil, et que cette jurisprudence a été » approuvée et adoptée par les magistrats les plus distingués » dans le ministère public, etc. »

Les circonstances de la cause jugée par l'arrêt de Toulouse, et par celui de la Cour régulatrice réfutent l'opinion de Toullier qui pense que, s'il existe des registres en bonne forme et sans lacune à l'époque où le mariage a dû être célébré, et que les époux prétendent que l'acte de leur mariage y a été omis, les commencements de preuve par écrit ni les papiers émanés des pères et mères décédés ne suffiraient pas,

dans une action intentée au civil, pour faire admettre la preuve de la célébration du mariage.

« Si l'acte de célébration n'a pas été inscrit, ajoute l'auteur, c'est une faute que les parties doivent s'imputer (1). »

L'opinion de cet auteur recommandable s'est égarée parce qu'il s'est trop arrêté à la lettre de l'article 46, qu'il n'en a pas recherché l'esprit, qu'il ne s'est pas fixé assez attentivement sur la discussion du Conseil d'État, qu'il ne s'est pas aussi occupé de l'ancienne jurisprudence qui aurait pu cependant lui servir de guide la loi nouvelle étant copiée sur les lois antérieures, qu'il n'a pas connu les nombreux arrêts que nous avons cités, la plupart desquels sont postérieurs au premier volume de son ouvrage publié en 1811; qu'enfin, il paraît avoir ignoré même les avis du Conseil d'État de l'an 10, de l'an 11 et de l'an 12 que nous avons rappelés ci-dessus.

L'argument qu'il tire de la négligence des contractants est d'autant moins sérieux que l'absence de leur signature dans l'acte quoiqu'ils sachent signer, ne porte aucune atteinte à la validité du mariage, qu'ils ne peuvent, d'ailleurs, présumer qu'un fonctionnaire public manquera à ses devoirs, que, dans la classe du peuple surtout, leur ignorance ne leur permet pas de surveiller ce fonctionnaire, et que ce serait, au reste, cruellement les punir d'un oubli fort excusable que de les priver de leur état en faisant retomber sur eux tout le poids de la faute de l'officier préposé par la loi pour le leur assurer.

Loin de partager l'opinion de Toullier, les auteurs des Pandectes françaises sur l'article 46, n° 27, *in fine*, et M. Vazeilles dans son Traité du Mariage, n^os^ 200 et 201, professent avec force la doctrine que nous venons de développer. Tel était aussi l'avis de Rodier dans l'ancien droit, et tel est dans le nouveau celui de Malleville qui combat même une

(1) Toullier, t. 1^er^, n° 543.

fausse distinction faite par Rodier entre le cas où tout le registre serait perdu et celui où une feuille seulement aurait été arrachée de ce registre. Rodier admet la preuve du mariage dans le premier cas et la refuse dans le second. Malleville pense qu'elle est admissible dans les deux cas (1).

425. Cette doctrine nous ramène à ce que nous avions dit dans le premier paragraphe, pour le cas où un acte de mariage aurait été écrit sur une feuille volante.

S'il est vrai, comme nous croyons l'avoir prouvé, que des présomptions graves, telles que la possession d'état ou un commencement de preuve par écrit, autorisent à prouver par témoins la célébration du mariage dont l'acte n'est pas inscrit dans les registres de l'État civil, cette preuve doit évidemment être admise, lorsque cet acte se trouve écrit sur une feuille volante et revêtue de signatures qui en attestent l'exactitude. Telle est l'opinion que nous avons déjà émise; elle nous paraît trop juste pour ne pas y persister.

C'est en ce sens que nous critiquons l'opinion de Duranton qui paraît n'attacher à un tel acte aucune valeur. Non pas, d'ailleurs, que nous pensions qu'un tel écrit réuni à la possession d'état puisse équivaloir à un extrait régulier du registre légal, suffire pour repousser toute demande en nullité et dispenser de toute autre preuve de la célébration du mariage.

Notre pensée ne va pas aussi loin. Car nous croyons aussi, comme M. Duranton, que l'acte de célébration dont parle l'art. 196 du Code est l'extrait régulier du registre et non un acte de célébration écrit sur une feuille volante.

Mais même en cette dernière forme l'acte de célébration doit avoir quelque force et autoriser à faire une preuve plus complète.

M. Dalloz aîné et même M. Duranton pensent, et nous

(1) Rodier sur l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667; Malleville sur l'art. 46 du Code.

partageons leur avis, que la suppression de cette feuille volante, commise par le fonctionnaire public qui en serait dépositaire ou par ses agents, rendrait leur auteur passible des peines portées par l'article 173 du Code pénal ; car il y aurait suppression de titres (1).

ARTICLE II.

De la preuve supplétive de l'acte de célébration du mariage par l'effet d'une instruction criminelle.

SOMMAIRE.

426. *Distinction entre les simples contraventions et les crimes ou délits commis dans la tenue des registres de l'État civil.*
427. *Les simples contraventions sont jugées par le tribunal civil.*
428. *Les crimes ou délits le sont par les tribunaux criminels.*
429. *La poursuite de ceux-ci ne peut être faite que par le ministère public contre leur auteur.*
430. *Même après la mort de l'auteur, le ministère public seul peut agir directement contre ses héritiers.*
431. *Les époux n'ont ni dans l'un ni dans l'autre cas l'action directe même seulement civile.*
432. *Mais Ils peuvent intervenir pour leur dommages et intérêts.*
433. *Ils peuvent aussi provoquer l'action du ministère public.*
434. *Après le décès de l'un des époux toute personne intéressée peut agir.*
435. *Le jugement que produit l'action doit être inscrit sur les registres de l'État civil.*

426. Dans le titre des actes de l'Etat civil, le législateur a prévu deux sortes de faits répréhensibles relativement aux actes de l'État civil : les uns qui ne constituent que de simples contraventions, les autres qui ont le caractère de crimes ou délits.

427. Les premiers sont indiqués dans les art. 34 et suivants du Code civil, jusque et compris l'art. 50. Ils s'ap-

(1) Dalloz aîné, Jurisprud. gèn., t. 10, p. 85, n° 17 ; même opinion de Duranton, t. 2, n° 26.

pliquent aux négligences, aux irrégularités, aux omissions que les officiers de l'État civil auraient commises dans la consommation des actes qui leur sont confiés; et dans l'accomplissement des formalités que prescrivent les articles qui précèdent l'art. 50.

Ces contraventions sont poursuivies devant les tribunaux civils de première instance, et ne sont punis que d'une amende qui ne peut excéder cent francs.

428. Les autres ont pour objet : *Toute altération, tout faux dans les actes de l'Etat civil, toute inscription de ces actes, faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés.*

Ils donnent lieu à des peines portées au Code pénal, ainsi qu'aux dommages et intérêts des parties; et, par conséquent, ils sont poursuivis par la voie correctionnelle. (V. l'art. 52 du Code, et même l'art. 51 qui rend les dépositaires de ces registres civilement responsables des altérations qu'ils éprouvent.)

Les peines qui y sont attachées sont, pour l'inscription sur une feuille volante, un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et une amende de 16 à 200 fr., et pour les autres faits les travaux forcés à perpétuité. (V. les art. 145 et 198 du Code pénal.)

C'est à ce dernier genre d'actes punissables qu'ont trait les dispositions du Code civil qui autorisent la preuve du mariage par le résultat d'une instruction criminelle.

En voici les termes :

Art. 198. « Lorsque la preuve légale du mariage sera acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'État civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. »

Art. 199. « Si les époux sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle pourra être intentée par tous ceux qui au-

ront intérêt de faire déclarer le mariage valable et par le commissaire du gouvernement. »

« Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée *au civil* contre ses héritiers par le commissaire du gouvernement, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. » Art. 200.

Les deux premiers de ces articles prescrivent des poursuites criminelles ; le troisième seul parle d'une action civile, parce qu'au moment où il se reporte l'auteur présumé du crime ou délit n'existe plus.

429. En prescrivant l'action criminelle la loi a-t-elle entendu exclure l'action civile?

M. Vazeille pense que non. Le droit d'option entre les deux voies ne lui paraît pas douteux, parce que, dit-il, « il était » admis autrefois par la jurisprudence ancienne retracée par » Merlin, dans l'affaire des héritiers Roquelaure ; et aujour- » d'hui les principes généraux en matière criminelle, et » l'art. 198 du Code civil, combinés ensemble, l'autorisent » clairement. »

Nous n'adoptons pas cet avis ; il ne nous paraît pas en harmonie avec l'esprit de l'art. 198, que l'on reconnaît en comparant ses dispositions à celles de l'art. 200 et en se fixant sur les motifs qui ont dicté le dernier.

L'article 198 ne parle que d'une procédure criminelle où le ministère public, c'est-à-dire l'homme de la loi, exerce l'action principale, où celui dont les intérêts privés ont été blessés n'est qu'une partie jointe, et dans les poursuites de laquelle aucune collusion n'est possible entre le prévenu et la partie civile pour faire accorder à celle-ci par la justice un état qui ne lui appartiendrait pas ; car l'œil vigilant de l'officier à qui sont confiés les intérêts de la société découvrirait la fraude et la paralyserait. Tel paraît être le motif qui a fait exiger par l'article 198 une instruction criminelle contre l'auteur présumé du fait, tant qu'il est vivant.

430. Mais lorsqu'il est mort, qu'il ne peut plus être poursuivi, que la société n'a plus d'action à exercer, que des dommages et intérêts dans un intérêt privé peuvent seuls donner lieu à une action qui, alors, est nécessairement civile; à qui cette action, qui doit se former devant les tribunaux civils seulement, est-elle confiée?

Est-ce aux époux?

Non. C'est au procureur du roi seul que l'action appartient.

Comme parties intéressées, les époux ont seulement le droit de dénoncer le fait, de provoquer l'action du procureur du roi et d'y être présents pour y conclure et réclamer des dommages et intérêts?

Telle est la disposition de l'article 200. Elle est formelle. Elle veut que l'action civile contre les héritiers de l'officier public soit exercée par le procureur du roi. Seulement elle autorise les héritiers à dénoncer le fait et à être présents dans l'instance.

Et pourquoi cette disposition si étrange en matière même de crimes ou de délits?

Pourquoi? Parce que l'intérêt social domine toujours la contestation; parce que la validité du mariage intéresse l'ordre public et qu'il est convenable que tout changement à faire à l'état actuel des registres de l'Etat civil en réparation d'un délit soit fait par l'impulsion du procureur du roi que la loi a chargé tout à la fois et de la poursuite des délits et de la surveillance des registres publics.

431. Ainsi dans aucun des deux cas prévus par les articles cités les époux n'ont l'action directe ni contre l'auteur du délit, ni contre ses héritiers.

432. Mais ils peuvent intervenir dans l'instance, et y réclamer des dommages et intérêts; et l'indemnité à laquelle ils auront droit sera proportionnée au préjudice matériel ou moral qu'ils auront éprouvé.

433. Ils peuvent aussi provoquer l'action du ministère

public par la dénonciation du fait s'il l'ignore, par des réclamations pressantes et même par une plainte adressée au garde des sceaux, si le fait ayant été dénoncé le ministère public n'agit pas.

Une autre observation s'applique au mot *Procédure criminelle*, action *criminelle* employés dans les art. 198 et 199.

Ces expressions, peut-on dire, s'appliquent en général à une instruction dont les résultats doivent être portés devant la Cour d'assises; et cependant le fait d'inscription sur une feuille volante, notamment n'est passible que d'une peine correctionnelle?

On répondra que les expressions dont il s'agit sont génériques et sont employées dans le langage judiciaire pour indiquer toute espèce de procédure ou d'action tendante à la punition soit d'un crime, soit d'un délit ou d'une contravention.

Elles doivent s'entendre *lato sensu*, suivant l'acception générale qu'on donnait autrefois, à la dénomination du Code des *délits et des peines*, et qu'on donne aujourd'hui à celle du Code d'instruction *criminelle*, qui comprend cependant l'instruction sur les délits et même sur les simples contraventions comme celle sur les crimes (1).

Mais si les époux ou l'un deux sont décédés sans avoir découvert la fraude, toute personne y ayant intérêt peut exercer l'action criminelle; l'époux survivant lui-même a ce droit puisqu'il n'en n'est pas exclus par l'article 199 qui l'attribue généralement.

La disposition de cet article peut surprendre si on la compare à celles des articles 198 et 200 qui n'attribuent d'action qu'au ministère public.

Mais le cas n'est pas le même. Après la dissolution du mariage il y a moins de concert frauduleux à redouter.

D'ailleurs même alors ce n'est pas une action civile qui

(1) Duranton, t. 2, n° 261, note 2; et Dalloz aîné, 10, p. 83, n° 12.

est autorisée mais une action criminelle seulement sous la surveillance et même sous la direction du ministère public qui reconnaîtrait facilement la fraude.

Il nous reste peu d'observations à faire sur chacun des trois articles dont nous nous occupons.

Dans le projet de la Commission, l'art. 198 était restreint au cas de l'inscription sur une feuille volante de l'acte de célébration du mariage. La peine prononcée était de trois ans d'emprisonnement au moins, de cinq ans au plus.

L'article adopté généralise la règle en l'appliquant à tous les cas où l'on ferait méchamment disparaître les preuves d'un mariage et où le fait aurait donné lieu à une instruction criminelle.

434. La Commission avait d'abord pensé que la conséquence de la preuve acquise devait être de faire ordonner la réhabilitation du mariage.

Mais on reconnut que, si par la procédure la preuve de l'observation des formalités du mariage était acquise, il n'y avait pas de raison pour les faire renouveler, et on dut donc se borner à dire que le jugement serait inscrit sur les registres de l'État civil, et qu'il assurerait au mariage tous ses effets, à compter du jour auquel, d'après les preuves, il y aurait eu célébration (1).

L'article 199 dont la rédaction est, au reste, assez obscure doit être combiné, pour bien l'entendre, avec l'art. 52. Il autorise après la mort de l'un des époux toute personne intéressée à exercer l'action criminelle.

Le procureur du roi y est aussi autorisé comme organe du corps social.

L'article 200, en refusant l'action civile et directe aux parties intéressées contre les héritiers du coupable ne la défère au procureur du roi que dans l'intérêt de ces parties qui doivent provoquer les poursuites, sinon il ne doit pas agir.

(1) Locré, sur l'art 198.

435. Le résultat de l'action, si elle réussit, est de faire inscrire sur les registres de l'Etat civil, le jugement pour remplacer l'acte de célébration.

Section II.

De la preuve du mariage dans l'intérêt des enfants.

SOMMAIRE.

436. *Les preuves du mariage par les époux s'appliquent à leurs enfants.*
437. *Mais à leur égard toute question d'état doit d'abord être jugée par les tribunaux civils.*
438. *Pour eux après le décès des père et mère, la possession d'état suffit surtout avec l'acte de naissance.*
439. *Le père signataire de l'acte de naissance peut-il contester la légitimité? Controverse.*
440. Quid *si l'époux survivant est dans l'impossibilité de s'expliquer?*
441. *La preuve de la possession d'état d'enfant légitime est complexe.*
442. *En quoi consiste la possession d'état?*
443. *L'opinion commune la constitue.*
444. *L'appréciation des faits de possession n'appartient qu'aux tribunaux, non à la Cour de cassation.*
445. *Les noms de famille sont un des éléments de la possession d'état.* — *Propriété de ces noms.*

436. Pour établir le mariage des auteurs de leurs jours les enfants ont des moyens qui leur sont communs avec ceux-ci et des moyens qui leur sont particuliers.

Tous les moyens, à l'aide desquels les époux peuvent prouver leur mariage, respectivement l'un à l'autre, sont aussi admis en faveur des enfants pour la preuve du mariage de leurs père et mère.

L'acte de célébration du mariage est pour les enfants nés du mariage comme pour les époux eux-mêmes le genre de preuve le plus sûr, le moins sujet à contestation.

Mais si cet acte n'existe pas sur les registres de l'État

civil soit que les registres aient été perdus, soit qu'ils n'aient jamais existé ou qu'ils aient été mal tenus, si des présomptions graves annoncent le mariage, si un commencement de preuve par écrit l'indique, si la possession d'état des père et mère, comme époux, le signale, la preuve du mariage peut aussi être faite en faveur des enfants par la voie civile contre ceux qui le contestent.

En un mot, l'on doit appliquer aux enfants tout ce qui a été dit dans les deux paragraphes de la précédente Section en faveur des époux, même ce qui est relatif à l'action criminelle autorisée par les articles 198 et 199 contre les auteurs des crimes et délits sur les actes de mariage, comme à l'action civile qui, d'après l'article 200, doit être dirigée contre leurs héritiers par le procureur du roi sur la dénonciation et en présence des parties intéressées.

437. Seulement, si ce sont des enfants qui, dans l'intérêt de leur filiation légitime, ont à se plaindre des faits qui portent atteinte à leur état, ces faits, quoique s'appliquant à l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, doivent, avant toute action criminelle, être l'objet d'une action civile.

C'est ce qu'exigent formellement les articles 326 et 327 du Code civil, au titre de la filiation, portant, l'un :

Art. 326. « Les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer » sur les questions d'état. »

L'autre :

Art. 327. « L'action criminelle contre un délit de suppression d'é- » tat ne pourra commencer qu'après un jugement définitif » sur la question d'état. »

Avant le Code civil, le délit de suppression d'état pouvait être poursuivi par l'action criminelle, sans qu'au préalable la question d'état eût été jugée définitivement par les tribunaux civils.

Dans ce cas, la preuve, acquise par la voie criminelle,

de la suppression d'état, pouvait servir à faire juger quel était l'état qui avait été supprimé (1).

Mais de nombreux exemples avaient dénoncé l'abus d'une telle voie.

« Privé, devant les tribunaux civils, de la faculté dan-
» gereuse de se composer une preuve avec des témoins,
» parce qu'il n'avait ni titres, ni possession, ni commence-
» ment de preuve, le réclamant portait le fait originaire
» devant les tribunaux criminels, et remplaçait ainsi une
» enquête impossible par une information indispensable. »

Cette crainte et la considération qu'il n'appartenait qu'aux tribunaux civils de prononcer sur la question d'état, ont dicté les dispositions des articles 326 et 327 (2).

Aussi, un grand nombres d'arrêts ont-ils, depuis la promulgation de la loi nouvelle, décidé que le ministère public lui-même ne pouvait pas poursuivre d'office le délit de suppression et de supposition d'état avant le jugement de la question d'état par les tribunaux civils, et ils l'ont ainsi décidé, quoiqu'il n'y eût pas encore de contestation liée sur l'état de l'enfant (3).

Et remarquons que cela a été jugé ainsi par un arrêt de la Cour régulatrice, du 3 mars 1813, quoique le délit eût pour objet un acte de mariage dénoncé comme faux. Il est vrai que l'acte de mariage que l'on prétendait faux n'était pas présenté pour acquérir l'état d'époux, mais pour concourir à la preuve d'une filiation légitime qui était con-

(1) Arrêt de cassation du 23 brumaire an 13; S., 5. 1. 108; Denevers, 3. 1. 346.

(2) Discours du tribun Duvergier, sur le titre de la Paternité et de la Filiation.

Voir aussi la Législation civile et commerciale de Locré, t. 6, sur les art. 326 et 327, commentaire 6, n° 15; commentaire 9, n°s 4, 22 et 38; commentaire 10, n° 25; commentaire 11, n° 27.

(3) Arrêts de cassation des 20 prairial an 12; 10 messidor an 12; 2 mars 1809; 3 mars 1813; 21 juillet 1831; Sirey, t. 4. 1. 366 et 2. 281. 9. 1. 300; 13. 1. 239; 32. 1. 108.

testée (Voir l'arrêt dans le Recueil de Sirey, t. 13. 1. 329).

Remarquons cependant qu'on doit être frappé de la contradiction que présentent, sur la compétence des tribunaux pour la même question, les articles 326 et 327 comparés aux articles 198 et 199.

Le même fait de suppression ou d'altération d'un acte de mariage qui devra être jugé immédiatement par les tribunaux criminels, si ce sont les époux eux-mêmes qui réclament, ne pourra, au contraire, être soumis d'abord qu'aux tribunaux civils, si ce sont les enfants qui se plaignent.

Il est vrai que dans l'un et dans l'autre cas, ce sont des personnes différentes qui agissent, et que l'état d'époux est l'objet de l'une des actions, celui d'enfant légitime de l'autre.

Mais c'est toujours le même fait; c'est toujours une question d'état; il y a toujours les mêmes dangers de prendre telle ou telle voie.

Pourquoi ne pas appliquer la même règle de compétence? Pourquoi, si l'on craignait l'incertitude et l'abus des preuves par témoins pour établir la filiation sans autre élément, pourquoi ne pas la redouter aussi pour constater l'existence d'un mariage? Les deux actions n'intéressent-elles pas également l'ordre social? Ne peuvent-elles pas porter la même atteinte au repos des familles? Ne peuvent-elles pas entraîner les mêmes abus et donner lieu à de semblables erreurs judiciaires, en attribuant un état et des droits injustement réclamés?

Il est fâcheux que la pensée des législateurs, lorsqu'ils se sont occupés de la loi sur le mariage, ne se soit pas fixée sur les inconvénients qui les ont frappés lors de la rédaction de celle sur la filiation.

L'uniformité des règles est un besoin en législation.

438. Mais examinons les moyens particuliers que la loi accorde aux enfants pour suppléer à l'acte de la célébration du mariage de leurs père et mère.

Pour les enfants, la preuve de ce mariage résulte suffisamment d'une possession d'état qui n'est pas contredite par leur acte de naissance.

C'est ce que déclare l'article 197 qui modifie à leur égard l'obligation imposée à leurs père et mère par les art. 194 et 195, de représenter l'acte de célébration inscrit sur le registre de l'État civil pour pouvoir réclamer le titre d'époux.

On conçoit qu'une telle rigueur ne devait pas être appliquée aux enfants qui pouvaient ignorer l'époque et le lieu où leurs père et mère s'étaient unis par le mariage.

Cette considération a dicté la règle.

« Si, néanmoins, dans les cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont *vécu publiquement comme mari et femme*, *et qui soient tous deux décédés*, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée *par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance* (1). Art. 197.

On voit que pour l'application de cet article quatre conditions sont exigées :

La première, que les deux époux soient décédés ;

(1) Une disposition semblable est contenue dans le Code des Deux-Siciles, art. 190,

Et dans le Code hollandais, art. 157.

Le Code sarde est muet sur les enfants. Il exige, quant aux époux eux-mêmes, qu'ils rapportent l'acte de célébration du mariage ou qu'ils prouvent qu'il a été célébré (v. art. 114), quelle que soit même leur possession d'état.

Le Code de la Louisianne admet comme preuve de la filiation légitime soit l'acte de naissance, soit la possession d'état comme le Code Napoléon, dans les articles 319, 320, 321. (Code de Louisianne, art. 212-214.)

Le Code hollandais a adopté aussi, pour la filiation légitime, les principes du Code Napoléon et des art. 319 à 326. (V. art. 316 à 322 du Code hollandais.)

Le seconde, qu'il y ait possession d'état de la part des pères et mères ;

La troisième, que les enfants aient eux-mêmes possession d'état ;

La quatrième, que leur acte de naissance ne soit pas en contradiction avec cette possession.

Si le père ou la mère sont encore vivants, l'enfant qui réclame l'état d'enfant légitime est obligé de représenter l'acte de célébration du mariage de ceux qui lui ont donné le jour. Car l'exception portée par l'article 197 n'est admise que lorsque l'enfant a perdu ceux de qui il a reçu la vie et qui pourraient lui fournir sur leur mariage les renseignements qui lui manquent. L'exception doit cesser avec le motif qui l'a fait admettre.

On a voulu cependant étendre la règle exceptionnelle au cas même où les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux étaient encore vivants. Mais la loi était trop claire pour que la prétention fût accueillie. La jurisprudence l'a repoussée et a jugé qu'aucune pièce, pas même l'acte religieux, ne pouvait suppléer à la représentation de l'acte civil du mariage. Elle a même appliqué l'article 197 à un enfant né avant le Code civil, en décidant que cet article consacrait seulement le droit ancien. Elle l'a aussi appliqué au cas où le père de l'enfant, la mère étant morte, niait le fait du mariage (1).

439. Mais si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux existent, l'enfant peut établir son état par les moyens que les principes accordent aux époux eux-mêmes (Voir la précédente Section).

Cependant, selon quelques auteurs, si c'est l'un des époux qui conteste la légitimité de l'enfant, il ne doit pas être admis à opposer le défaut de représentation de l'acte de mariage. Car, disent-ils, ce serait à lui à fournir, pour dé-

(1) 20 mai 1808, Paris ; 24 juillet 1826, Toulouse ; 17 mars 1830, Bourges ; Journal de Sirey, t. 8. 2. 204 ; 27. 2. 224 ; 30. 2. 174.

couvrir cet acte, des documents qu'il se gardera bien de donner. La possession d'état, corroborée surtout par l'acte de naissance, doit suffire à l'enfant dans un tel cas (1).

Cette opinion est en opposition directe avec l'arrêt de la Cour de Toulouse du 24 juillet 1826 que nous venons de citer. (V. la note de la page précédente.)

L'arrêt rejette la réclamation de l'enfant qui argumentait non-seulement de sa possession d'état, mais encore de son acte de naissance signé du père et où il était dit que les père et mère de l'enfant étaient *mariés*. C'était le père qui contestait l'état de l'enfant dont il avait lui-même reconnu la légitimité en signant son acte de naissance où était énoncé le fait du mariage.

La Cour de Toulouse s'en est tenue à la rigueur de la lettre de l'art. 197. Elle a pensé qu'une exception ne devait pas être étendue au-delà de ses termes et qu'une doctrine contraire serait subversive de l'ordre social en fournissant à une aventurière les moyens de s'introduire dans une famille, malgré l'opposition du père contre lequel elle réclame et qui la méconnaît et la repousse.

Cet arrêt nous paraît bien sévère. Peut-être a-t-il été entraîné par des circonstances peu favorables à l'enfant. Car en principe lorsque l'acte de naissance de l'enfant est signé par le père lui-même, lorsque dans cet acte le père signataire s'est qualifié d'époux de la personne désignée comme la mère, et lorsqu'une longue possession d'état conforme à ce titre et qui a été l'œuvre du père lui-même vient à l'appui de l'acte de naissance, comment le père peut-il être admis à contester le fait du mariage qu'il a lui-même reconnu et attesté dans des actes publics ! Comment peut-il être autorisé à démentir ses propres assertions et à argumenter de sa propre fraude en soutenant que les faits qui ont caractérisé sa possession d'état comme mari de la mère de l'enfant, et la

(2) Duranton, t. 2, nº 254. Dalloz aîné, t. 10, p. 82, nº 7.

possession d'état de l'enfant comme fils légitime, n'ont été qu'une série d'actes de simulation destinés à tromper la société et à se jouer de la confiance publique?

Une telle doctrine repoussée par la morale ne saurait être protégée par la loi, et nous devons penser avec Duranton, avec Dalloz, que le père signataire de l'acte de naissance ne peut contester une légitimité qu'il a lui-même reconnue non-seulement par cet acte mais encore par une longue possession d'état de l'enfant.

440. Selon Delvincourt il suffisait dans le droit ancien qu'un seul des époux fût décédé pour que les enfants fussent dispensés de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. On pensait qu'il ne fallait pas laisser à l'un des époux la faculté de priver l'enfant de son état par une réticence coupable (1).

L'auteur en approuvant l'exigence du droit actuel qui veut que les deux époux soient décédés pour faire jouir l'enfant de la facilité que donne l'art. 197 pour la preuve de son état, ajoute *qu'il en serait* probablement de même s'ils étaient *dans l'impossibilité de manifester leur volonté*, *par exemple s'ils étaient en état de démence, fureur, imbécillité*, etc.

Cette opinion est fort obscurément exprimée.

Elle n'aurait pas été, il semble, bien réfléchie si l'auteur a voulu appliquer la nécessité du décès des deux époux, même au cas où il leur serait impossible d'exprimer une volonté. Dans un tel cas l'opinion serait en opposition avec l'esprit de la loi.

En effet, pourquoi l'enfant est-il dispensé de représenter l'acte de mariage de ses père et mère lorsque l'existence de ceux-ci a cessé?

C'est parce qu'il ne peut plus obtenir d'eux les renseignements qui lui seraient nécessaires pour se le procurer.

Or, quoique les père et mère vivent encore physique-

(1) Delvincourt, notes sur l'art. 197; voir aussi une dissertation dans le journal de Sirey, t. 22. 2. 183-190.

ment, si leur existence morale est éteinte, s'il leur est impossible d'exprimer une idée, de fournir le moindre document, les enfants ne sont-ils pas dans une position semblable, dans une position aussi favorable que s'ils avaient perdu leurs auteurs?

Est-ce de la vie végétative plutôt que de la vie intellectuelle que la loi s'occupe dans ses exigences? et a-t-elle voulu soumettre les enfants à une condition devenue impossible? Nous ne pouvons le croire, et nous dirons avec MM. Duranton et Vazeilles, Malleville et Toullier, que si des parents, ou par leur absence sans que le lieu où ils habitent soit connu ou par leurs infirmités morales, ne peuvent indiquer le temps et le lieu de la célébration de leur mariage, on doit les considérer comme décédés quant à l'application de l'art. 197. De même que cette cause d'impossibilité dispense des enfants de la nécessité d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants pour le mariage, de même aussi elle doit les affranchir de la condition écrite dans l'art. 197 pour être admis à la preuve de la légitimité (1).

Les auteurs que nous avons invoqués ne parlent pas positivement du cas de l'absence des père et mère dont l'existence est ignorée. Mais les raisons qui les déterminent s'appliquent aussi à ce cas et doivent faire dire que lorsque l'absence a été légalement déclarée, les enfants qui réclament leur état ne sont pas tenus de rapporter l'acte de célébration du mariage. D'ailleurs le jugement de déclaration d'absence fait présumer légalement la mort au jour de la disparition ou des dernières nouvelles. (Code civil art. 120.) Elle place donc les enfants dans la même position que si leurs père et mère étaient décédés. Cependant dans un cas semblable, mal-

(1) Vazeilles, t. 1, n° 214; Duranton, t. 2, n° 255; Malleville, sur l'art. 197; Toullier, t. 2, n° 877. — Malleville cite à l'appui de son opinion un jugement rendu le 26 février 1820, par le tribunal d'Alby. M. Merlin est d'une opinion contraire: Répert. v° *Légitimité*, sect. 2, § 2, art. 8, 3e question.

gré un jugement de déclaration d'absence, la Cour de Toulouse a soumis un enfant dont le père était mort, dont la mère était absente, à prouver : 1° la perte des registres de l'État civil; 2° le fait de la célébration du mariage de ses père et mère. Mais cet arrêt, qui, d'ailleurs, réserve à l'enfant tous ses moyens, est d'une exigence qui paraît contraire à l'esprit de l'art. 197 et au texte même des art. 120 et 123 du Code civil; il ne fera sans doute pas jurisprudence. (V. l'arrêt du 24 juin 1820; journal de Sirey, 20. 2. 280.)

M. Merlin approuve cet arrêt. Il se fonde sur ce que l'article 197 établit une exception à la règle générale qui exige le rapport de l'acte de la célébration du mariage. M. Merlin fait observer que les exceptions ne doivent pas être étendues hors du cas qu'elles prévoient.

Il ajoute que l'absence n'emporte pas une présomption de mort, et qu'aux yeux de la loi, l'absent n'est ni mort, ni vivant.

Ces raisons sont fortes sans doute; mais quelque puissantes qu'elles nous paraissent, quelque respect que nous inspire l'opinion du savant magistrat, nous ne pouvons la partager.

L'absence, judiciairement déclarée et suivie d'envoi en possession des biens de l'absent en faveur des héritiers présomptifs, nous paraît produire une présomption légale de la mort de l'absent. Cela est si vrai qu'aux termes de l'article 123, après cet envoi en possession, tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent les exercer. Or, ne serait-il pas trop rigoureux, ne serait-il pas même injuste et contraire au texte de l'article 123 de priver des enfants seuls du droit de prouver par la possession d'état, leur filiation légitime, c'est-à-dire de les priver d'un droit subordonné à la condition du décès de l'absent, parce qu'ils ne rapporteraient pas une preuve positive de ce décès, tandis que cette preuve serait considérée comme inutile pour toutes les autres personnes dont les droits

dépendraient de ce décès? (Voir Répertoire de Merlin, *V° Légitimité*, section 2, § 2, n° 8, 2e question.)

441. L'article 197 du Code civil a servi de base aux règles sur les preuves de la filiation des enfants légitimes, contenues dans le titre de la paternité et de la filiation, chapitre 2.

En effet, en parcourant ce chapitre on reconnaît aisément que ses règles ne sont que le développement du principe posé dans l'article 197 au titre du mariage, et que toutes ces dispositions de la loi, quoique placées dans des titres différents, sont en harmonie parfaite; en sorte que pour bien les entendre il faut les réunir et les combiner.

Ainsi, l'article 319 déclare que la filiation *des enfants légitimes* se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'État civil.

Des enfants légitimes; ce qui suppose que le mariage des père et mère est reconnu ou prouvé.

D'après l'article 320 « à défaut de ce *titre* la possession » *d'enfant légitime* suffit. »

Même observation sur les mots *enfant légitime*.

Tous les autres articles de ce chapitre 2 dans les preuves de filiation qu'ils admettent ne s'appliquent aussi qu'à des enfants nés de père et mère unis en mariage comme l'indique même la rubrique du chapitre qui est intitulé : *De la preuve de la filiation des enfants légitimes*.

Si donc, le mariage des père et mère n'est ni reconnu ni établi au moment de la réclamation de l'enfant, il faut que les preuves que celui-ci fournit constatent tout à la fois et le mariage de ses père et mère et sa filiation; il faut au moins qu'il soit prouvé, et que les père et mère que désigne l'enfant avaient la possession de l'état d'époux, et que l'enfant lui-même avait la possession de l'état de leur enfant.

Cette double preuve est indispensable. C'est ce qui résulte soit des articles 197, 319 et 320 du Code, soit de la jurisprudence. Cela a été ainsi décidé notamment par un arrêt

de la Cour de Paris, du 9 mai 1829, par un arrêt plus ancien de la Cour de Paris, du 27 brumaire an 11, par un autre arrêt de la même Cour, du 23 février 1822; par un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1823; deux de ces arrêts ont été rendus pour l'ancien droit dont les règles sont les mêmes que celles du droit nouveau (1).

On trouve il est vrai quelques exemples contraires, et notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 8 janvier 1806 et un arrêt de la Cour de Montpellier, du 24 février 1824.

Mais le premier de ces arrêts se décide d'après des points de fait reconnus par la Cour royale et qui n'entraient pas dans l'examen à faire par la Cour de cassation. Cet arrêt, d'ailleurs, prononce sur une question d'état née sous l'ancien droit qui présentait, d'après la jurisprudence, quelque variation sur la nécessité de la preuve de la double possession d'état des père et mère comme époux et de l'enfant comme légitime.

Le second arrêt fut rendu dans des circonstances particulières qui firent même déclarer non recevable dans sa contestation le grand-père de l'enfant contre lequel celui-ci défendait son état qu'il avait précédemment reconnu par divers actes (2).

Remarquons que l'article 197 n'établit pas un droit nouveau et qu'on doit appliquer la règle même aux enfants prétendus nés de mariages qui auraient été contractés avant le Code civil. (Voir le nouveau Denizart au mot *Etat* (question d') et Merlin, *Répertoire*, 1re question.)

442. Mais qu'entend-on par possession d'état, soit rela-

(1) V. Sirey. 30. 2. 57; 3. 2. 441; 22. 2. 183; 24. 1. 161. V. aussi Locré, Esprit du Code civil sur l'article 197.

(2) Voir le premier arrêt dans le journal de Denev., t. 4. 1. 147, et le second dans celui de Sirey, 25. 2. 118; voir aussi pour l'ancien droit la 64e consultation de Cochin; Denizart, vo *Etat*, (question d') et vo Possession d'état; d'Aguesseau, etc.

tivement au père et à la mère, soit relativement à l'enfant?

Relativement au père et à la mère, il y a possession d'état lorsqu'ils ont toujours vécu publiquement comme mari et femme, et qu'ils ont passé pour tels sans contradiction. Or, il ne suffirait pas d'établir *qu'ils passaient* pour mariés, il faut absolument que dans leur vie publique ou sociale, ils se soient toujours présentés comme mari et femme; qu'ils se soient mutuellement et publiquement donné ce titre; qu'en un mot ils aient toujours agi de manière à se faire considérer comme époux, et que telle ait été à leur égard l'opinion générale (1).

Relativement aux enfants, retraçons les termes de l'article 321 du Code civil : « La possession d'état s'établit par une Art. 321.
» réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de fi-
» liation et de parenté entre un individu et la famille à la-
» quelle il prétend appartenir.

» Les principaux de ces faits sont :

» Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel
» il prétend appartenir ;

» Que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en
» cette qualité à son éducation, à son entretien, à son éta-
» blissement ;

» Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la so-
» ciété ;

» Qu'il a été reconnu pour tel dans la famille. »

Ces caractères de la possession d'état sont ceux qui dans le droit romain étaient désignés par les mots : *Nomen*, *tractatus*, *fama*.

Nomen quand l'enfant a porté le nom de tel individu ;

Tractatus lorsque cet individu l'a traité comme son fils ;

Fama s'il a toujours passé pour tel dans l'opinion commune. *Talis plerisque videbatur; sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur*. L. 3, ff. *de Senat. Maced.*

(1) Delvincourt, sur l'article 197 ; Arrêt de la Cour de Pau, du 9 mai 1829 ; Sirey, 30. 2. 57.

Remarquons que ces faits constitutifs de la possession d'état, peuvent être invoqués toutes les fois qu'une question d'état s'élève, soit pour des époux, soit pour des enfants, soit pour toute autre personne qui aurait figuré dans un acte en une qualité qu'on lui contesterait.

443. N'eût-elle réellement pas cette qualité, si l'opinion commune la lui attribuait, l'acte est valable dans l'intérêt des tiers ; il l'est aussi dans l'intérêt de la personne lorsqu'elle a été de bonne foi.

C'est sur cette question qu'avait été rendue chez les Romains la fameuse loi *Barbarius Philipus* 3, ff. de off. Præt. qui déclarait valables des jugements rendus par un esclave que l'on avait élevé à la dignité de prêteur, parce que l'opinion commune le considérait comme libre ; et c'est dans ce sens que l'on dit *error communis facit jus ;* maxime qu'avait adoptée l'ancien droit français, et que le droit nouveau ne doit pas repousser.

Les termes de l'article 321 font assez voir qu'outre les faits caractéristiques signalés par la loi il peut s'en présenter d'autres susceptibles de constituer la possession d'état.

444. C'est aux tribunaux à apprécier, selon les cas, la puissance des faits qui leur sont présentés, et à en autoriser ou à en refuser la preuve, suivant qu'ils leur paraissent ou non suffisants pour établir la possession d'état. La loi s'en remet à leur sagesse ; elle leur confie en cette matière un pouvoir discrétionnaire qui ne les oblige ni d'exiger la réunion des quatre principaux éléments de conviction indiqués dans l'art. 321 du Code, ni même, en l'absence de ces éléments, de ne pas se contenter d'autres faits, d'autres circonstances qui leur paraîtraient constitutives d'une possession d'état.

C'est ainsi que divers arrêts rendus, soit en faveur d'enfants qui, pour réclamer leur état, invoquaient leur possession, soit contre eux, ont été à l'abri de la censure de la Cour suprême, dont le domaine ne s'étend pas à l'apprécia-

lion et aux conséquences des faits qui ont été soumis aux Cours royales (1).

445. Les dispositions de l'art. 197 du Code civil, au titre du *Mariage*, devant se combiner, comme nous l'avons déjà dit, avec celles des art. 320 et suivants, au titre de la *filiation légitime*, nous traiterons, en nous occupant de cette filiation, diverses autres questions qui s'y appliquent.

Comme les noms de famille sont un des éléments de la possession d'état d'enfant légitime, nous rappellerons au sujet de ces noms de famille qu'ils sont une propriété qui ne se transmet que par filiation, et que nul n'a le droit de prendre le nom d'un autre, lors même que ce nom serait celui d'un domaine qu'il aurait acquis. (Ordonnance royale du 15 décembre 1815. Sirey, 16. 2. 33.)

Le gouvernement peut, il est vrai, autoriser toute personne à changer de nom ou à en ajouter un nouveau à celui qu'elle porte déjà. La loi du 11 germinal an 11 lui confère ce pouvoir. Mais c'est seulement sauf les oppositions qui seraient formées par d'autres personnes y ayant droit. Et s'il y a une opposition fondée sur des motifs légitimes et qui ait été formée dans l'année de l'insertion de l'autorisation au Bulletin des lois, cette autorisation doit être révoquée. Tels sont les principes consignés dans une ordonnance royale du 18 avril 1816, qui considère que l'institution des noms a pour objet de distinguer les familles, et que celle qui est en possession d'un nom est fondée à s'opposer à ce qu'il devienne celui d'une autre famille : considération juste dont l'oubli, en multipliant les noms identiques, pourrait jeter de la confusion et du trouble dans les familles et aurait, par cela même, une fâcheuse influence sur l'ordre social (2).

(1) Voir des arrêts de la Cour de cassation, des 8 janvier 1806; 25 août 1812; 23 mars 1825; 10 mai 1830. (Sirey, 6. 1. 307; 12. 1. 406; 26. 1. 229; 30. 1. 216.)

(2) Ordonnance royale du 18 avril 1816; S., 18, 2. 69.

TITRE IV.

DES NULLITÉS DE MARIAGE ET DES ACTIONS AUXQUELLES CES NULLITÉS PEUVENT DONNER LIEU.

SOMMAIRE.

446. *Objet du titre 4.*
447. *Division du titre en 3 chapitres.*

446. Les titres précédents ont été consacrés à l'examen:
Des qualités et des conditions requises pour les mariages;
Des empêchements qui y font obstacle;
Des oppositions qui peuvent y être faites;
Des formalités qui les entourent;
Des preuves de leur existence.

Dans le présent titre, nous nous occuperons des nullités qui peuvent les frapper et de l'exercice des actions que ces nullités autorisent.

Des conditions sont exigées pour la validité des mariages;

Des formalités sont prescrites pour en assurer l'authenticité et en garantir les engagements;

Des moyens ont été établis pour en prévenir l'illégalité.

Mais si ces moyens ont été négligés, si des unions réprouvées par la loi ont été formées, devra-t-on les laisser subsister?

Il est évident que la dignité de la loi serait compromise, que ses exigences ne seraient plus qu'un jeu futile, et que l'ordre social, qu'elles ont eu pour but de régler, serait troublé jusques dans ses bases, si l'on pouvait impunément méconnaître les conditions et violer les formes auxquelles les mariages ont été soumis.

De là, les nullités et les actions qui tendent à la dissolution des unions illégales.

Cependant il était nécessaire de confier à l'autorité de la justice l'examen, l'application de ces nullités.

En général, et sauf quelques rares exceptions, les nullités n'opèrent pas de plein droit en France.

Leur attribuer un tel effet pour le mariage, c'eût été jeter le trouble et le désordre dans de nombreuses familles.

Il fallait aussi faire une sage distinction entre de simples contraventions qui peuvent être effacées par le temps, par les circonstances ou par l'indulgence de ceux dont elles blessent les droits, et les conditions ou les formalités dont la violation blesse l'ordre social ou qui tiennent à l'essence même du mariage.

Il fallait enfin, dans l'intérêt public comme dans l'intérêt privé, ne pas permettre à tout individu de troubler les mariages, et n'accorder ce dangereux droit qu'à certaines personnes en le limitant encore par d'importantes modifications.

Telles sont les idées générales qui ont dicté la loi nouvelle.

447. Pour en développer le système, il faut rechercher :

1° Quelles sont les causes des nullités de mariage ;

2° Par qui elles peuvent être proposées ;

3° Quels en sont les effets.

Ces trois objets seront le sujet d'autant de chapitres.

CHAPITRE Ier.

Des causes de nullité.

SOMMAIRE.

448. Les nullités se divisent comme les empêchements, en absolues et relatives.

449. Division du chapitre 1er en trois sections.

448. Selon l'observation de M. Locré, l'objet des nullités étant de rétablir l'ordre blessé par la violation de la loi, elles doivent donc avoir autant de causes différentes que cette loi

établit d'empêchements ou qu'elle prescrit de formalités essentielles (1).

Ces nullités sont de deux sortes comme les empêchements.

Les unes sont absolues, parce qu'elles sont commandées par le maintien du bon ordre, par l'intérêt public.

Les autres sont relatives, parce que leur principal objet est de garantir l'intérêt particulier soit des contractants soit des tiers.

Quoique ces deux intérêts soient rarement séparés, cependant toujours l'un des deux intérêts prédomine.

De là est venue une distinction qu'ont admise les jurisconsultes de tous les temps et qui est nécessaire dans l'application. Car elle sert à reconnaître, 1° par qui les nullités peuvent être proposées; 2° si elles sont susceptibles d'être couvertes (2).

449. Par la distinction des nullités, le chapitre se divise naturellement en deux sections :

Dans la première, on traitera des nullités absolues;

Dans la seconde, des nullités relatives.

Une troisième section sera donnée à l'examen des contraventions qui n'entraînent pas la nullité du mariage, et de quelques autres causes de nullité admises autrefois, non prévues par la loi actuelle.

Section Ire.

Des nullités absolues.

SOMMAIRE.

450. *Les nullités absolues sont l'effet des empêchements dirimants.— Renvoi.*

(1) Voir ci-dessus sur les empêchements, titre 1er, chapitre 1er et chapitre 2, et sur les formalités du mariage, titre 3.

(2) Locré, Esprit du Code civil, liv. 1, tit. 5, chap. 4, 2e subdivision.

451. *Le défaut de publicité est une cause de nullité.*
452. *Ancien droit à cet égard.*
453. *En quoi consiste la publicité.*
454. *Faut-il nécessairement que le mariage soit célébré à la maison commune ?*
455. *Examen des cas d'incompétence de l'officier public.*
456. *Cas du mariage célébré par l'officier public hors de son ressort.*
457. *Cas où l'officier public n'est celui d'aucun des deux futurs époux.*
458. *Mariages clandestins. — Deux sortes. — L'une d'elles entraîne la nullité du mariage. — Arrêts.*
459. *Quant à la seconde espèce, cette nullité dépend des circonstances. — Arrêts.*
460. *La solution des questions de nullité résultant du défaut de publicité, de l'incompétence de l'officier public, de la clandestinité, est laissée à la sagesse des tribunaux.*
461. *Les nullités sont les unes temporaires, les autres perpétuelles.*

450. Les nullités absolues correspondent en général aux empêchements absolus. On peut appliquer à cette espèce de nullité ce que nous avons dit sur l'ancien droit et sur le droit intermédiaire, en traitant des empêchements absolus.

Aujourd'hui, la plupart des nullités absolues sont la peine attachée à la contravention aux articles 144, 147, 161, 162 et 163 ;

A l'article 144, qui veut que *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne puissent contracter mariage ;*

A l'article 147, qui déclare qu'*on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ;*

A l'article 161, par lequel, *en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels ;*

A l'article 162, qui, *en ligne collatérale, prohibe le mariage entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés aux mêmes degrés ;*

A l'art. 163, qui *interdit aussi le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ;* articles dont les dispositions

ont été étendues aux grands-oncles et aux petites-nièces, aux grandes-tantes et aux petits-neveux, par un décret du 7 mai 1808 dont nous avons déjà parlé en traitant des empêchements en ligne collatérale (1).

La mort civile est aussi l'une des causes de nullité absolue du mariage, le mort civilement étant déclaré incapable de le contracter, parce que la société qui l'a rejeté de son sein le prive de la jouissance de tous droits civils (art. 25 du Code).

451. Enfin parmi les causes de nullité absolue du mariage on doit ranger l'absence des formalités essentielles à la formation du contrat, et surtout le défaut de publicité et l'incompétence du ministre de l'acte civil.

Cette grave nullité exige un développement qui serait inutile pour les précédentes auxquelles on peut appliquer ce que nous avons dit sur les empêchements absolus ou sur les conditions prescrites pour la validité des mariages (2).

C'est dans l'article 191 du Code civil que se puise la dernière cause de nullité :

Art. 191. « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, et par tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public (3). »

L'article 191 se rattache à l'article 165 qui exige que le

(1) V. tit. 1, chap. 2, section 3, § 2.

(2) V. titre 1, chap. 1 et chap. 2.

(3) Suivant le Code des Deux-Siciles, le mariage non célébré devant l'église ou non précédé des actes prescrits ne produit pas d'effets civils.

Le Code sarde exige aussi que le mariage soit célébré devant l'église et avec les solennités qu'elle prescrit, art. 108.

Le Code hollandais a, quant à la nullité des mariages, les mêmes dispositions que les art. 191-196 du Code civil et que l'art. 187. — (V. les art. 147 et 148 de ce Code.)

mariage *soit célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.*

La publicité du mariage,

La compétence de l'officier civil,

La célébration de l'union,

Telles sont les conditions principales du lien civil, les conditions nécessaires à sa formation (1).

Dans la pensée du législateur chacune de ces conditions doit concourir à la perfection du contrat. Si l'une d'elle manque, le mariage est nul.

La publicité est prescrite. Cela est prouvé non-seulement par la lettre des articles 165 et 191 du Code civil, mais encore par les discussions qui en ont préparé la rédaction.

L'article 191 portait: *Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement* OU *qui n'a pas été célébré* DEVANT L'OFFICIER PUBLIC COMPÉTENT, *pourra être attaqué.*

Sur la proposition de M. Rœderer la conjonction *et* fut substituée à la conjonction *ou* pour marquer la nécessité des deux conditions réunies (2).

Les articles cités et les discussions du Conseil d'État ne laissent pas aussi le moindre doute sur la nullité d'un mariage qui ne serait pas célébré par un officier public compétent.

Rappelons le langage de M. Portalis dans l'exposé des motifs de la loi:

« La plus grave de toute les nullités est celle qui dérive » de ce qu'un mariage n'a pas été célébré *publiquement*, et

(1) L'art. 973 du Code prussien ne permet de demander la nullité du mariage qu'à ceux dont le consentement était requis.

Suivant le Code autrichien, la partie qui a connu avant le mariage la cause dirimante ne peut en demander la nullité.

L'action en nullité du mariage d'un mineur n'est ouverte au père ou au tuteur qui n'y ont pas consenti que pendant la durée de leur puissance. (Art. 95-96.)

(2) Législation civile et commerciale de Locré, sur l'art. 191.

» en présence de *l'officier civil compétent*. Cette nullité donne » action aux pères et aux mères, aux époux et au minis- » tère public et à tous ceux qui y ont intérêt. Elle ne peut » être couverte par la possession, ni par aucun acte exprès » ou tacite de la volonté des parties; elle est indéfinie et » absolue. Il n'y a pas mariage mais commerce illicite entre » des personnes qui n'ont point formé leur engagement en » présence de l'officier civil compétent, témoin nécessaire » du contrat. Dans notre législation actuelle, le défaut de » présence de l'officier civil compétent a les mêmes effets » qu'avait autrefois le défaut de présence du propre curé. » Le mariage était radicalement nul; il n'offrait qu'un at- » tentat aux droits de la société et une infraction manifeste » des lois de l'État. »

Quoi de plus fort que ces expressions? Quoi de plus décisif sur la nullité du mariage pour lequel on ne se serait pas conformé aux prescriptions de la loi?

L'orateur signale aussi la nécessité d'un engagement formé devant l'officier de l'État civil.

Cet engagement est produit par la déclaration que font devant cet officier les deux parties successivement qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et par la sanction de ce fonctionnaire qui prononce au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage.

Sans l'expression du consentement des parties et la déclaration de l'officier public qu'il les unit, le lien n'est pas formé, il n'y a pas d'engagement, et par conséquent point de mariage.

C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 75, 165, 191 du Code civil; c'est ce qu'enseigne Locré dans son esprit du Code civil, sur l'article 191;

C'est ce que reconnaissent tous les auteurs qui se sont fixés sur cette question;

C'est enfin ce qu'a jugé en thèse un arrêt de la Cour de cassation, du 22 avril 1833. Cette Cour, en rejetant le pour-

voi contre un arrêt de la Cour de Riom, a décidé que la réponse affirmative de la part des futurs époux à l'interpellation de l'officier de l'État civil, s'ils entendent se prendre pour époux, et la déclaration, par ce fonctionnaire, que ces époux sont unis en mariage sont des formalités substantielles, et qu'une Cour royale ne peut refuser d'admettre, par voie d'inscription de faux, la preuve que ces formalités n'avaient pas été remplies, quoique les prétendus époux eussent signé l'acte civil dans lequel elles étaient énoncées (1).

Ainsi l'on doit considérer comme substantielles, comme indispensables pour la validité du mariage, les trois formalités ou plutôt les trois conditions que nous venons de signaler :

Publicité du mariage ;

Compétence de l'officier de l'État civil ;

Engagement formé devant un officier public par l'expression du consentement des parties et par la déclaration qu'il fait de leur union par mariage.

L'art. 191 n'attache de nullité à l'inobservation d'aucune autre formalité (2).

Mais nous aurons à examiner si la réunion de ces trois conditions dans la célébration du mariage est indispensable pour sa validité.

452. Ces conditions sont empruntées de l'ancien droit français.

Avant le Concile de Trente, dans le 12e siècle, elles n'étaient pas exigées. Le mariage était censé valablement contracté par cela seul que les parties s'étaient réciproquement promis de se prendre pour mari et femme. C'est ce qu'on appelait *sponsalia de præsenti*. La bénédiction nuptiale, la célébration du mariage en face de l'église pouvaient être négligées. C'est ce que déclare la Décrétale d'Alexandre III, *au chap.* 9, *ext. de sponsal. et matrim.*

(1) Voir cet arrêt important dans le Recueil de Dalloz jeune, t. 33. 1. 188, et dans celui de Sirey, t. 33. 1. 645.

(2) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 191.

Mais le Concile de Trente, frappé des abus que produisait l'usage, ordonna, dans sa session du 11 novembre 1563, que les mariages seraient célébrés par le curé de la paroisse ou avec le consentement de ce curé, en présence de deux ou trois témoins. La peine de nullité du mariage fut attachée à l'inobservation de la règle.

La sagesse de cette disposition l'a fait adopter en France, quoique le Concile de Trente n'ait pu y être reçu. L'ordonnance de Blois, art. 40, la déclaration de 1639 par Louis XIII, et l'édit de 1697 confirmatif des précédentes ordonnances, voulurent aussi que les mariages fussent célébrés publiquement par le propre curé des contactants ou de son consentement (1).

Il ne suffisait pas même que les parties se présentassent à l'église devant le curé et lui déclarassent qu'elles se prenaient pour mari et femme. Il fallait que le curé ou le prêtre qui en avait reçu de lui le pouvoir célébrât solennellement le mariage (2).

La loi du 20 septembre 1792, muette sur les nullités résultant de l'inobservation des formalités prescrites pour la célébration des mariages, laissait subsister les anciennes ordonnances pour tout ce qu'elle ne réglait pas elle-même; car par l'art. 7 de son titre 6 elle n'abrogeait que les lois contraires à ses propres dispositions.

Sous la législation actuelle on ne peut être divisé quant à la nécessite de l'observation des formalités substantielles ci-dessus indiquées.

453. Mais quelle interprétation doit-on donner à ces expressions de la loi :

« Que *le mariage soit célébré* PUBLIQUEMENT *devant l'of-*
» *ficier public compétent ?* »

Ici commencent l'hésitation et la controverse.

(1) V. Pothier, *du Mariage*, nos 347, 348, 349; d'Héricourt, partie, 3, chap. 5, et le Dictionnaire canonique au mot *Clandestin*.

(2) Pothier, *ibid*, no 350.

Et d'abord en quoi consiste la publicité?

Aucun article de la loi ne la définit.

Selon les auteurs du Dictionnaire général et raisonné de législation et de jurisprudence, la publicité se compose des trois formalités prescrites dans les articles 74 et 75 du Code civil.

Le mariage doit être célébré :

1° Dans la commune où l'un des époux a son domicile ou bien une habitation continue depuis six mois;

2° Dans la maison commune;

3° En présence de quatre témoins du sexe masculin âgés de vingt-un ans (1).

Mais la réunion de ces formalités, si elle était rigoureusement exigée, compromettrait le sort de beaucoup de mariages.

454. Les auteurs des Pandectes sur l'article 191 considèrent comme indispensable pour la publicité que la célébration soit faite dans la maison commune. Ils pensent même que, si elle avait lieu dans une autre pièce que celle destinée à cette célébration, ou les portes fermées, le mariage ne serait pas célébré publiquement; qu'à plus forte raison doit-on le décider ainsi d'un mariage célébré dans une maison particulière où tout le public n'aurait pas la faculté d'entrer et d'assister à cette célébration.

Ils ajoutent que l'officier public ne doit pas se transporter dans une maison particulière pour y célébrer un mariage sans y être formellement autorisé par un jugement du tribunal, et que le juge ne doit pas accorder cette autorisation sans des raisons extrêmement graves.

Cette théorie est en opposition avec la doctrine professée par Locré dans son Esprit du Code civil (2).

En rappelant que la question avait été agitée mais non

(1) V. au mot *Mariage*, n° 534.

(2) V. Esprit du Code civil, 4e partie, t. 3, p. 401, édition in-12 de 1807.

résolue sur l'art. 74, Locré ajoute que, lors de la discussion sur les causes de nullité des mariages, il fut reconnu que le mariage pourrait être célébré *hors de la maison commune*, MÊME HORS DE LA COMMUNE, pourvu qu'il le fût publiquement et par l'officier public compétent.

La loi n'ôte pas à l'officier de l'État civil, dans les cas d'urgence, la faculté de se transporter hors du lieu ordinaire de la célébration des mariages : « car non-seulement elle ne » déclare pas nul le mariage qui a été ainsi célébré, mais » elle ne voit même pas là une irrégularité qui doive, » comme celle qu'elle prévoit dans les art. 50 et 192, en- » traîner la peine la plus légère. »

La question secondaire sur les causes pour lesquelles pourra s'opérer le transport se trouve également résolue. L'officier de l'État civil demeure l'arbitre de l'urgence. Au reste, aucune disposition ne lui prescrit d'exprimer dans l'acte civil la cause qui a motivé son transport.

Toullier, tout en paraissant adopter l'opinion de Locré, fait observer que la décision dont il parle ne se trouve pas dans les procès-verbaux des conférences du Conseil d'État, et que, d'ailleurs, elle ne pourrait être une règle obligatoire pour les tribunaux, au préjudice des dispositions du Code (1).

Malleville dit aussi que, lors de la discussion de l'art. 75, il fut convenu de renvoyer cette question au titre *du Mariage*; mais que dans ce titre on ne trouve pas d'exception à la publicité; qu'elle se trouve, au contraire, confirmée par l'article 165.

Ainsi, Malleville pense que le mariage doit être célébré dans la maison commune.

Telle est aussi l'opinion de Delvincourt (2).

(1) Toullier, Droit civil, t. 3, n° 586.

(2) Malleville, Analyse du Code civil sur l'art. 75; Delvincourt, t. 1er, p. 72, éd. de 1819 in-4°.

Mais ces opinions sont victorieusement combattues par M. Merlin qui, dans son Répertoire, a examiné cette question et l'a traitée *ex professo*. — Le savant jurisconsulte, en reconnaissant que la publicité est de l'essence de la célébration du mariage, fait observer que ni l'article 165, ni l'article 191 ne disent qu'il y aura nécessairement absence de publicité toutes les fois que le mariage sera célébré hors de la maison commune. Il examine les conséquences qu'on peut tirer de deux passages de l'exposé des motifs du titre du mariage où M. Portalis dit d'abord que la *célébration du mariage doit être faite en présence du public, dans la maison commune;* ensuite, *que l'officier public n'a aucun pouvoir personnel de changer le lieu et de modifier les formalités de la célébration.* — Il remarque avec justesse que la suite du premier passage du discours prouve que la célébration dans la maison commune n'est indiquée que comme un moyen d'en assurer la publicité et non comme la condition *sine quâ non* de la validité de la célébration. Il conclut de là que ce moyen peut être remplacé par équipollence, alors surtout que la loi ne le prescrit pas à peine de nullité.

Il invoque l'article 193, qui autorise, comme nous le verrons bientôt, les tribunaux à ne punir que d'une simple amende l'officier public et les contractants, pour des contraventions aux formalités même les plus importantes.

Il dit que la seule conséquence à tirer du second passage de l'exposé des motifs serait de punir, conformément à cet article, l'officier public qui prendrait sur lui de célébrer le mariage hors de la maison commune, sans y être forcé par des circonstances extraordinaires.

Il s'appuie, d'ailleurs, de l'opinion de Locré et de la détermination prise au Conseil d'État sur cette question; et il ajoute que si cette détermination n'était pas consignée en termes exprès dans les procès-verbaux, elle résulterait suffisamment et de la discussion que la question sur la validité des mariages a éprouvée au Conseil d'État à l'occasion de

l'article 74, et du parti qui a été pris par les articles 165, 191 et 192, de ne faire dépendre la validité des mariages, en général, sous le rapport des formes, que de celles qui sont essentiellement constitutives de la publicité, ainsi que de ce qu'a dit l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs sur les mariages *in extremis* eux-mêmes.

Il ajoute même que la solution de la question est écrite en toutes lettres dans le procès-verbal de la séance du 26 brumaire an 10, lors duquel le Conseil d'État rejeta tacitement un article par lequel la Section de législation proposait de refuser aux mariages *in extremis* l'effet de légitimer les enfants nés d'un concubinage antérieur.

Il argumente d'un arrêt de la Cour de Paris, du 4 ventôse an 12 et de divers arrêts de la Cour de Bruxelles, des 28 brumaire et 30 prairial an 10, qui ont jugé la question en thèse pour des mariages célébrés sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792 dont les dispositions sont identiques à celles du Code civil sur la célébration du mariage dans la maison commune. (Voir les articles 3 et 4 de la section 4 de cette loi.)

Il cite aussi plusieurs arrêts rendus sous le Code civil, qui ont adopté cette doctrine : l'arrêt Duquesnoi, l'arrêt Saboues et l'arrêt Doultremont. Dans l'espèce du dernier arrêt, le lieu de la célébration n'était pas indiqué. Les pourvois contre le second dernier arrêt fut rejeté par la Cour de cassation le 21 juin 1814.

Cette lumineuse dissertation dissipe tous les nuages dont la question pouvait être enveloppée (1).

455. Quant à l'incompétence de l'officier public, elle a soulevé aussi plusieurs opinions contradictoires.

L'incompétence peut exister sous plusieurs rapports :

1° Lorsque l'officier public célèbre un mariage hors de sa commune, quoiqu'il soit celui de l'une des parties ;

(1) Répertoire de Merlin, v° *Mariage*, Section 4, § 1er, n° 3, 1re question.

2° Lorsqu'aucun des conjoints n'a son domicile relativement au mariage dans la commune où l'officier public qui le célèbre exerce ses fonctions.

Proudhon considère l'incompétence de l'officier de l'État civil comme produisant une nullité tellement radicale qu'elle n'est pas couverte par la possession d'état, et que les époux eux-mêmes, malgré cette possession publique et constante, peuvent toujours la proposer (1).

Duranton professe la même opinion : il pense que l'officier de l'État civil ne peut ni déléguer la mission que la loi lui a confiée ni l'exercer hors du territoire de sa commune (2).

M. Merlin, qui était d'abord de ce dernier sentiment, l'a abandonné dans un supplément de ses œuvres, où il décide que l'officier de l'État civil de l'une des parties peut célébrer leur mariage, même hors de sa commune. Et il développe son opinion avec son érudition et sa logique ordinaires. Nous y renvoyons (3).

MM. Toullier et Vazeilles partagent l'avis de M. Merlin sur la validité d'un mariage célébré par un officier public qui serait incompétent soit à raison du lieu de la célébration du mariage soit à cause du domicile des parties.

Selon M. Vazeilles, l'officier public de ce domicile peut célébrer le mariage hors de sa commune.

Selon Toullier, le mariage peut être célébré par l'officier public du lieu où l'un des contractants réside, quoiqu'il n'y ait pas résidé pendant six mois (4).

En résumant cette dissertation, on doit reconnaître que les questions de nullité des mariages dépendent beaucoup des circonstances, lors même qu'on argumente du défaut de

(1) Proudhon, *Traité des personnes*; du Mariage, sect. 7, § 3. L'auteur ne dit pas de quelle incompétence il entend parler.

(2) Duranton, Droit civil français, *des Personnes*, t. 2, n° 341.

(3) Merlin, Répertoire, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1er.

(4) Vazeilles, t. 1, n° 251 ; Toullier, t. 1, n° 588.

publicité ou de l'incompétence de l'officier de l'État civil.

C'est, au reste, à cette idée que se réduisent les opinions de la plupart des auteurs que nous avons cités; et l'article 192 du Code civil, combiné avec l'art. 193, autorise à le penser ainsi.

Voici, en effet, les termes de ces deux articles :

Art. 192. « Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu les dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont pas été observés, le procureur du roi fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et contre les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune. »

Art. 193. « Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toutes contraventions aux règles prescrites par l'article 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité. »

Les dispositions de l'article 192 démontrent que toutes les formalités qu'il rappelle, même celle des publications, sont purement réglementaires, puisqu'une amende est la seule peine attachée à leur omission.

Celles de l'article 193 prouvent aussi que les règles prescrites par l'article 165, c'est-à-dire la publicité et la compétence de l'officier public, quoique déclarées substantielles par l'art. 191, peuvent cependant être jugées insuffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

C'est donc à la sagesse des tribunaux et à leurs graves méditations qu'est abandonné le sort des mariages auxquels des contraventions sont reprochées.

L'incompétence de l'officier public, isolément opposée, devra rarement être admise comme un moyen décisif de nullité.

456. Si cette incompétence est seulement territoriale on se-

rait fondé à dire, avec Locré, que le mariage peut être célébré *hors des communes* où les parties ont leur domicile, pourvu que l'officier public soit compétent, et avec Merlin que l'officier public du domicile des parties ou de l'une d'elles, conserve partout son caractère, au moins à leur égard.

C'est ainsi que sous l'ancienne législation un curé pouvait incontestablement marier ses paroissiens hors de sa paroisse (1).

Cette faculté doit appartenir à l'officier de l'État civil, aujourd'hui surtout qu'il n'est plus comme autrefois le ministre d'un sacrement qui était conféré aux époux au moment de leur union civile.

Simple témoin de l'engagement des époux, témoin nécessaire, il est vrai, l'officier public, sous la législation actuelle, a seulement la mission de recevoir cet engagement, de le constater par sa présence, et de le rendre authentique et inviolable par l'acte qu'il en rédige.

Il n'exerce, en quelque sorte, qu'un ministère passif. Il ne fait pas même un acte de juridiction volontaire.

Pourquoi ne pourrait-il pas, hors de sa commune comme dans son territoire, assister comme témoin légal à la célébration du mariage des parties dont il est l'administrateur? Pourquoi ne pourrait-il pas attester le fait qui a eu lieu en sa présence, quoique hors de sa commune? Pourquoi ne pourrait-il pas donner à ce fait par son attestation un caractère d'authenticité qui rende irrévocable l'engagement qui en résulte? La foi due à sa déclaration et à l'acte qu'il a rédigé, la confiance que la loi attache à sa qualité d'officier public, devront-elles être affaiblies parce que le fait qu'il certifie se serait passé hors de sa commune, et cependant en sa présence?

Mais pût-on même considérer la célébration du mariage comme un acte de juridiction volontaire, l'exercice de cet acte n'en serait pas moins valable hors de la commune à la-

(1) D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, part. 2, chap. 5, art. 1er, nº 26.

quelle l'officier public est attaché? Car il est de principe que les fonctionnaires publics auxquels appartient la juridiction volontaire peuvent en exercer les actes hors de leur territoire. S'ils perdent hors de leur ressort la juridiction contentieuse, ils conservent la juridiction volontaire, *habent juridictionem non contentiosam sed voluntariam* (L. 2, ff. de officio proconsulis; L. 36, § 1. ff. de adoptionibus; Loi 17, de manumissis vendictà.

Ainsi parmi les Romains il n'était pas nécessaire qu'un magistrat fût dans son territoire pour recevoir une émancipation, une adoption, un affranchissement.

L'analogie paraît exacte, et de cette discussion empruntée à Merlin on doit conclure avec confiance que l'officier public du domicile des deux parties ou de l'une d'elle peut célébrer leur mariage, soit hors de sa commune, soit dans son territoire (1).

457. Le même droit appartient-il à l'officier public du lieu de la célébration, si aucun des contractants n'y était domicilié, si, par exemple, ils n'y résidaient que depuis moins de six mois.

M. Toullier et d'autres auteurs enseignent l'affirmative, et leur doctrine doit, il semble, être adoptée, pourvu que, d'ailleurs, le mariage soit régulier, pourvu, surtout, que ce mariage ait reçu une publicité suffisante et qu'on ne puisse pas lui reprocher d'être clandestin (2).

Les raisonnements présentés sur le cas précédent peuvent s'appliquer à celui-ci. C'est le fait des parties, c'est leur consentement, c'est leur déclaration qu'ils se prennent respectivement pour époux qui constituent réellement le mariage. L'intervention de l'officier public n'est prescrite que pour constater leur engagement, pour lui donner de l'authenticité, pour le rendre irrévocable.

Si donc aucun autre vice ne peut être reproché au ma-

(1) Cependant il n'en est pas ainsi pour les notaires.
(2) Toullier, *du Mariage*, tit. 5, n° 588.

riage ; si, d'ailleurs, les formalités essentielles exigées par la loi ont été observées, foi est due à la déclaration du fonctionnaire qui, par l'acte qu'il dresse en présence de témoins, atteste le fait dont il a été lui-même le témoin principal, l'engagement contracté en sa présence, l'union qu'il a prononcée entre les deux époux ; et cette union doit être reconnue légitime.

Mais si le choix d'un officier public étranger au domicile légal des parties paraît avoir eu un but frauduleux et surtout la clandestinité, si les parties n'ont pas rempli les autres conditions prescrites pour donner au contrat la publicité que commande l'intérêt social, le mariage doit être frappé de nullité.

458. De tous les vices qui peuvent affecter un mariage, la clandestinité est le plus abusif, et par conséquent le moins tolérable ; il peut être une source de fraudes et de désordres ; l'homme marié clandestinement peut profiter de l'ignorance où est le public sur sa position pour violer tous ses engagements, pour se jouer de sa qualité d'époux et de père, pour tromper des familles trop confiantes, et pour contracter de nouveaux nœuds et livrer au désespoir et à la honte une seconde épouse, si la première pouvait réclamer des droits. Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, a dit l'orateur du gouvernement dans son exposé des motifs de la loi, ou il faut proscrire la clandestinité.

Aussi les mariages clandestins étaient-ils sévèrement réprimés par la législation ancienne. Ce fut même pour les prévenir que le Concile de Trente établit comme empêchement dirimant le défaut de la présence du curé de l'une de parties et de deux témoins ; et ce point de discipline canonique a été consacré et appliqué à notre droit civil par différentes ordonnances royales parmi lesquelles on distingue, comme principales lois de la matière, l'édit du mois de mars 1697 et la déclaration du 15 juin suivant (1).

(1) Voir le Dictionnaire canonique au mot *Clandestin*.

La législation nouvelle a dû déployer la même rigueur contre les mariages clandestins, c'est-à-dire contre les mariages qui n'étaient pas célébrés avec les solennités, avec la publicité prescrites. Mais elle ne les a pas confondus avec des mariages qui, quoique contractés d'abord avec toute la publicité voulue par la loi, sont depuis tenus secrets. Elle a conservé à ceux-ci tous leurs effets civils dont les privait notre ancien droit. Nous le prouverons à la troisième section de ce chapitre.

« D'après la définition des jurisconsultes, *les mariages* » *clandestins* sont ceux que la société n'a jamais connus, qui » n'ont été célébrés devant aucun officier public et qui ont » constamment été ensevelis dans le mystère et dans les » ténèbres.

» Cette espèce de mariage clandestin n'est pas la seule, » mais elle est la plus criminelle.

» On place encore parmi les mariages clandestins ceux » qui n'ont point été précédés des publications requises ou » qui n'ont point été célébrés devant l'officier public que la » loi indiquait aux époux, ou dans lesquels le consentement » des père et mère, des aïeuls et aïeules et des tuteurs n'est » point intervenu. Comme toutes ces précautions ont été » prises pour prévenir la clandestinité, il y a lieu au repro- » che de clandestinité quand on les a négligées (1). »

On voit que le législateur fait une grande différence entre les deux espèces de mariages clandestins.

Ceux de la première espèce, illégaux et criminels dans leur formation, ne peuvent être d'aucune valeur dans leurs effets à moins que la bonne foi n'y ait présidé.

Car quelle force peut avoir une union qui, non-seulement a toujours été cachée dans l'ombre, mais encore qu'aucun officier public n'a consacrée? Quel lien peut pro-

(1) Exposé des motifs du titre du Mariage par Portalis; voir la Législation civile et commerciale sur ce titre, part. 2, commentaire 9, nº 39.

duire une vaine promesse sur laquelle le sceau de loi n'a pas été imprimé? Comment un simple consentement, exprimé devant un homme sans caractère légal, pourrait-il élever la cohabitation de deux personnes à la dignité du mariage et honorer du titre de légitimes les malheureux fruits d'un concubinage prolongé?

Ce serait rendre inutiles les solennités prescrites pour les mariages par la sagesse des législateurs de tous les temps, ce serait saper l'ordre social même dans une de ses principales bases que de légitimer ces alliances obscures qu'aucune publicité n'a accompagnées et qui n'ont été formées par le ministère d'aucun fonctionnaire public.

C'est à ces sortes d'unions clandestines que les tribunaux doivent appliquer dans toute leur rigueur les règles de publicité et les peines attachées à leur inobservation.

459. Mais la seconde espèce de mariages clandestins est moins indigne d'indulgence, parce que toutes les formalités essentielles n'y ont pas été omises, parce qu'ils ont été célébrés par un officier public quoique ce ne soit pas celui-là même que la loi désignait aux parties, parce qu'enfin ils ne sont pas complétement dénués de toute publicité. Les mariages de cette seconde espèce peuvent, suivant les circonstances, être déclarés valables. Ils doivent être surtout sanctionnés par les tribunaux, lorsqu'il y a absence de fraude, et qu'il y a eu négligence ou imprudence plutôt qu'intention coupable dans la conduite des deux époux.

Dans ce cas favorable les magistrats, usent du pouvoir discrétionnaire que leur a conféré la loi par son art. 193 et proportionnant la peine à la faute la restreignent aux amendes prononcées par cet article.

Ce pouvoir discrétionnaire est proclamé par le tribun Bouteville devant le Corps législatif, à la séance du 26 ventôse an 11 (17 mars 1803).

Voici ses expressions :

« S'il s'agit d'un mariage qui n'aurait pas été contracté

» *avec la publicité voulue par la loi et devant l'officier com-*
» *pétent*, le législateur semble (ainsi du moins nous le per-
» suadent de sages conseils donnés par d'Aguesseau) laisser
» à la *prudence* du magistrat de peser ce que l'intérêt des
» mœurs et la paix des familles pourraient exiger de la sé-
» vérité de son ministère. »

Aussi tous les auteurs reconnaissent-ils dans les tribunaux le droit d'apprécier les circonstances, et de concilier l'intérêt des familles avec l'intérêt social et le respect dû à des principes d'ordre public (1).

Heureux arbitraire qui, par une sage interprétation de la loi, adoucit la rigueur de la lettre par les tempéraments de l'équité, et qui sévère contre la fraude est bienveillant envers la simple imprudence.

460. Telles sont les dispositions qui ont dicté en général les divers arrêts rendus sur toutes les questions de nullité de mariage.

Ainsi ces arrêts reconnaissent et déclarent, même en principe, que la loi laisse à la conscience du juge d'apprécier d'après les faits et circonstances, s'il y a eu non publicité.

Les uns ont décidé que les formalités antérieures au mariage, l'absence des deux publications ou leur irrégularité ou l'inobservation des délais n'entraînaient pas la nullité des mariages. Arrêts de la Cour de Liège du 4 ventôse an 10; autres de celle de Grenoble des 24 février 1816, et 25 février 1815; autre de la Cour de Riom, du 10 juillet 1829 (2).

(1) V. Malleville sur l'art. 193 du Code; Toullier, t. 1er, nº 586, *in fine*; Duranton, t. 2, nº 334; Vazeilles, t. 1er, nº 250; Dalloz aîné, jurisprud. gén., t. 10, p. 96 et 97, nº 6.

(2) V. ces arrêts dans le Recueil de Dalloz jeune, t. 2. 699; 17. 2. 71; et dans celui de Sirey, t. 18. 2. 103; t. 29. 2. 320; voir aussi l'opinion conforme de Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 192; de Malleville sur l'article 193; de Toullier, t. 1, p. 513; de Delvincourt, t. 1, p. 69, nos 545 et 586; de Favard, vº *Mariage*, t. 3, p. 468, nº 6; de Vazeilles, t. 1, nº 153; de Birel, *Traité du mariage*, p. 30; *contrà*, celle de Prou-

D'autres arrêts ont jugé que le mariage pouvait être célébré hors de la maison commune, et cela soit sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, soit sous celui du Code civil. (Arrêts de la Cour de cassation du 13 fructidor an 10; autres de la Cour de Paris du 4 ventôse an 12; de la Cour de cassation du 22 juillet 1807; de la Cour de Bruxelles du 18 février 1809; de la Cour de Riom, déjà cité sur un autre point, du 10 juillet 1829; de la Cour de cassation du 21 juin 1814; de la Cour de Bourges du 23 mai 1824 (1).

La Cour de Toulouse a aussi déclaré valable un mariage célébré dans la maison de l'un des époux, quoique l'acte ne fit pas mention que les portes fussent ouvertes. (Arrêt du 26 mars 1824 (2).

Le défaut de mention dans l'acte de mariage du lieu de la célébration a été aussi considéré comme insignifiant, la loi n'exigeant pas cette mention, et la publicité du mariage n'en étant pas altérée (3).

Le défaut de présence de tous les témoins prescrits, l'absence de leur signature sans énonciation de la cause qui les avait empêchés de signer, l'absence même de la signature de l'officier de l'État civil; l'inscription de l'acte sur des registres non timbrés; l'erreur de la date de l'acte de mariage, toutes ces irrégularités sont sans influence sur la validité du mariage, quoique certaine d'entre elles, l'absence des témoins notamment, pût affaiblir la publicité (4).

dhon, t. 1, p. 252. Cet auteur qui enseigne qu'un mariage serait nul s'il n'était pas précédé des publications prescrites. Cette dernière opinion est contraire au texte de l'art. 192 du Code.

(1) V. le Recueil de Dalloz ou de ses prédécesseurs, t. 3. 1. 518; t. 2. 6e8; t. 7. 1. 320; t. 9. 2. 115, ou le Recueil de Sirey, t. 7. 1. 320; 14. 1. 291; 29. 2. 320; 22. 2. 315. Voir aussi les arrêts cités par Merlin sur la question.

(2) Dalloz jeune, 22. 2. 125; Sirey, 24. 2. 223.

(3) Arrêt de la Cour de Liége, 4 février 1819; Dalloz jeune, t. 24. 2. 343. Voir aussi Merlin, Répertoire, v° *Mariage*.

(4) Arrêts de la Cour de Liége du 4 ventôse an 10; de la Cour de Gre-

Certains arrêts ont aussi décidé que l'incompétence soit territoriale, soit personnelle de l'officier public, n'était pas une cause de nullité du mariage.

C'est ce qu'ont jugé pour l'incompétence territoriale dans l'affaire Millereau, la Cour de Bourges, et la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de Bourges (1).

La Cour de Grenoble s'est prononcée dans le même sens sur l'incompétence personnelle ; elle déclare, il est vrai, dans un premier motif qu'il ne résultait pas des circonstances une preuve suffisante de l'intention de la part des époux, d'abandonner définitivement le domicile d'origine, domicile où depuis long-temps ils avaient cessé d'habiter.

Mais l'arrêt ajoute un second motif remarquable :

« Considérant, au surplus, que de la combinaison des » art. 165 et 193 du Code civil, il résulte que dans toutes » demandes en nullité de mariage, pour une cause d'in- » compétence de l'officier civil, du défaut de publicité, et » d'inobservation des formalités prescrites, le législateur a » donné aux juges la faculté d'apprécier *les circonstances de* » *fait*, de se déterminer d'après leur gravité ; en consé- » quence de maintenir le mariage, lors même qu'il pourrait » s'élever des doutes sur l'entière observation de l'art. 165 » précité qui prescrit que le mariage sera célébré par l'of- » ficier de l'État civil de l'une des parties, l'art. 193 dis- » posant, en effet, que les peines (d'amende) prononcées » par l'art. 192 contre l'officier de l'état civil seront encou- » rues par les parties pour toutes contraventions aux règles » prescrites par l'art. 165, *lors même que les contraven-*

noble du 21 février 1817 ; de la Cour de Toulouse du 26 mars 1824 ; de la Cour de Grenoble du 5 avril 1824 ; de la Cour de cassation du 13 fructidor an 10 ; de la Cour de cassat. 31 août 1824 ; (V. Dalloz, Périodique, t. 2. 699; 17. 2. 71; 24. 2. 125; Sirey, t. 25. 2. 150; Dalloz jeune, 24 1. 336. Voir aussi Merlin, Rèpert., *verbo Mariage*, sect. 4, § 3.

(1) Arrêts des 23 mai 1822, et 31 août 1824 ; S., 22. 2. 315 et 24. 1. 360.

» *tions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer* » *la nullité du mariage.* »

L'arrêt de la Cour de Grenoble est du 24 février 1817 (1).

M. Merlin nie l'application de cet arrêt à la question de l'incompétence personnelle et combat le système que nous avons adopté (2).

Cependant l'application paraît évidente.

Le mariage avait été célébré à Valence, qui avait été, il est vrai, autrefois le domicile de l'épouse, mais qui avait depuis long-temps cessé de l'être, et qui n'était pour aucun des époux le domicile établi, quant au mariage, par six mois d'habitation continue. (Code civil, art. 74.)

Le fait n'était pas douteux. Il y avait donc incompétence personnelle de l'officier de l'État civil de Valence.

Quant au domicile légal pour les cas ordinaires, celui indiqué dans les articles 102 et suivants du Code civil, le changement du domicile primitif pouvait présenter quelque incertitude ; et c'est sur cette incertitude que se fonde le premier motif de l'arrêt pour rejeter le moyen de nullité en point de fait.

Mais le second motif ne s'occupe que du point de droit. La Cour n'avait plus à examiner le point de fait ; et il eût été ridicule autant qu'inutile qu'elle revînt dans le second motif sur le doute du fait, doute qu'elle avait déjà déclaré dans le précédent.

Dans le second motif elle suppose donc constant le fait que le mariage n'avait pas été célébré par l'officier civil du domicile des époux. C'est dans cette supposition qu'elle raisonne ; c'est dans cette supposition qu'elle considère que, à cause de ce fait, il *peut s'élever en droit* des doutes *sur l'entière observation* de l'article 165, et qu'alors le juge peut user de la faculté *que lui a donné le législateur* dans l'article

(1) S., 18. 2. 103.
(2) Répertoire, *Mariage*, sect. 6, § 2, 2e question.

193 *d'apprécier les circonstances et de se déterminer d'après leur gravité.*

Au reste la question de la compétence de l'officier public, déterminée par le domicile des parties, a été jugée nettement par un arrêt de cassation du 12 prairial an 11, pour un mariage célébré sous la loi de 1792 :

« Considérant que la disposition de la loi, qui veut que » l'acte de mariage soit reçu par l'officier public du lieu du » domicile de l'une des parties n'est ni prohibitive, ni irri- » tante, et que la formalité qu'elle prescrit *est étrangère* à la » substance de l'acte ; qu'en annulant l'acte de mariage fait » à Ampuis, le 24 brumaire an 11, sous prétexte qu'aucun » des époux ne résidait depuis six mois dans la commune » d'Ampuis où il a été reçu par l'officier public, le tribu- » nal a fait une fausse application de la loi du 20 septem- » bre 1792, créé une nullité, et sous ce rapport excédé ses » pouvoirs (1).»

Cet arrêt qui casse la décision contraire est d'autant plus remarquable qu'à l'époque où il fut rendu, le titre, au Code civil, du contrat de mariage avait déjà été promulgué ; que les dispositions des art. 74, 75 et 165 du Code sont conformes à celle de l'art. 2 de la section 2, et à celles des art. 1, 3, 4, 5 et 6 de la section 4 de la loi de 1792 ; et que les magistrats de la Cour régulatrice ne l'ignoraient pas et avaient dû réfléchir sur cette circonstance.

L'arrêt peut donc être invoqué même pour un mariage célébré sous la loi nouvelle, et c'est une raison de plus pour nous de persister dans l'opinion que nous avons émise.

Nous y persistons avec d'autant plus de confiance que la première des lois, l'équité, la recommande, que le discours de l'orateur du Tribunat, Boutillier, la protége ; qu'elle est appuyée sur celles des auteurs les plus recommandables,

(1) Denevers, vol. de 1791 à l'an 12.

MM. Toullier, Dalloz aîné, Vazeilles (1); qu'enfin ce qui est décisif, la loi ne prononce pas expressément la peine de nullité pour cette sorte d'incompétence, motif de plus pour faire dépendre des circonstances de chaque cause la solution de la question et de la confier à la conscience du magistrat.

Mais comme nous l'avons déjà fait observer, il en serait autrement et le mariage serait nul si tout autre qu'un officier de l'État civil l'avait célébré. Il y aurait alors incompétence absolue, incompétence fondée sur le défaut de capacité, la loi ne conférant qu'aux officiers de l'État civil le pouvoir de former entre les époux le lien qui les unit.

Ainsi un arrêt de cassation, du 10 août 1819, a déclaré nul d'une nullité d'ordre public un mariage célébré sous la loi du 20 septembre 1792, entre un Français et un étranger, par un agent diplomatique français, parce que les agents diplomatiques n'avaient pas alors qualité pour remplir en pays étranger les fonctions d'officier de l'État civil et parce que, d'après l'art. 48 du Code civil, les agents français n'ont de pouvoir en pays étranger que pour des actes de Français à Français (2).

Par le même motif de défaut de qualité dans le ministre de la célébration du mariage, un arrêt de Bourges du 17 mars 1830, a annulé un mariage célébré aussi sous la loi de 1792 par un prêtre et non par un officier public, pour un individu en état même d'émigration.

Le moyen d'incompétence absolue a fait encore prononcer par la Cour de Paris, suivant arrêt du 10 décembre 1837, la nullité d'un mariage célébré en France entre une Française et un étranger par un ministre du culte protestant, quoique ce mode de célébration fût conforme à la loi étrangère (3).

(1) Toullier, t. 1, nº 588 ; Dalloz, 10. 106, nº 11, et 109, nº 12; Vazeilles, t. 1, nº 251.

(2) Sirey, 19. 1. 142 ; et Dalloz, 19. 1. 478.

(3) S., 37. 2. 113.

461. Nous avons parcouru les principales causes de nullité absolue ; s'il en est quelques autres, notamment celles relatives aux mariages contractés par les princes sans le consentement du chef de l'État, et celles relatives aux mariages contractés par des Français en pays étranger, sans publications préalables en France, nous en avons parlé suffisamment au chapitre de s empêchements, en faisant observer que la première cause de nullité paraissait formelle, et que la seconde était au moins douteuse.

Nous ajouterons que parmi les nullités absolues les unes sont temporaires ou réparables, les autres sont perpétuelles et irréparables. Leur distinction sera l'objet de la quatrième section du présent chapitre.

Section II.

Des nullités relatives.

SOMMAIRE.

462. *Les nullités relatives correspondent aux empêchements relatifs. — Renvoi.*

463. *Elles sont ainsi appelées comme s'appliquant principalement à l'intérêt privé.*

464. *Elles roulent en général sur l'absence ou les vices du consentement soit des époux, soit de ceux dont ils dépendent.*

465. *Nullités résultant des vices du consentement des époux eux-mêmes.*

466. *Nullités résultant de l'absence ou des vices du consentement de ceux dont les époux dépendent.*

467. *Les enfants adoptifs n'ont pas besoin pour le mariage du consentement de leur père adoptif.*

462. Les nullités relatives correspondent aux empêchement relatifs ou accidentels qui ont été examinés dans le chapitre 2 du titre 1er.

463. Elles sont ainsi appelées parce que les contraventions auxquelles elles s'appliquent blessent moins l'ordre

public que les droits de certaines personnes ou les intérêts des époux eux-mêmes.

Elles ne sont cependant pas absolument étrangères à l'intérêt public. Car la société entière est intéressée à l'exacte observation des lois et des règlements.

Mais l'intérêt public dominant moins que l'intérêt privé dans les causes de ces nullités, le législateur a dû livrer exclusivement aux personnes dont les droits étaient froissés les actions qu'elles pouvaient faire naître.

464. Les nullités relatives ont, en général, pour cause l'absence ou les vices des consentements exigés pour les mariages.

465. Le consentement des époux est la première, la principale des conditions exigées pour le mariage. « Il n'y a pas » de mariage s'il n'y a pas de consentement, dit l'art. 146 » du Code civil. »

Si donc le consentement n'est qu'apparent, si dans le mineur il n'a pas été éclairé par celui des personnes qui devaient l'assister, ou si dans le majeur comme dans le mineur il a été l'effet de l'erreur, du dol, de la violence, le mariage est nul. Car on doit appliquer à un contrat aussi important tous les principes sur la validité du consentement, consignés dans le chapitre 2 du titre 3, livre 3 du Code civil. (V. art. 1109 et suivants, et 1124, 1125 (1).

Il y a aussi nullité du mariage lorsque l'un des contractants est interdit pour cause de démence ; et il peut y avoir nullité selon les circonstances, si le contractant, sans être judiciairement interdit, est dans un état habituel de démence (2).

466. Il y a également nullité du mariage lorsqu'un enfant de famille qui n'a pas atteint, savoir, si c'est un fils, l'âge de vingt-cinq accomplis, si c'est une fille, l'âge de vingt-un ans,

(1) Voir ce qui a été dit sur le consentement, ci-dessus, titre 1, ch. 1, § 1 et § 2.

(2) Voir ce qui a été dit sur l'interdit et l'insensé au titre 1, chap. 1, sect. 1, § 3.

a contracté mariage sans le consentement de ses père et mère ou à leur défaut, sans celui de ses ascendants, conformément aux articles 148, 149 et 150 du Code civil.

Et cette nullité existe dans l'intérêt des époux comme dans celui de ceux de ses parents dont le consentement était prescrit.

Il y a encore nullité du mariage de l'enfant naturel légalement reconnu dans les mêmes cas prévus par les art. 148 et 149, s'il n'a pas obtenu le consentement de ses père et mère naturels. (V. art. 158 du Code.)

Ou si cet enfant naturel n'a point été reconnu, comme dans le cas où l'ayant été ses père et mère ne peuvent manifester leur volonté soit qu'il les ait perdus soit pour toute autre cause, il y a nullité du mariage de cet enfant naturel qui, étant âgé de moins de vingt-un ans, n'aura pas obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* nommé par le Conseil de famille pour l'assister dans l'acte civil. (V. Code civil, art. 159 et 405.)

Il y a enfin nullité lorsqu'un enfant mineur de vingt-un ans, émancipé ou non, qui n'a ni père ni mère, ni ascendants, se marie sans le consentement du Conseil de famille. (V. les art. 160, 405 et suivants du Code.)

Serait nul aussi le mariage qu'un esclave aurait contracté dans les colonies sans le consentement de son maître; cette nullité est une conséquence des dispositions des art. 10 et 11 de l'édit de mars 1685.

Les enfants trouvés et abandonnés et les autres enfants admis dans les hospices à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, sont sous la tutelle des commissions administratives de ces établissements. Ils ont pour tuteur un des membres de la Commission désigné par elle; les autres membres forment le Conseil de tutelle (1).

(1) Loi du 15 pluviôse an 13 — 4 février 1805, art. 1. — Décret du 19 janv. 1811, art. 15.

Si donc, ils sont mineurs, ils ne peuvent se marier sans l'autorisation de ce conseil, à peine de nullité.

467. La loi ne soumet pas les enfants adoptifs à demander pour le mariage le consentement des adoptants.

Elle déclare, d'ailleurs, qu'ils resteront dans leur famille naturelle. (V. art. 348 C. civ.)

Il suit de là que, quoique adopté, un enfant qui veut se marier est soumis, envers ses père et mère naturels et ses ascendants, aux devoirs prescrits par les articles 148, 149, 150 du Code, et que, s'il y manquait, son mariage pourrait être annulé.

Le pupille, placé sous une tutelle officieuse, sera dans la même position à l'égard de ses père et mère ou de ses autres ascendants, s'ils existent; leur consentement pour le mariage lui sera aussi nécessaire jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 25 ou de 21 ans accomplis, suivant son sexe; et s'il néglige de l'obtenir, son mariage sera frappé de nullité, l'eût-il fait du consentement de son tuteur officieux (1).

Les nullités relatives indiquées dans cette section paraissent être les seules qui résultent des dispositions textuelles de la loi.

Examinons s'il en est d'autres qu'elles n'aient pas expressément prévues.

Section III.

Contraventions qui n'emportent pas nullité, et causes de nullité admises autrefois et non prévues par la loi nouvelle.

§ Ier.

Des contraventions qui n'emportent pas nullité.

SOMMAIRE.

468. *Il y a deux sortes de contraventions relatives au mariage, les*

(1) Voir le chap. de la tutelle officieuse, art. 361 et suiv.

unes ayant trait à des dispositions règlementaires qui précèdent en général l'acte civil.
Les autres s'appliquant à des prescriptions impératives ou prohibitives.
469. *Des formalités de la première espèce.*
470. *Des formalités de la seconde espèce.*
471. *Quelles sont celles dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul.*
472. *Quelles sont celles qui peuvent être nécessaires à sa validité.*
473. *Divers exemples de sévérité judiciaire.*
474. Quid *du cas d'un second mariage de moins dix mois après la dissolution du premier et de quelques autres cas.*
475. Quid *du mariage contracté après divorce pour cause d'adultère, entre les deux coupables ?*
476. Quid *de l'omission des actes respectueux ?*
477. *Peines contre les officiers de l'État civil. — Divers cas.*

468. Les contraventions, qui ne sont pas des causes de nullité, sont de deux espèces :

Les unes sont relatives à des formalités prescrites pour les mariages ;

Les autres s'appliquent à des dispositions impératives ou prohibitives imposées aux personnes.

469. Celles de la première espèce ont principalement pour objet les formalités antérieures à l'acte civil.

Le but de ces formalités est de prévenir les personnes qui pourraient avoir intérêt à former opposition au mariage, et auxquelles la loi donne cette faculté. L'essence du mariage ne souffre pas de l'absence de ces formalités ; elles ne peuvent donc être une cause de nullité. Aussi le législateur s'est-il borné à punir leur omission d'une amende contre les parties qui les ont négligées, et contre l'officier public qui n'a pas exigé, lors de la célébration du mariage, la production des actes qui les constituaient.

Cette observation s'applique spécialement d'après l'article 192 du Code civil aux publications requises, ou aux dispenses permises par la loi. (V. art. 63, 64, 65 du Code.)

Elle s'applique aussi aux intervalles prescrits dans les

publications, et entr'elles et la célébration. (V. l'art. 64.)

On doit aussi considérer comme sans importance pour la validité du mariage le rapport des actes de naissance des futurs époux ou des actes de notoriété qui les remplacent, celui même des mains-levées d'opposition, lorsque d'ailleurs les oppositions n'émanent pas des personnnes dont le consentement est nécessaire. Ces contraventions ne sont même pas punies d'une amende, et quoique les articles du Code, qui les ordonnent doivent être observés par un officier public soigneux de ses devoirs, on ne peut les considérer que comme réglementaires. (V. les articles 70, 75 et 76.)

470. Il en est autrement des preuves du consentement des personnes sous la puissance ou sous l'administration desquelles sont placés les futurs époux. Si l'on ne justifie pas de ces consentements et s'ils ne sont pas énoncés dans l'acte civil; l'officier public est passible d'une amende et même d'une peine correctionnelle, sans préjudice de l'action en nullité que peuvent former les parties intéressées. (V. les art. 156 du Code civil, 193 et 195 du Code pénal.)

471. Ces dernières remarques nous conduisent à dire que plusieurs des formalités que doit constater ou des énonciations que doit contenir l'acte même de célébration, suivant les articles 74, 75, 76 et 165 du Code civil, ne sont pas exigées à peine de nullité.

Nous avons déjà fait cette observation dans la première section du présent chapitre en examinant la question complexe de la publicité du mariage et de la compétence de l'officier de l'État civil. Nous avons rappelé beaucoup d'auteurs et d'arrêts qui rejettent des moyens de nullité, tirés non-seulement du défaut de publication mais encore de ce que le mariage n'avait pas été célébré dans la maison commune ou de ce que l'acte n'énonçait pas le lieu de la célébration, ou de ce qu'ayant été célébré dans une maison particulière il n'avait pas été dit que les portes en étaient restées ouvertes.

Nous avons parlé de mariages déclarés valables malgré

l'absence de plusieurs témoins, leur défaut de signature sur l'acte, même l'omission de celle de l'officier public, et nonobstant diverses autres irrégularités de la célébration.

Nous ajouterons ici que Locré résume toute cette doctrine dans l'esprit du Code civil sur l'article 191.

Il récapitule les formalités exigées par les articles 74, 75 et 165.

Ces articles contiennent, en effet, sur les formes, toutes les prescriptions de la loi, l'article 76 ne s'occupant que de la rédaction de l'acte qui en constate l'exécution.

Ces formalités, au nombre de neuf, veulent que le mariage soit célébré :

1° Dans la commune où l'un des époux a son domicile (art. 74);

2° Dans la maison commune de cette localité (art. 75);

3° Publiquement (art. 165);

4° Par l'officier public du lieu (art. 165);

5° En présence de témoins (art. 75);

6° Après lecture faite aux parties des pièces et du chapitre relatif aux droits et aux devoirs respectifs des époux (article 75);

7° Ensuite de l'expression du consentement mutuel des parties (art. 75);

8° Par la déclaration de l'officier civil qui les unit au nom de la loi (art. 75);

9° Il faut enfin que du tout il soit dressé acte (art 75).

L'habile secrétaire général du Conseil d'État remarque avec sagacité que l'art. « 165 ne rappelle que la troisième, la quatrième et la huitième de ces formalités, qu'il ne place que celles-là au rang des conditions exigées impérativement, et que d'un autre côté l'art. 191 n'attache de nullité à l'inobservation d'aucune autre ;

» Que les articles 146 et 180 proscrivent les mariages où la septième formalité n'aurait pas été remplie ;

» Que les articles 195, 196, 197, 198, 199 et 200

réglent, suivant les diverses circonstances, l'omission de la neuvième. »

La septième formalité n'a trait qu'au consentement des contractants, et la huitième à la sanction légale de leur engagement. Ce sont plus que des formalités ; c'est le contrat même et sa formation.

Quant à la neuvième, elle est moins l'œuvre des parties que celle de l'officier public qui est chargé de la rédaction de l'acte qui constitue la célébration.

472. En sorte que, parmi les formalités proprement dites, qui doivent précéder ou accompagner le mariage, il n'y en a réellement que deux qui, d'après l'article 191 soient prescrites à peine de nullité, savoir : La publicité, et la compétence de l'officier de l'État civil ; sauf encore le pouvoir discrétionnaire attribué aux magistrats par l'article 193.

Les autres formalités ne doivent être réputées que réglementaires.

473. Si donc quelques arrêts se rencontrent qui ont déclaré nuls des mariages auxquels manquaient quelques-unes de ces formalités seulement réglementaires, c'est qu'il y avait une telle masse d'omissions ou un tel concours d'autres circonstances que la règle absolue de publicité n'a pas paru avoir été suffisamment observée.

Ainsi quoique l'infraction de la présence du nombre des témoins fixé par la loi n'entraîne pas en général la peine de nullité, la Cour de Caen, par un arrêt du 13 juin 1819, a déclaré nul, comme manquant de publicité, un mariage qui avait été célébré en présence de trois femmes seulement, dont l'acte ne constatait pas le lieu de la célébration, et qui n'avait été suivi d'aucune cohabitation (1).

Sur le même motif de défaut de publicité, la Cour de Lyon, par arrêt du 25 août 1831, a annulé un mariage pour

(1) Dalloz aîné, Jurisp. gén., t. 10, p. 104 ; Dalloz jeune, Recueil périodique, t. 2. 699.

lequel aucune publication n'était inscrite sur le registre, auquel avaient assisté trois témoins seulement au lieu de quatre exigés par la loi, dont l'acte n'indiquait pas le lieu de la célébration et ne faisait pas mention qu'il eût été lu aux parties et aux témoins, mais que d'autres circonstances concouraient à rendre suspect; il n'y avait pas eu de contrat des conventions matrimoniales, pas de bénédiction religieuse, pas de cohabitation, pas de possession d'état (1).

Ces arrêts de circonstances ne peuvent fixer la doctrine.

On doit faire la même réflexion sur les arrêts des 9 mars 1831 et 6 mars 1837, qui ont annulé des mariages faits à l'étranger sans publications préalables en France (2).

474. Il est aussi des dispositions impératives ou même prohibitives de la loi dont l'infraction n'est pas une cause de nullité du mariage.

Par exemple, l'art. 228 déclare que les veuves *ne pourront* contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du premier.

L'article 296 porte la même prohibition pour la femme dont le divorce aura été prononcé pour cause déterminée.

Mais, comme nous l'avons déjà remarqué en examinant ces incapacités temporaires, la loi ne prononce aucune peine contre les époux pour la violation de la règle. Elle punit seulement l'officier public d'une amende de 16 à 300 fr., lorsqu'*il a reçu avant le temps prescrit par l'art.* 228, *l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée;* expressions de l'art. 194 du Code pénal, qui, d'après la lettre comme d'après l'identité du motif, doit s'appliquer à la femme divorcée comme à la veuve.

L'art. 295 du Code civil, suivant lequel les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit, ne pourront

(1) Dalloz, v. R. périodique, 32. 2. 23.

(2) Voir ce qui a été dit sur cette question ci-dessus, tit. 1er.

Voir cependant l'opinion contraire de Merlin, Répertoire, vo *Bans de Mariage*, no 2, addition.

plus se réunir, devrait sans doute produire l'effet d'assimiler leur union sans formalités et leur cohabitation comme un concubinage, et de rendre illégitimes les enfants qui en seraient le fruit.

Mais s'ils contractaient entre eux un nouveau mariage, aucune peine ne leur étant infligée, l'officier public qui sciemment leur aurait prêté son ministère ne s'exposerait même pas à une simple amende.

Même silence dans la loi, même absence de toute peine, de toute amende, malgré les prohibitionsdes art. 297 et 298 pour le cas où l'un des époux, divorcés par consentement mutuel, se remarierait moins de trois ans après la prononciation du divorce ni pour celui où l'époux, coupable d'adultère et condamné au divorce pour cette cause, épouserait sa complice.

Dans ces divers cas la peine de l'infraction sera-t-elle la nullité du mariage?

Cette question fut examinée au Conseil d'Etat sur l'article 228; mais elle fut repoussée.

« C'était trop, dit Locré, pour une simple contravention à une loi de simple prévention, et qui ne tendait ni directement ni indirectement à réprimer des désordres graves (1).»

La même pensée pouvait donner lieu à la même omission de toute sanction pénale pour les cas prévus par les articles 296 et 297 du Code civil.

475. Mais celui de l'art. 298 commandait une répression sévère. L'intérêt des mœurs, l'intérêt de la société exigeaient que le mariage contracté après le divorce par l'adultère avec son complice fût annulé, afin que le délit ne fût pas encouragé par l'espoir même incertain de le légaliser un jour en abusant de la faiblesse, de la corruption ou de l'ignorance d'un officier public.

La novelle 134 de Justinien déclarait nul le mariage

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 228.

qu'une femme adultère contractait avec son complice; et cette novelle ne faisait que confirmer l'ancien droit romain qui prononçait cette nullité. *L. 40, ad Leg. Jul. de adult.*

Ces anciens principes d'une législation qui nous a servi de modèle, ces principes admis en France où ils avaient été introduits par le droit canonique, mais avec une importante modification, l'adultère n'y étant considéré que comme un empêchement prohibitif (1) non comme un empêchement dirimant, ces principes fort moraux sans doute avaient fait penser aux auteurs des Pandectes que le Code rétablissait l'ancienne discipline, et que les termes *ne pourront* dans lesquels est conçue la prohibition produisaient une incapacité absolue qui rendait nul le mariage de l'adultère avec son complice.

Mais ces estimables auteurs n'avaient pas réfléchi que la même forme de rédaction est employée aux titres du mariage et du divorce dans beaucoup d'articles; que cependant la nullité du mariage n'est pas l'effet des contraventions à un grand nombre de règles ainsi formulées, et notamment à celles écrites dans les art. 228, 295, 296 et 297 et qu'on ne peut suppléer au silence de la loi pour créer une nullité.

Au reste l'abolition du divorce, prononcée par la loi du 8 mai 1816, a fait cesser tout l'intérêt de la question.

476. Il est une contravention qui peut faire naître quelques difficultés; c'est celle qui prescrit aux enfants de famille même aux enfants naturels légalement reconnus, quoiqu'ils aient la majorité fixée par l'art. 148 du Code, de demander, avant de contracter mariage, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère ou de leurs aïeuls et aïeules.

Si ce devoir de piété et de respect filial est négligé, le mariage sera-t-il nul?

(1) V. Pothier, *du Mariage*, no 233.

La Cour de Toulouse, par un arrêt du 29 juillet 1828, a annulé un mariage qui présentait cette infraction (1).

Mais aucune cohabitation n'avait suivi l'union, et la validité n'en était réclamée par le mari qu'après le décès de l'épouse, pour obtenir la délivrance de la dot contre les père et mère de celle-ci.

Ces circonstances ont dû influer sur la décision. En pure doctrine elle serait erronée.

Car si l'on consulte les discussions du Conseil d'Etat et les motifs de la loi sur les actes respectueux, on y voit que l'intention du législateur n'a pas été d'attacher la peine de nullité à leur omission.

On y examine même des peines moins graves que la déclaration de 1639, l'édit de 1696, et un second édit de mars 1697 permettaient aux pères et mères d'infliger à leurs enfants, savoir : l'exhérédation et la révocation des donations qu'ils leur avaient faites.

Mais on fit observer que « le pouvoir d'exhéréder n'avait » été donné dans aucun cas par le nouveau Code aux père » et mère ;

» Que si on avait à considérer cette peine dans le cas où » l'on voudrait l'appliquer à l'infraction de la loi qui or- » donne l'acte respectueux on serait averti, par l'expérience » du passé et par l'aveu des anciens législateurs de la France, » que ce moyen est inefficace ; qu'en donnant aux pères et » mères le pouvoir le plus illimité, c'était leur donner oc- » casion d'user d'indulgence, et qu'ils ne doivent pas être » chargés de maintenir l'ordre public par des peines contre » leurs enfants. »

On ajouta que les peines deviendraient une cause d'une éternelle dissension ; qu'elles aggraveraient le mal plutôt qu'elles ne le répareraient.

Ces sages réflexions firent exclure « toute *disposition pé-*

(1) Dalloz, t. 29, 2. 10.

» *nale contre les enfants*, en laissant toutefois subsister la » nullité du mariage contracté sans consentement *par le mi-* » *neur*, nullité qui n'est qu'indirectement une peine et » qu'on doit plutôt considérer comme un effet de la protec- » tion de la loi pour la faiblesse et l'inexpérience. »

477. Mais pour concilier cette théorie avec la sanction nécessaire à la loi, on résolut de prononcer des peines sévères contre les officiers de l'État civil qui procéderaient à la célébration des mariages des mineurs ou des enfants de famille sans qu'on leur produisît soit le consentement des ascendants, soit les actes respectueux dans les cas où ils sont exigés (1).

On s'arrêta donc à l'idée de ne prononcer aucune peine contre les enfants mais d'en établir contre les officiers de l'Etat civil, soit d'amende soit d'emprisonnement.

Ces peines furent déterminées par les art. 156 et 157 du Code civil, et par les art. 193 et 195 du Code pénal.

Art. 156 C. c. « Les officiers de l'État civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules et celui de la famille, dans les cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées et du procureur du roi près le tribunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'art. 192, et en outre à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois (2). »

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 153. Voir aussi, dans la Législation civile et commerciale du même auteur, l'exposé des motifs de la loi, les procès-verbaux du Conseil d'état et les discours de divers orateurs, tome 4 de l'édition in-8°; commentaire 7, n° 4; commentaire 16, n°s 2, 4, 7, 8; commentaire 17, n° 2, et commentaire 18, n° 3. V. aussi commentaire 12, n° 14.

(2) Suivant le Code de la Louisianne, art. 93, les ministres du culte ou les officiers publics qui ont marié des garçons au-dessous de 14 ans

« Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'État civil qui aurait célébré le mariage sera condamné à la même amende et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois. » Art. 157 C. c.

Nous avons déjà vu que l'amende établie par l'art. 192 ne peut excéder trois cents francs.

L'art. 193 du Code pénal ne s'occupe que du consentement.

« Lorsque pour la validité d'un mariage la loi prescrit le consentement des père et mère et que l'officier de l'État civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de seize francs à trois cents francs et d'un emprisonnement qui sera de six mois au moins et d'un an au plus. » Art. 193 C. p.

L'art. 195 prévoit le cas de collusion de l'officier public.

« Les peines portées aux articles précédents contre les officiers de l'État civil leur seront appliquées lors même que la nullité des actes n'aurait pas été demandée ou aurait été couverte, le tout sans préjudice des peines plus fortes prononcées en cas de collusion et sans préjudice aussi des autres dispositions pénales du titre 5 du livre 1^er^ du Code civil. » Art. 195 C. p.

La réserve, contenue dans cet article du Code pénal, de plus grandes peines, doit s'appliquer aussi à l'art. 157 du Code civil, quoique les art. 192, 193 et 195 du Code pénal ne rappellent pas l'art. 157. D'ailleurs la collusion d'un officier public avec des parties pour enfreindre la loi est une prévarication et par conséquent un délit.

Les détails auxquels nous nous sommes livrés démontrent clairement que l'omission des actes respectueux n'est pas une cause de nullité ; que le défaut de consentement, lorsqu'il est prescrit, autorise seul à faire annuler le mariage ; en

et des filles au-dessous de 12, sont, ceux-ci destitués de leur emploi, ceux-là privés pour toujours du droit de célébrer des mariages.

un mot qu'aucune peine n'est appliquée par la loi aux enfants majeurs qui se sont mariés sans avoir requis le conseil de leurs père et mère ou de leurs aïeux.

Telle est l'opinion de plusieurs auteurs (1).

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation, du 12 février 1833, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris (2).

Mais si ceux des ascendants auxquels des actes respectueux doivent être signifiés ne peuvent pas, en cas d'infraction, demander la nullité du mariage, ils ont la faculté d'en faire au moins suspendre la célébration en y formant une opposition dont l'effet sera d'entraîner des délais et de faire condamner l'enfant à remplir son devoir.

---

§ II.

De quelques causes de nullité admises dans le droit ancien et non prévues aujourd'hui.

SOMMAIRE.

478. *Qu'entendait-on autrefois par un mariage secret ?*
479. *Différence entre un mariage secret et un mariage clandestin.*
480. *Les mariages secrets étaient nuls sous l'ancienne législation quant aux effets civils.*
481. Secus *sous la loi du* 20 *septembre* 1792.
482. *Sous le Code civil ils sont valables.*
483. *Les mariages* in extremis *étaient aussi nuls autrefois.*
484. *Ils sont valables aujourd'hui.*
485. Quid *du mariage non consommé ?*

478. L'ancien droit avait établi quelques causes de nullité qui n'ont pas été renouvelées par la loi nouvelle.

Les mariages secrets, les mariages *in extremis*, et même,

(1) V. Duranton, Droit civil, t. 2, n° 113; Vazeilles, t. 1er, n° 144.
(2) Dalloz jeune, 33. 1. 129.

suivant certaines coutumes, les mariages non consommés n'étaient pas valables.

On appelait mariages secrets ceux qui, quoique contractés suivant les lois, avaient été tenus cachés pendant la vie des époux.

479. Il ne faut pas confondre les mariages secrets avec les mariages clandestins dont il a été question dans la première section du présent chapitre.

Les mariages clandestins sont ceux qui non-seulement n'ont jamais été connus par la société, mais qui n'ont été célébrés devant aucun officier public ou qui ne l'ont pas été devant l'officier civil désigné par la loi, ou qui n'ont pas été précédés des publications requises, ou dans lesquels les consentements que la loi prescrivait n'ont pas été obtenus, et qui, d'ailleurs, ont été constamment ensevelis dans le mystère et les ténèbres (1).

« Le mariage secret était, au contraire, celui qui avait été célébré selon les formes, mais dont la connaissance a été concentrée avec soin dans le petit nombre de témoins nécessaires à sa célébration et avait été attentivement dérobée aux regards des autres hommes, c'est-à-dire à cette portion de la société qui, par rapport à chaque particulier, forme ce que nous appelons le public (2). »

Il y a donc entre les mariages clandestins et les mariages secrets une différence très-marquée. Elle résulte de la célébration devant un officier de l'État civil et des autres solennités dont les premiers ont été dépourvus et qui ont, au contraire, été employés à former les seconds. Ceux-ci, célébrés selon les formes, ont toujours une publicité quelconque. Ceux-là, que rien n'a fait connaître, que le ministre de la loi n'a pas consacrés, dont les familles des époux n'ont pas

(1) V. ce qui a été dit ci-dessus, nos 458 et suivants.

(2) Exposé des motifs du titre du Mariage;

Esprit du Code civil par Locré, liv. 1er, tit. 5, chap. 4, 2e subdivision, no 1er.

même été prévenue et n'ont pu l'être, manquent absolument de cette publicité, principale condition prescrite par la loi. Pour les uns il n'y a pas de lien légal; pour les autres, il y a un engagement valablement formé.

On ne devait donc pas les confondre dans l'application des peines puisqu'ils ne pouvaient l'être dans leur essence même.

480. Aussi l'ancien droit avait-il établi quelque différence entre ces deux espèces d'unions.

Les mariages clandestins furent déclarés *nuls et invalides* par un décret du Concile de Trente. Les édits de Louis XIV des 11 mars et 15 juin 1697 les condamnaient aussi en prescrivant à leur égard l'exécution des canons de l'église et des ordonnances royales antérieures, et les cours souveraines les ont toujours proscrits (1).

Les mariages secrets étant valablement contractés subsistaient quant au lien naturel et religieux. Mais la déclaration de Louis XIII de 1639 privait des effets civils, ces mariages *que les parties ont tenu cachés pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage;* termes de l'art. 5 de la déclaration qui déclare les enfants nés de ces mariages incapables de toutes successions aussi-bien que leur postérité (2).

481. La loi du 20 septembre 1792 ne parlait pas de mariages secrets. Mais de son silence même on devait conclure qu'ils étaient valables pourvu qu'ils eussent été accomplis avec les formalités qu'elle prescrivait.

482. Les législateurs du Code ont pensé que l'on n'avait plus les mêmes raisons de redouter l'abus des mariages secrets.

« La liberté des mariages n'ayant plus à lutter contre la plupart des préjugés qui la gênaient, les citoyens sont sans

(1) V. Dictionnaire canonique au mot *Clandestin*.
(2) Pothier, *du Mariage*, t. 2, n° 426.

intérêt à cacher à l'opinion un mariage qu'ils ne cherchent pas à dérober aux regards de la loi.

» Quand les mariages étaient attribués aux ecclésiastiques, le ministre du contrat offrait aux époux, qui voulaient contracter un mariage que le respect humain ne leur permettait pas d'avouer, un dépositaire plus indulgent et plus discret.

. . . . . .

» Sans blesser les lois qui établissaient les formes publiques de la célébration, on accordait des permissions et des dispenses qui en modifiaient l'exécution et en tempéraient la rigueur. Un mariage pouvait rester secret malgré l'observation littérale des formes établies pour en garantir la publicité.

» Dans l'état actuel des choses, le mariage est célébré en présence de l'officier public.

» Cet officier n'a aucun pouvoir personnel de modifier les formalités de la célébration. Il n'est chargé que des intérêts de la société. On est obligé de recourir au gouvernement pour obtenir la dispense d'une des deux publications. Le secret devient impossible; il ne pourrait être que l'ouvrage de la fraude.

. . . . . .

» Le vrai danger serait celui de conserver un point de jurisprudence, toujours incertain et arbitraire dans son application. »

. . . . . .

» Toutes les fois que la question d'un mariage prétendu secret se présentait aux tribunaux, les juges manquaient d'une règle assurée pour prononcer; leur raison se perdait dans un dédale de faits, d'enquêtes, de témoignages plus ou moins suspects et de présomptions plus ou moins concluantes. Des démarches indifférentes, des circonstances fugitives étaient travesties en preuves; et après avoir fidèlement observé toutes les lois, on était exposé à perdre la sû-

reté qu'elles garantissent à ceux qui les observent et les respectent (1). »

Ces raisons puissantes et plusieurs autres qu'il serait trop long de développer ont dû faire attribuer tous les effets civils aux mariages autrefois appelés secrets, mais qui avaient été célébrés avec toutes les formalités légales, en réservant la rigueur de la loi contre les mariages clandestins qu'aucune formalité essentielle n'a sanctionnés, qu'aucune publicité n'a fait connaître.

483. Les mariages *in extremis* étaient traités par l'ancienne législation avec la même sévérité.

La déclaration de 1639, l'édit de mars 1697 disposent aussi, au sujet des mariages contractés à l'extrémité de la vie, tant à l'égard des femmes qu'à celui des hommes, « que » les enfants qui sont nés de leurs débauches avant lesdits » mariages, ou qui pourront naître après lesdits mariages » contractés en cet état, soient, aussi-bien que leur posté- » rité, incapables de successions. »

484. Cette prohibition, que l'intérêt de la morale publique avait dictée, a été l'objet de controverses animées au Conseil d'État et d'opinions très-contradictoires parmi les Cours de France.

La Cour de Lyon la rejetait. Ses observations étaient puissantes; elles ont triomphé.

« Qu'était-ce, en effet, qu'un mariage *in extremis?* Ici l'art conjectural de la médecine venait ajouter aux doutes et aux incertitudes de la jurisprudence. A chaque instant un mariage légitime pouvait être compromis, et il était difficile d'atteindre un mariage frauduleux. On trouve à peine, dans nos immenses recueils d'arrêts, deux ou trois jugements intervenus sur cette matière, et ces jugements ne font qu'attester les embarras qu'éprouvaient les tribunaux dans l'application de la loi.

(1) Portalis, Exposé des motifs. V. aussi Toullier, Droit civil, t. 3, nº 593.

» Est-il, d'ailleurs, certain que cette loi fût bonne et convenable ? L'équité comporte-t-elle que l'on condamne au désespoir un père mourant, dont le cœur, déchiré par les remords, voudrait, en quittant la vie, assurer l'état d'une compagne qui ne l'a jamais abandonné ou celui d'une postérité innocente dont il prévoit la misère et le malheur (1) ?

» Sur quel fondement, disait aussi la Cour de Lyon, la législation peut-elle s'arroger le droit d'empêcher un citoyen de se marier à telle époque de sa vie qu'il veut, pourvu qu'il remplisse les formalités qu'elle a prescrites ? La morale, l'équité, bases nécessaires de toutes les lois, ne lui ordonnent-elles pas, au contraire, de réparer, au moins dans les derniers moments de sa vie, l'injustice et l'immoralité de sa vie antérieure (2) ? »

Ce système de douceur était protégé par l'équité et peut-être même par la morale sainement entendue. Il l'emporta. Les mariages *in extremis* ne furent pas prohibés, et par cela même ils furent autorisés sous le Code civil comme ils l'étaient aussi sous la loi de 1792 par son silence.

485. Dans l'ancienne France quelques Coutumes particulières mais isolées ne considéraient le mariage comme réel que lorsqu'il avait été consommé par l'introduction de la femme dans le lit nuptial. Telles étaient la Coutume de Chartres, art. 52 ; celle de Normandie, art. 367 ; celle de Bretagne, art. 50, suivant lesquelles la femme ne gagnait son douaire que par la consommation du mariage ; et s'il y avait impuissance ou que la femme eût forfait, elle le perdait. *Car au mal coucher la femme perd son douaire par le droit civil*, disait un ancien adage (3).

Mais le droit commun en France repoussait ces étranges

(1) Esprit du Code civil, liv. 1, tit. 5, chap. 4, 3e subdivision. Portalis, Exposé des motifs.

(2) Esprit du Code civil ; *ibid.*

(3) V. le Commentaire sur l'art. 11 du titre 14 de la *Coutume d'Auvergne*, par Prohet ; et Renusson, *Traité du douaire*, chap. 2, n° 3.

distinctions, produit bizarre d'une demi-civilisation. Il admettait avec le droit romain la maxime *nuptias non concubitus sed consensus facit.* L. 30, de Regulis juris.

Le Code civil a adopté cette sage règle (1).

Ainsi l'on ne peut opposer au mariage que les nullités absolues ou relatives qui ont été examinées dans la 1re et la 2e section de ce chapitre (2).

Dans la section suivante nous distinguerons les nullités temporaires de celles qui sont perpétuelles, et les nullités qui peuvent être réparées ou couvertes de celles qui ne peuvent l'être.

Section IV.

Des nullités perpétuelles ; des nullités temporaires ; de celles qui sont ou non susceptibles d'être réparées ou couvertes.

Parmi les nullités quelques-unes sont seulement temporaires, d'autres sont réparables.

Les plus graves sont perpétuelles et irréparables.

Examinons d'abord celles-ci :

---

§ Ier.

Des nullités perpétuelles et irréparables.

SOMMAIRE.

486. *La bigamie est une nullité perpétuelle et irréparable.*
487. *Les enfants nés pendant le premier mariage sont adultérins. — Ceux nés depuis sa dissolution sont bâtards simples.*
488. *Ces derniers peuvent être légitimés par un nouveau mariage.*
489. Secus *si le premier mariage était nul.*

(1) Exposé des motifs, par Portalis.

(2) Le Code des Deux-Siciles, art. 157, défend aux officiers de l'État civil de célébrer le mariage entre le tuteur ou ses enfants et le mineur ou la pupille durant la tutelle et avant la reddition des comptes, à moins que le tribunal ne l'ait autorisé en connaissance de cause, après avoir entendu le ministère public.

490. *Le mariage incestueux est nul et ne peut être validé.*
491. *Celui qui aurait pu se faire avec des dispenses n'est pas incestueux.*
492. *Doit-il être renouvelé après les dispenses?*
493. *Le mariage du mort civilement réhabilité doit être renouvelé.*
494. Quid *en cas de révision?*
495. *Que doit-on décider pour le mariage des princes?*

486. C'est parmi les nullités absolues que se trouvent celles qui ne peuvent s'effacer.

Ainsi la bigamie est une cause perpétuelle et ineffaçable de la nullité d'un mariage.

Nul dans son principe comme dans son essence le mariage du bigame est constamment vicieux pendant toute sa durée. La possession d'état la plus longue ne peut en couvrir le vice. L'ordre social blessé, la morale publique outragée réclament toujours. Seulement l'action criminelle et la peine peuvent prescrire (Code d'instruction criminelle art. 637, Code civil art. 32); mais la nullité subsiste comme l'incapacité du bigame. (Arrêt de la Cour de Paris, du 1er août 1818; Denevers, vol. de 1819, supl., p. 8; Sirey, t. 17, 2e p., p. 63; V. au Répertoire de Merlin, vo Mariage, sect. 6, § 2, sur l'art. 184, 5e question, une dissertation étendue.)

Le coupable, lui-même, peut opposer la nullité du mariage qu'il a illégitimement contracté.

487. Les malheureux fruits de cette union criminelle sont adultérins aux yeux de la loi, sauf le bénéfice de la bonne foi lorsqu'elle a existé de la part de l'un des époux.

Cette doctrine est sévère, mais juste, mais commandée par l'intérêt public, et nécessaire pour prévenir les désordres qu'entraîneraient ces funestes exemples et les scandaleux procès qu'ils feraient naître.

La dissolution du premier mariage après la célébration du second est insuffisante pour donner à celui-ci une valeur que la loi lui refusait dans son origine; car cet événement n'efface pas la tache première de l'union. Les enfants nés posté-

rieurement à la dissolution ne sont pas légitimes; seulement on ne peut les déclarer adultérins comme ceux nés avant l'extinction du premier mariage. Ce sont des bâtards simples étant procréés *ex soluto et solula*.

488. Ils pourraient, par conséquent, être légitimés par un nouveau mariage que contracteraient les auteurs de leurs jours, tandis qu'un tel avantage ne pourrait être conféré aux autres enfants.

Nous disons par un nouveau mariage; car le précédent ne peut être ratifié ; on ne ratifie pas ce qui est radicalement nul. Il faut, comme pour les donations, un nouvel acte, un nouveau contrat légalement formé (Code civil 1339 (1).

489. Mais si le premier mariage était nul, il n'y aurait pas de bigamie. Seulement ce serait à l'époux poursuivi comme bigame à faire prononcer la nullité du premier mariage, pour se garantir des poursuites. Et un délai devrait lui être accordé à cet effet.

490. L'inceste est également un vice que le temps ne peut couvrir, que rien ne peut effacer.

Ces unions monstrueuses, qui souillent les mœurs domestiques, qui ravalent l'homme au niveau de la bête, sont d'autant plus coupables qu'elles se prolongent davantage. Il n'est qu'un moyen d'en affaiblir la honte. C'est de les rompre.

491. Mais la rigueur de la loi s'applique-t-elle aux mariages que des dispenses auraient pu autoriser, tels qu'ont toujours été sous le Code civil les unions des oncles et des nièces, des tantes et des neveux; tels que le sont aujourd'hui depuis la loi du 16 avril 1832 les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs?

Nous ne le pensons pas. De telles unions ne peuvent être considérées comme incestueuses. Car si un tel vice les affec-

(1) V. sur la bigamie, Vazeilles, nos 217 et suivants; Toullier, t. 1, nos 492 et suivants.

tait, comment supposer que la loi les eût autorisées sous la seule condition d'obtenir préalablement des dispenses?

L'inceste est un crime. La loi qui permettrait le crime serait monstrueuse; la morale publique s'en indignerait; la civilisation et la religion s'uniraient pour la flétrir et la repousser.

Cependant suivant le droit canonique comme suivant le droit civil ces mariages ont toujours été tolérés. Seulement des dispenses, qui s'obtenaient assez facilement, étaient exigées. Il n'y avait donc pas de prohibition absolue. La loi actuelle, en adoptant les mêmes règles, n'a établi elle-même qu'une prohibition relative, puisque cette prohibition disparaît par l'accomplissement d'une simple formalité, celle des dispenses.

Ainsi l'irrégularité d'un premier mariage pourrait être réparée en le renouvelant après s'être conformé à l'exigence de la règle.

Il semble donc que la seule difficulté qui se présente roule sur la nécessité du renouvellement du mariage, nécessité que n'admettait pas le droit ancien, sur laquelle le droit nouveau ne s'explique pas et qui réduirait la question à une simple formalité peu digne de la majesté de la loi qui doit pouvoir aussi approuver et consacrer un fait qu'elle pouvait permettre. On peut voir ce que nous avons déjà dit sur la question en commentant l'art 162 du Code (1).

Cependant, comme les dispenses d'après le texte de la loi et d'après les formules usitées ne portent que sur des mariages à faire et non sur des mariages déjà faits, il serait prudent, dans le doute, de les renouveler lorsque des dispenses ont été obtenues.

492. La mort civile doit être aussi rangée parmi les causes de nullité de mariage qu'aucun moyen ne peut ni effacer ni affaiblir.

(1) V. aussi Pothier, du *Mariage*, nº 274.

Les individus frappés de mort civile ne sont plus, dans l'ordre civil, au rang des personnes : *personam non habent* ; mais ils conservent l'état naturel. La mort civile n'est en effet qu'une fiction. Or une fiction ne peut qu'imiter la vérité ; elle ne peut la détruire.

Si donc le mort civilement perd les droits civils il jouit du moins des droits naturels qui sont attachés à sa qualité d'homme ; et de même qu'il conserve la faculté d'acquérir et de posséder, de même les enfants qui sont procréés d'un mariage qui est illégal aux yeux de la loi, n'en sont pas moins, s'ils sont reconnus par lui, considérés comme ses enfants naturels et peuvent exercer les droits attachés à ce titre, non sur les biens qu'il possédait lorsque la mort civile l'a atteint puisqu'ils sont devenus la propriété de ses héritiers, mais sur ceux qu'il a acquis depuis.

Il ne peut, d'ailleurs, renaître à la vie civile que par une grâce pleine et entière suivie de réhabilitation. Car la grâce a seulement pour effet de faire cesser la peine. Ce n'est que par la réhabilitation, si l'on en croit certains auteurs et si l'on s'en réfère à une décision du Conseil d'État, que le condamné est relevé de toutes les incapacités soit politiques soit civiles qu'il a encourues. La prérogative royale ne s'étend pas jusqu'à attribuer à la grâce les effets de la réhabilitation (1).

La réhabilitation elle-même ne fait *cesser* que *pour l'avenir*, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation. (Code d'instruction criminelle, art. 633.)

493. Alors seulement il pourra contracter un mariage légal. Alors il sera obligé de renouveler la célébration de celui qui existait avant la réhabilitation ou qu'il aurait con-

(1) V. Avis du Conseil d'État des 21 décembre 1822 et 8 janvier 1823, rapportés par Sirey, 23. 2. 91.

Mais voir ce qui a été dit sur la mort civile, titre 1, chap. 1, section 5.

tracté pendant la mort civile. Sans cette formalité nécessaire son mariage antérieur ne produirait aucun effet civil.

Mais par cette célébration les enfants nés pendant la mort civile seraient-ils légitimés? C'est une question que nous examinerons dans la suite.

494. La révision seule, si le condamné, malheureuse victime d'une erreur judiciaire, était absous par un second arrêt, la révision seule le réintégrerait pour le passé comme pour l'avenir dans sa vie civile, et rendrait l'existence à son ancien mariage ou à celui qu'il aurait contracté pendant la durée d'une mort civile qui aurait été ainsi complétement effacée. L'effet du succès de cette révision serait de faire déclarer légitimes les enfants nés pendant la mort civile.

Mais si l'époux du condamné s'était remarié, le second mariage, quoique annulé pour l'avenir, devrait produire, à cause de la bonne foi, tous les effets attachés au mariage valable.

495. Nous avons vu au chapitre des empêchements que les princes de la famille royale ne pouvaient se marier sans le consentement du chef de l'État.

Nous avons rappelé les dispositions des art. 4 et 5 du statut impérial du 30 mars 1806, par lequel les mariages, contractés sans ce consentement formel, sont déclarés nuls et de nul effet, et les enfants qui en sont le fruit sont réputés illégitimes.

La nullité peut-elle être réparée et ses rigoureuses conséquences disparaîtraient-elles par le consentement, par l'approbation que le chef de l'Etat aurait expressément manifestés dans la suite?

On doit en douter.

Les termes du statut impérial sont si positifs qu'ils semblent exclure toute ratification d'une union formellement déclarée illégitime. Il faudrait, pour la rendre légale, et pour attribuer aux enfants les droits et le titre honorable d'enfants légitimes qu'un nouvel acte législatif détruisît le

précédent. Encore serait-il plus que douteux que cet acte nouveau pût avoir un effet rétroactif qui effaçât le vice de l'union *ab initio*.

Le renouvellement de la célébration du mariage serait commandé par l'exactitude des principes comme par la prudence.

C'est ainsi que Gaston, duc d'Orléans, dont le mariage avait été annulé pour avoir été célébré sans le consentement du roi, fut obligé de le renouveler en mai 1647, lorsqu'il eut obtenu ce consentement.

Il est vrai qu'un arrêt avait annulé le mariage. Mais les termes du statut impérial sont aussi décisifs et aussi puissants qu'un arrêt, puisqu'ils déclarent nulles de plein droit les unions irrégulières faites en contravention à ses défenses. L'arrêt, d'ailleurs, n'avait fait qu'appliquer la peine prononcée par des usages anciens qui tenaient lieu de loi.

Le nouveau mariage devrait même être accompagné de la reconnaissance des enfants, par l'acte de célébration, de la part des deux époux, si dans un acte antérieur ils ne les avaient pas expressément reconnus l'un et l'autre. (Code civil 331 et suiv.)

---

§ II.

Des nullités temporaires et réparables.

SOMMAIRE.

496. *Le defaut d'âge ne produit qu'une nullité temporaire quoique absolue.*
497. *Deux cas où elle disparaît.*
498. *La grossesse ne peut être opposée qu'à la femme.*
499. Quid *si la grossesse arrive pendant la réclamation ?*
500. *Ancien droit.*
501. *L'exception peut être opposée à toutes personnes si ce n'est à celles dont le consentement était nécessaire.*

502. *Toutes les autres nullités absolues sont perpétuelles et irréparables.*

503. *Les nullités relatives peuvent être couvertes.*

496. Les nullités relatives sont, en général, temporaires ou réparables.

Il y a aussi une des nullités absolues qui n'est que temporaire.

C'est celle qui résulte de la prohibition du mariage de l'homme avant dix-huit ans révolus et de la femme avant quinze ans aussi révolus. Cette prohibition doit être observée à peine de nullité absolue du mariage.

497. Mais cette nullité n'est que temporaire. Elle disparaît dans deux cas prévus par l'article 185 du Code dont voici les termes :

« Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait pas encore atteint cet âge ne peut plus être attaqué : Art. 185.

» 1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent;

» 2° Lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois. »

On voit par les procès-verbaux du Conseil d'État que la première exception fut adoptée sans la moindre difficulté.

« Le défaut d'âge étant réparable, il serait absurde qu'il servît de prétexte pour attaquer un mariage lorsqu'il s'est déjà écoulé un délai de six mois après que les époux auraient atteint l'âge compétent (1). »

L'incapacité n'existant plus alors l'effet ne doit pas survivre à la cause.

Cependant lorsque la loi donne une action elle doit accorder un délai moral pour l'exercer.

La Commission de rédaction avait assigné un délai d'un an. Celui de six mois fut proposé ; il parut suffisant.

(1) Portalis, Exposé des motifs.

La seconde exception est fondée sur les lois de la nature.

Le motif de la prohibition est la présomption de l'incapacité naturelle des époux qui n'ont pas atteint l'âge requis.

Cette présomption n'est qu'une fiction ; elle doit céder à la réalité.

Mais de quel jour courent les six mois que fixe l'article?

Est-ce du jour du mariage?

Est-ce seulement du jour de la puberté?

La forme de la rédaction de la fin de l'article semblerait indiquer que c'est du jour du mariage que le délai court.

Dans ces mots *avant l'échéance de six mois* l'emploi de l'article indéfini *de* ne permet pas, grammaticalement parlant, de dire qu'il s'agit des mêmes *six mois* dont parle dans le même article la phrase précédente. On eût dû dans ce sens employer l'article défini et dire *avant l'échéance* DES *six mois* (1).

Cependant c'est réellement aux six mois qui suivent la puberté que le législateur a entendu appliquer l'exception. C'est ce que démontre l'exposé des motifs.

Après avoir rappelé que la loi donne aux jeunes époux qui ont atteint l'âge requis, un délai de six mois pour exercer l'action en nullité du mariage contracté ayant cet âge, l'orateur ajoute :

« Il serait encore peu raisonnable que l'on pût exciper du défaut d'âge quand une grossesse survient dans le ménage avant l'échéance des six mois *donnés pour exercer l'action en nullité*. La loi ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature : la fiction doit céder à la réalité. »

Cette fin de non recevoir est absolue. Elle écarte, de la part de la femme qui a conçu dans les six mois de l'âge de la puberté, toute réclamation contre le mariage.

Elle s'applique aussi par les mêmes motifs à la femme qui conçoit avant même qu'elle ait atteint l'âge fixé par la loi

(1) Dans quelques éditions du Code, on a imprimé *avant l'échéance* DES *six mois*. Dans le plus grand nombre on s'est servi de l'article *de*.

pour la puberté. Les expressions de l'article ne sont pas douteuses ; car elles sont générales et indéfinies : elles s'appliquent à tous les cas d'une grossesse survenue *avant* l'échéance du délai qu'elles fixent, c'est-à-dire pendant tout le temps qui s'écoule entre l'instant du mariage et le jour qui suit l'expiration du sixième mois postérieur à la puberté.

Et l'esprit de la loi est d'accord avec sa lettre. Le but de la règle est, en effet, de réparer dans la circonstance l'erreur accidentelle de la disposition prohibitive de l'art. 144, et de consacrer un mariage que cet article n'annulait que sur la fausse présomption de l'incapacité des époux ou de l'un d'eux.

Cette présomption étant démentie par l'événement, la prohibition doit aussi s'évanouïr.

Un tel événement pourrait se présenter fréquemment si les officiers publics étaient moins attentifs à ne pas célébrer le mariage d'un impubère. Il se renouvellerait surtout dans nos provinces méridionales où la douceur du climat active le développement de l'organisation, et où il n'est pas rare de rencontrer des filles pubères à 12 ou 13 ans. On sait aussi qu'autrefois la puberté était fixée à 12 ans pour les filles, à 14 ans pour les garçons, conformément au droit romain.

498. Mais on doit remarquer que l'exception de grossesse ne peut être invoquée que contre la femme. Malgré cette grossesse, le mari, qui est impubère, jouit toujours du délai de six mois que lui accorde la loi depuis sa puberté, pour demander la nullité de son mariage.

Cette distinction, ainsi qu'on le voit dans les discussions du Conseil d'État, n'avait pas été faite par la Commission.

Elle fut adoptée sur la proposition des Cours d'appel d'Orléans et de Toulouse.

« L'exception serait d'une dangereuse conséquence, disait la Cour de Toulouse, si le mari qui réclame était encore d'un âge éloigné de la puberté.

» On ouvrirait, ajoutait la Cour d'Orléans, le moyen de » maintenir par un autre crime un mariage criminel (1). »

499. La Commission et la Section avaient proposé de n'admettre l'exception que lorsque la femme aurait conçu avant la réclamation.

Ce système eût fait disparaître, dans plusieurs cas, le délai de six mois accordé depuis l'âge de la puberté pour donner effet à l'exception.

Il fut rejeté, et l'on décida que, sans avoir égard à la date de la réclamation, eût-elle été présentée le premier jour du délai, elle ne serait pas reçue si la femme concevait le dernier jour des six mois (2).

La décision était commandée par l'intérêt de la conservation du mariage. Elle est, d'ailleurs, rationnelle; la femme est réputée avoir renoncé à sa demande par sa cohabitation postérieure. D'ailleurs, le fait de la grossesse détruit la base même de l'action, c'est-à-dire l'idée d'impuissance. Proudhon pense le contraire; mais les discussions du Conseil d'Etat prouvent l'erreur de cette opinion (3).

Mais lorsque la conception n'a eu lieu qu'à la fin du sixième mois, comment pourra-t-on reconnaître si elle s'est réellement formée avant l'expiration du délai?

On le reconnaîtra par l'application du principe écrit dans l'art. 315 du Code civil au titre de la filiation; c'est-à-dire qu'on considérera comme conçu, dans le délai de six mois, l'enfant né dans les trois cents jours de ce délai; et jusqu'à l'événement il sera sursis au jugement de l'action de la femme.

500. Les dispositions de l'article 185 du Code civil ne sont que la copie des anciens principes. Autrefois aussi la cohabitation, continuée depuis l'âge de puberté, rendait valable le mariage contracté avant cet âge. Il suffisait même,

(1) V. Locré, Esprit du Code sur l'art. 185.
(2) V. Locré, *ibid.*
(3) V. Duranton, Droit civil, t. 2, nº 320.

d'après le droit romain, que la cohabitaton eût continué jusqu'à cet âge.

Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem forè, cum apud virum explesset duodecim annos. L. 4, ff. de Ritu nuptiarum. — Cap. 10, extr. de Despons. impub. — Mornac, ad dict. Leg. 4 (1).

Autrefois aussi la grossesse survenue avant l'âge de puberté effaçait le vice du mariage en détruisant la présomption qui formait l'empêchement.

Si ità fuerint ætati proximi quod potuerint copulâ carnule conjugi minoris ætalis separari non debent intuitu, cum in eis ætatem supplevisse malitia videtur. Cap. 9. ext. de Despons. impub.

C'est ce qui fut jugé à l'égard d'une jeune veuve qui n'était âgée que de onze ans et 9 mois et à laquelle on contestait son douaire et ses autres gains matrimoniaux. Elle prouva qu'elle était grosse et l'arrêt lui fut favorable (2).

La loi du 20 septembre 1792 ne s'expliquait pas sur les deux exceptions admises par l'article 185, mais dans son silence on devait appliquer les règles de l'ancien droit.

Nous ferons observer que la nullité provenant du dol, de l'erreur ou de la violence, ne serait pas couverte par l'exception que porte l'article 185. Ces trois vices sont soumis à d'autres règles. La Cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 4 novembre 1822 qui décide que si le silence de six mois depuis la puberté efface la nullité dérivant du défaut d'âge, il ne détruit pas celle résultant de la violence. Denevers, vol. de 1822, p. 60.

501. Cette exception dans les deux cas qu'elle présente peut être opposée au ministère public et à toutes personnes excepté à celles dont le consentement était nécessaire et aux-

(1) V. Pothier, *du Mariage*, nº 96.

(2) V. Pothier, *du Mariage*, nº 94, et le Dict. canonique au mot *Empêchement.*

quelles on ne l'a pas demandé ou qui ne l'ont pas donné (1).

502. Toutes les autres nullités absolues sont perpétuelles et irréparables. Celles même dont les causes sont temporaires, comme la bigamie, la mort civile, ne sont pas effacées par exemple par la mort du premier époux du bigame, par la réhabilitation du mort civil. Le mariage, fait pendant la durée des empêchements dirimants, n'en est pas moins nul malgré ces événements; seulement il peut être renouvelé.

503. Quant aux nullités relatives, elles peuvent être réparées.

Ces nullités proviennent en général de l'absence ou de l'irrégularité des consentements prescrits pour la validité du mariage.

Ou les contractants n'ont pas donné eux-mêmes un consentement libre et éclairé.

Ou ils n'ont pas obtenu les consentements de leurs père et mère, de leurs ascendants, de leur famille et d'autres personnes dans les cas où ces consentements étaient requis.

On conçoit que cette cause de nullité, qui blesse seulement des droits privés, doive s'éteindre par la ratification expresse ou tacite de ceux dont les droits étaient lésés.

Il serait superflu de faire ici le détail de ces cas de nullité. Ce serait s'exposer à une répétition fastidieuse puisqu'on devra les développer en traitant des demandes en nullité et des fins de non recevoir qui les repoussent.

CHAPITRE II.

Des demandes en nullité.

SOMMAIRE.

Des demandes en nullités. — Division.

Par qui ces demandes peuvent-elles être formées?

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 186.

Quels en sont les effets?

Ces deux propositions seront successivement examinées dans les deux sections de ce chapitre.

Section Ire.

SOMMAIRE.

504. *Qui peut les former. — Distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives.*

504. Quelles sont les personnes admissibles à former les demandes en nullité?

Ici se présente la distinction qui a déjà été faite entre les nullités absolues et les nullités relatives:

Les premières qui peuvent être proposées par les parties elles-mêmes, par leurs ascendants ou leur famille, par le ministère public et par tous ceux qui y ont intérêt.

Les secondes que peuvent faire valoir seulement les personnes dont les droits ont été violés.

---

§ Ier.

Des actions qu'autorisent les nullités absolues.

SOMMAIRE.

505. *Causes de ces nullités.*
306. *Ancien droit.*
507. *La nullité du mariage des princes peut être invoquée par toute personne.*
508. *Il en est de même de celle résultant de la mort civile.*
509. *Quant aux autres nullités il faut que les tribunaux les prononcent.*
510. *Par qui peuvent-elles être demandées?*
511. Quid *de celle résultant du défaut de publicité ou de l'incompétence de l'officier public.*

505. Nous savons que les causes de ces nullités sont :

Le défaut d'âge des contractants;

La bigamie;

L'inceste;

La clandestinité du contrat et l'incompétence de l'officier de l'État civil;

La mort civile;

L'absence du consentement du chef de l'État au mariage des princes.

506. Toutes ces causes de nullité étaient aussi admises dans l'ancien droit, ainsi que nous l'avons fait observer au titre des empêchements.

La loi du 20 septembre 1792 ne prononçait la peine de nullité que par l'article 13 de la Section 1re du titre 4. Et cette nullité elle ne l'appliquait qu'à l'inobservation des articles précédents de la même Section, articles qui prohibaient le mariage,

Aux hommes avant quinze ans révolus, aux filles avant treize ans révolus (art. 1er);

Aux mineurs sans le consentement de leurs père ou mère ou parents ou voisins (art. 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9, et loi du 7 septembre 1793);

Aux personnes déjà engagées dans les liens du mariage (art. 10);

Entre les parents naturels et légitimes en ligne directe, entre les alliés dans cette ligne et entre le frère et la sœur (art. 11);

A ceux qui étaient incapables de consentement (art. 12).

L'article 13 déclarait *nuls et de nul effet les mariages faits contre la disposition* des articles précédents.

Sous cette loi, d'après la législation pénale de 1791, aucune condamnation n'emportait la mort civile.

Elle ne reconnaissait pas la puissance du chef de l'État sur les princes. A cette époque-là même la royauté fut supprimée.

507. La cause de nullité relative aux mariages des prin-

ces est tellement absolue aujourd'hui, qu'il n'est pas même nécessaire qu'une action soit intentée contre les époux pour faire annuler ces mariages. Suivant le statut impérial du 30 mars 1806, la nullité ayant lieu de *plein droit*, il suffirait de l'opposer à ceux qui voudraient invoquer un tel mariage. Car par l'effet de la disposition rigoureuse mais positive du statut, il n'existe pas entre les époux d'union légale ; leur contrat n'est rien devant la loi ; il ne peut produire aucun effet civil. Les époux, les tiers ne peuvent en argumenter. Il suffit, à ceux contre lesquels on veut le faire valoir, d'en signaler le vice pour faire rejeter le moyen que l'on en tire (1).

508. Ces observations s'appliquent aussi aux mariages contractés par celui qui est frappé de mort civile. Radicalement nul aux yeux de la loi, ce mariage ne peut également produire le moindre effet. S'il est avoué par la loi naturelle et la religion, la loi civile ne le reconnaît pas. A l'égard des tiers, à l'égard des époux eux-mêmes et de leurs enfants, il est comme non avenu ; et les conventions qui peuvent avoir été passées entre les deux personnes ainsi illégalement unies, n'empruntent du mariage aucune force. Elles ne valent que comme elles vaudraient entre étrangers. Aussi les législateurs n'ont pas même cru devoir insérer dans la loi un article qui prévît les actions en nullité de ces sortes de mariages et qui déterminât les règles et les effets de ces actions.

La Section de législation avait présenté un article qui autorisait la demande en nullité de la part de celui qui aurait contracté mariage avec une personne frappée d'une condamnation emportant mort civile.

Mais on fit observer que cet article paraissait « supposer un mariage quelconque de la part de l'individu mort civilement ; qu'il serait donc possible que ce mariage subsistât s'il

(1) Le décret qui porte ce statut a été soumis au Sénat qui ne l'a pas déclaré inconstitutionnel. Il a donc acquis force de loi. (V. Bulletin des lois 1806, 1er semestre, p. 365.)

n'était pas attaqué ; qu'ainsi, il valait mieux ne pas parler de ces sortes de mariages (1). »

La justesse de cette réflexion fut sentie : « on reconnut, qu'en effet, le mariage des individus morts civilement, étant privé de tout effet civil, n'engage pas ceux entre lesquels il est formé. »

L'article ne fut plus présenté (2).

509. Les autres causes de nullité, quelque graves qu'elles soient, n'empêchent pas que le mariage ne subsiste tant qu'il n'est pas attaqué, tant qu'il n'est pas même déclaré nul par les tribunaux. C'est à elles que s'applique ce grand principe rappelé par Tronchet, « que jamais le mariage n'est nul de plein droit; qu'il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire (3). »

510. Examinons à qui les actions sont déférées :

Les art. 184 et 191 du Code civil nous l'apprennent.

Art. 184. « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux art. 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. »

511. L'article 191, que nous avons déjà transcrit, prévoit les nullités résultant du défaut de publicité du mariage et de l'incompétence de l'officier public.

L'action appartient aussi aux époux, à tous ceux qui y ont intérêt, au ministère public. L'article parle nominativement des père et mère et des ascendants.

Les contraventions signalées dans ces deux articles sont d'ordre public.

C'est pourquoi l'action en nullité est attribuée, non-seulement aux époux et à tous ceux qui y ont intérêt, mais encore au ministère public, c'est-à-dire aux fonctionnaires

(1) Observations du premier Consul. V. Esprit du C. civil, par Locré.
(2) Esprit du Code civil, *ibid.*
(3) Procès-verbal du 5 vendémiaire an 10; Esprit du Code civil par Locré, liv. 1, tit. 5, chap. 4, 2e division, 1re subdivision.

chargés de maintenir l'exécution des lois et de veiller à l'ordre social qui est froissé par leur violation.

ARTICLE Ier.

Des demandes en nullité par les époux.

SOMMAIRE.

512. *Des demandes en nullité par les époux.*
513. *Le défaut d'âge de l'un des époux donne action même à celui dont l'âge est compétent.*
514. *Le défendeur a-t-il droit à des dommages et intérêts?*
515. *Le mari impubère n'a plus d'action lorsque c'est depuis sa puberté que la femme a conçu.*
516. *Le délai de six mois pour l'action court du jour de la puberté.*
517. Quid *si la femme allègue sa grossesse?*
518. *Le mineur devenu pubère peut-il ratifier son mariage avant sa majorité?*
519. *La bigamie autorise l'action en nullité même de la part du bigame.*
520. *Mais le demandeur doit prouver l'existence du premier mariage au moment du second.*
521 Quid *si le premier époux est absent?*
522. *Le conjoint du mort civilement peut se remarier.*
523. *La bigamie d'un Français à l'étranger peut donner lieu à une demande en nullité en France.*
524. *L'inceste autorise l'action.*
525. Quid *du cas où les dispenses sont permises?*
526. *Le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier public l'autorisent aussi.*
527. *Mais fin de non recevoir dans le cas de l'art.* 196 *contre les époux seulement.*
528. *Cette fin de non recevoir ne s'applique pas aux unions illégales.*
529. *Le défaut de possession d'état ne nuit pas aux unions légales.*

Trois causes de nullité sont signalées dans l'art. 184. Le défaut d'âge, la bigamie, l'inceste.

La première de ces contraventions est celle qui défend à l'homme avant dix-huit ans révolus, à la femme avant quinze ans aussi révolus, de contracter mariage. (V. l'article 144.)

512. On peut s'étonner que l'action en nullité pour défaut d'âge appartienne aux époux eux-mêmes qui ont contracté librement le mariage.

Mais la surprise cessera si l'on considère d'une part que la faiblesse même de l'âge des deux époux ou au moins de l'un d'eux ne lui a pas permis de donner un consentement éclairé;

D'une autre part, que la société entière est intéressée à ne pas tolérer des unions impuissantes qui manquent le but que la loi s'est proposé, et qui préparent peut-être une existence languissante et rachitique aux jeunes époux que l'on a ainsi sacrifiés.

Le législateur a donc obéi à un sentiment élevé d'intérêt social et de convenance en autorisant les époux eux-mêmes à demander la nullité d'une union imprudente.

513. Ces réflexions répondent à une question qu'a fait naître l'hypothèse où l'un des époux serait pubère. Pourrait-il faire annuler le mariage qu'il aurait spontanément contracté avec une épouse impubère?

M. Delvincourt, dans son commentaire sur l'article 184, pense que non et argumente de l'art. 186.

L'argument n'offre qu'une analogie peu exacte même. Car quoiqu'il ait l'âge compétent pour le mariage, l'époux, qui a contracté avec un impubère, n'a pas, surtout s'il est mineur, la maturité de la réflexion dont jouissent des ascendants et des parents qui y auraient donné leur consentement.

Au reste, plus intéressé que tout autre à rompre une union imparfaite, un mariage sans résultat, l'époux même d'un âge compétent doit être admis à exercer un droit que la loi lui donne comme à son conjoint impubère. En effet, l'art. 184 ne fait aucune distinction. Il accorde le droit aux deux époux et à chacun d'eux sans examiner s'ils sont ou non l'un et l'autre impubères. Il n'en prive pas celui qui était pubère au moment où il a contracté; et cependant si telle eût été l'intention du législateur, il l'aurait exprimée comme il l'a fait pour les pères, mères et aïeux, par l'article 186,

comme il l'a dit aussi pour un autre cas dans l'art. 182.

Enfin ce qui est décisif c'est que la nullité est d'ordre public.

Aussi l'opinion de Delvincourt est-elle isolée. Duranton, Vazeilles, Dalloz aîné, Toullier enseignent une doctrine contraire qui doit être adoptée comme la plus conforme soit à la lettre soit à l'esprit de la loi (1).

514. Toullier dit que l'époux dont l'âge était compétent et qui attaque le mariage qu'il a contracté avec une fille impubère, doit être soumis à des dommages et intérêts envers son épouse. Il se fonde sur ce que le projet du Code réservait à l'époux défendeur ses dommages et intérêts; et il ajoute que cette disposition n'a pas été rejetée.

M. Vazeilles répond avec justesse que le projet n'a pas été admis puisqu'on n'en trouve aucune trace dans le Code; que d'ailleurs quand un acte est radicalement nul, celui qui exerce un droit qu'il tient de la loi, ne peut être soumis à des dommages et intérêts, cette peine ne s'attachant qu'à l'inexécution d'engagements licites.

L'auteur ajoute que, s'il se rencontrait des circonstances particulières de dol et de fraude, telles qu'un faux acte de naissance concerté entre un majeur et le tuteur d'un impubère, des dommages et intérêts seraient dus (2).

Mais remarquons qu'ils seraient dus alors comme punition du dol plutôt que par suite de la demande en nullité du mariage.

515. Nous avons déjà dit au § 4 de la section précédente que l'action en nullité pour défaut d'âge était temporaire, et qu'elle cessait, aux termes de l'article 185, 1° lorsqu'il s'était écoulé six mois depuis que les deux époux ou celui d'entr'eux qui était impubère avaient atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme qui n'avait pas cet âge avait conçu avant l'échéance des six mois.

(1) Duranton, t. 2, p. 315; Vazeilles, t. 1, n° 248; Dalloz, Jurisprud. gén., t. 10, p. 94, n° 2; Toullier, t. 1, n° 587.

(2) Vazeilles, *ibid*, n° 248.

Il serait superflu de faire remarquer, avec quelques auteurs, que l'âge compétent dont parle la loi est celui de 15 ans révolus pour les filles, et de 18 ans aussi révolus pour les enfants mâles ; le texte de la loi est assez clair. Cependant l'esprit de discussion est allé jusqu'à nier cette vérité palpable, et jusqu'à saisir d'une difficulté chimérique la Cour de cassation elle-même qui l'a résolue dans le sens que nous indiquons, par arrêt du 4 novembre 1822, dont nous indiquerons plus bas l'espèce en traitant avec développement la question.

Nous avons dit aussi que le second cas d'exception prévu par l'art. 185, ne privait pas l'autre époux, aussi impubère, de demander lui-même la nullité du mariage tant qu'il ne s'était pas écoulé six mois depuis l'instant où il aurait atteint cet âge.

Mais nous ajouterons que la modification apportée au second cas d'exception ne doit pas être admise en faveur du mari qui aurait atteint sa puberté avant la conception de la femme, si celle-ci avait conçu dans l'intervalle des six mois. Dans ce dernier cas, le danger qui a dicté la modification ne se rencontrerait pas. Il serait invraisemblable autant qu'immoral de supposer la perpétration *d'un crime pour maintenir* un mariage criminel, suivant le langage des Cours de Toulouse et d'Orléans ; et il serait souverainement injuste d'autoriser l'auteur, légalement présumé de la grossesse de la femme, à demander la nullité du mariage pour un défaut d'âge qui n'aurait produit aucun inconvénient.

516. Quant au premier cas d'exception à l'action en nullité, il existe dès que le délai de six mois qu'il détermine est expiré ; il importe peu que dans cet intervalle il n'y ait pas eu de cohabitation entre les époux. Le silence de six mois est considéré par la loi comme une ratification tacite d'un mariage qu'on était capable de ratifier à cette époque par cela même qu'on aurait été capable d'en contracter un nouveau. Ce silence de six mois opère une déchéance complète

de toute réclamation. Et la règle est convenable ; la dignité du mariage, l'intérêt des époux exigeaient qu'ils ne fussent pas laissés trop long-temps dans un état précaire et dans l'incertitude s'ils seraient époux ou libres (1).

517. Il peut s'élever une difficulté fort embarrassante pour le cas où la femme, contre laquelle est demandée la nullité du mariage, prétendrait qu'elle est enceinte.

Comment s'assurer de la vérité de l'allégation ? Une visite de médecin ne pourrait être ordonnée (2).

Elle choquerait la pudeur et blesserait la délicatesse de nos mœurs ; elle n'offrirait même dans les premiers temps que doutes et incertitudes.

Le tribunal ordonnerait-il une séparation provisoire d'habitation jusqu'à l'expiration des dix mois ou trois cents jours pendant lesquels l'enfant peut rester dans le sein maternel ? (V. art. 315 du Code civil.)

Mais si l'époux demandeur n'exige pas lui-même cette séparation, comment pourrait-on la lui imposer ? Comment priver ainsi les époux d'une facilité de rapprochement qui pourrait faire abandonner l'action en nullité ?

Comment aussi pourrait-on faire exécuter l'arrêt ?

Ou même après son exécution comment pourrait-on empêcher une réunion au moins momentanée (3) ?

On argumente de l'article 190 qui dit que le ministère public, qui exerce lui-même l'action en nullité, *peut* et *doit faire* condamner les époux à se séparer.

L'argument n'est pas juste. La condamnation réclamée et obtenue dans le cas de l'art. 190 n'est qu'une suite d'une disposition première du jugement ou de l'arrêt, par laquelle le mariage serait annulé. C'est comme conséquence, comme

(1) Merlin, Rép., v° *Mariage* ; Vazeilles, t. 376 ; Dalloz aîné, 10. 94, n° 4.

(2) V. Toullier.

(3) V. sur cette question Toullier, t. 1, note sur le n° 565 ; et Vazeilles, t. 1, p. 377, n° 243.

exécution de la déclaration de nullité, que le juge ordonne la séparation des époux. Ce n'est pas comme mesure provisoire.

Or une telle mesure peut-elle être prise même provisoirement, par les magistrats, sans qu'aucun des époux la demande et pendant que le mariage subsiste encore?

Nous ne le pensons pas.

Que faut-il donc faire?

Ne prendre aucune mesure provisoire, laisser les époux dans leur position primitive vivre ensemble si bon leur semble, continuer une cohabitation qui est légitime tant que le mariage n'est pas annulé et qui peut conduire au désistement de la demande en nullité ou à tout autre mode de ratification expresse.

Cette tolérance ne présente pas de danger légal. Elle en prévient au contraire, puisque la femme reste sous la surveillance du mari; et si celui-ci tient au succès de son action en nullité, il évitera des rapports qui pourraient la faire échouer.

518. Nous venons de parler de ratification expresse:

Mais le mineur, quoique devenu pubère, pourrait-il en faire?

Selon les auteurs des Pandectes françaises, il ne le pourrait pas.

Ces auteurs vont plus loin. Ils pensent même qu'il y a une lacune dans l'art. 185, qui déclare que le mariage contracté par des époux avant l'âge requis, ne *peut plus être* attaqué lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que ces époux *ont acquis l'âge compétent*.

Selon eux, après ces mots *ne pourra être attaqué*, il faut suppléer ceux-ci : *par l'époux majeur*.

Cette opinion est étrange.

Elle renverserait tout le système de la loi; elle serait en contradiction et avec la lettre de l'article et avec ce que ces auteurs entendent eux-mêmes par l'*âge compétent*, qui, d'a-

près l'article, fait courir le *délai de six mois* après lequel le mariage ne peut plus être attaqué.

Ces mots *l'âge compétent* leur paraissent fort clairs. *C'est incontestablement*, disent-ils, *de l'âge compétent* pour le *mariage qu'il s'agit dans la loi ;* c'est-à-dire 18 ans pour l'homme, 15 ans pour la femme.

« Mais, ajoutent-ils, on ne comprend pas comment un mineur, un homme âgé de dix-huit ans et demi, une femme au-dessous de seize ans, pourraient être censés avoir renoncé à un droit quelconque, *avant de pouvoir intenter une action*, et avoir approuvé un engagement, un contrat, *avant d'avoir acquis la capacité de s'engager et de contracter.*

» En ajoutant aux mots *ne pourra être attaqué* ceux-ci : *par l'époux majeur*, » tout devient clair et concordant avec les saines maximes. L'*époux majeur*, qui aura continué sa cohabitation, avec le conjoint qu'il a épousé impubère, pendant six mois depuis qu'il a acquis l'âge de puberté, sera justement non recevable à former la demande en nullité.

» Quant à celui qui voudrait former cette demande sur le fondement du défaut de puberté dans sa propre personne, il aura six mois, depuis *sa majorité acquise*, pour le faire. »

Tel est le système de ces jurisconsultes. Il est en opposition avec le texte de la loi. Il est aussi contraire à son esprit.

Le texte de la loi ne parle pas de l'époux devenu *majeur*, mais seulement de celui qui a atteint l'âge *compétent* pour le mariage, et qui laisse écouler six mois après.

C'est contre l'homme âgé de dix-huit ans et six mois, contre la femme âgée de quinze ans et six mois qu'il prononce la fin de non recevoir ou plutôt la déchéance.

Ajouter au texte : *par l'époux majeur*, ce n'est pas y suppléer, ce n'est pas l'interpréter ; c'est le changer, c'est le dénaturer.

Le texte ne parle pas même de cohabitation pendant les six mois qui ont suivi la puberté ; il considère seulement le *silence*, pendant six mois, de l'époux devenu pubère. C'est

ce silence qui efface le vice du mariage ; c'est ce silence approbateur qui produit le même effet qu'un nouveau mariage contracté depuis la puberté.

L'esprit de la loi est aussi clair que sa lettre. Il nous est manifesté par l'exposé des motifs :

« Le défaut d'âge est réparable, dit l'orateur du gouvernement. Il serait donc absurde qu'il servît de prétexte pour attaquer un mariage *alors qu'il s'est déjà écoulé un délai de six mois après que les époux auraient atteint l'âge compétent.* Alors la nullité n'existe plus. *L'effet ne doit pas survivre à sa cause.* On donne un délai de *six mois*, parce que toutes les fois que la loi donne une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer. »

Quoi de plus clair? Quoi de plus positif que ces expressions de M. Portalis?

La nullité n'*existe plus* lorsque l'âge *de puberté est atteint.* *L'effet ne doit pas survivre à sa cause.*

C'est la traduction des principes qui avaient dicté, chez les Romains, la loi 4 ff. *de Ritu nupt.*, qui déclarait valable le mariage contracté en pupillarité, dès l'instant où la femme atteignait auprès de l'homme l'âge de 12 ans, *cum apud virum explesset duodecim annos.*

Si la loi nouvelle accorde six mois encore après la puberté, c'est à regret, en quelque sorte ; c'est par nécessité, et parce que la loi donnant une action, elle doit laisser un temps moral pour l'exercer.

Mais ce délai ne doit pas être long : « il ne faut pas prolonger inutilement l'incertitude des mariages et l'inquiétude des époux (1). »

Les rédacteurs du projet avaient proposé un an. Les législateurs réduisirent le délai à six mois ; mais à compter de la puberté, non de la majorité.

Au lieu de six mois, les auteurs du système voudraient

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 185 ; Merlin, Rép., v° *Mariage*, sect. 6, § 2, seconde quest. sur l'art. 185.

étendre le terme à six ans pour les femmes, à trois ans pour les hommes, et prolonger pendant ce long délai l'incertitude du mariage, les angoisses des époux.

Quelle sagesse!

Mais, disent-ils, le mineur incapable de contracter est aussi incapable d'approuver un contrat antérieur.

Soit. Appliquons, au moins, ce principe à la matière que nous considérons.

Le mineur pubère est-il incapable de contracter mariage?

Non, sans doute.

Pourquoi donc ne serait-il pas capable d'approuver un mariage antérieur?

Sa capacité pour l'approbation doit-elle être plus forte que pour la formation?

Et s'il peut se lier en employant telle forme, tel mode, pourquoi ne le pourrait-il pas pour le même objet à l'aide de telle autre forme, de tel autre mode?

Or, la capacité ne manque pas au mineur pubère pour la nature du contrat qui nous occupe, pour le mariage.

Donc, aussi, la capacité ne peut lui défaillir pour approuver, pour ratifier ce mariage qu'il avait déjà fait et qu'il eût été superflu qu'il renouvelât.

Ainsi se tournent contre leur propre système les principes invoqués par les auteurs que nous combattons.

La question qui vient d'être examinée a été jugée en thèse dans le sens indiqué par un arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1822, qui, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Pau, décida contre Marie Lomonet, qui était âgée seulement de 13 ans et 11 mois au moment de son mariage célébré en présence de ses père et mère, que l'âge compétent étant celui de la puberté, le délai de six mois fixé par la loi pour l'exercice de l'action en nullité courait du jour de la puberté, non de celui de la majorité (1).

(1) V. l'arrêt rapporté dans le Répert. de Merlin, *verbo Mariage*, sec-

Ceci nous conduit à dire que l'époux devenu pubère peut ratifier expressément le mariage qui, par six mois de silence, recevrait une ratification tacite.

Car la ratification tacite n'est qu'une présomption.

Et une déclaration explicite, une volonté hautement annoncée, formellement manifestée, ne peut valoir moins qu'un consentement implicite, qu'une approbation silencieuse, qu'une simple indication.

La ratification expresse peut être faite de plusieurs manières :

Ou par un acte dans lequel l'époux, devenu pubère, émancipé par son mariage, assisté ou même sans l'assistance de son curateur, en présence de son conjoint aussi pubère, approuverait son mariage et renoncerait à tout moyen de nullité, à celui notamment résultant de ce qu'il était encore impubère au moment de la célébration ;

Ou par tout autre contrat dans lequel, toujours depuis sa puberté, il aurait pris la qualité d'époux.

Cette ratification expresse éteindrait pour l'avenir toute action en nullité du mariage et dispenserait du délai de six mois (1).

519. La seconde contravention dont les époux peuvent se plaindre résulte de la bigamie prohibée par l'article 147 du Code civil.

Cette contravention est une des plus graves : aucune fin de non recevoir ne peut la couvrir ; aucune possession d'état ne peut l'effacer. L'extinction postérieure du premier mariage n'en éteint même pas la faute. Et l'illégalité de la seconde union subsiste toujours, doit toujours être réprimée au moins civilement, même lorsque la prescription a affranchi le coupable de la peine.

tion 6, § 2, 1re quest. sur l'art. 185 du Code civil. Le voir aussi dans le Journal de Sirey, 23. 1. 219, et dans celui de Dalloz, 21. 1. 60.

(1) Le Code hollandais dans l'art. 144 pose la même règle que celle de l'art 185 du Code Napoléon.

Pourquoi cette rigueur?

Parce que la prohibition des doubles mariages n'est pas seulement une précaution ; que c'est aussi une garantie pour l'ordre social ; « que ces mariages blessent essentiellement l'ordre public et les mœurs ; que les motifs qui les ont fait défendre conservent leur force dans tous les temps ; qu'ils obligent le législateur de se reporter toujours au principe de ces unions scandaleuses, de se souvenir sans cesse que, quand elles furent formées, l'espoir que la mort de l'époux délaissé pourrait dans la suite les rendre valables serait déjà un crime, qui peut-être conduirait à d'autres crimes plus graves encore (1). »

Aussi la nullité d'un tel mariage peut être opposée par *les époux eux-mêmes*, dit l'article 184.

Par *les époux eux-mêmes*, savoir par celui qui était engagé dans les liens d'un précédent mariage comme par son conjoint (2). »

Le bigame lui-même peut l'opposer. Car, quelqu'impur que soit l'organe qui dévoile le crime, l'intérêt de la société, celui des mœurs veulent que, dès qu'il est connu, on mette un terme au scandale d'une union illicite. Ici fléchissent les maximes : *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem ; nemo ex proprio dolo consequi potest actionem.*

La nullité doit être prononcée, parce qu'elle est d'ordre public, sauf à punir le coupable par des peines afflictives qui vengent la société, et par des dommages et intérêts civils envers l'autre conjoint sa victime s'il n'est pas son complice

Dans l'ancien droit aussi la demande en nullité pouvait être intentée par celui qui avait trompé l'autre en lui cachant un empêchement qui rendait le mariage nul (3).

(1) Locré, Esprit du Code civil.

(2) Duranton, 2. 325.

(3) V. Pothier, *du Mariage*, n° 443 ; opinion conforme de Merlin, Répert. *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 184, 1re quest.

Le nouvel époux peut aussi, et à plus forte raison réclamer cette nullité.

Il le peut s'il a ignoré le vice du contrat.

Il le peut aussi quoiqu'il l'ait connu et qu'il se soit rendu en quelque sorte complice de la faute, soit qu'il ait cru à la dissolution du premier mariage, soit qu'il y ait eu erreur de droit de sa part, soit même qu'il n'ait aucune excuse à présenter.

La possession d'état la plus longue, la plus caractérisée de l'autre conjoint n'est pas un obstacle à l'annulation du mariage, quel que soit le conjoint qui la réclame, et quelque tort qu'il ait à se reprocher.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris dans la cause de la dame Aldovrandi, qui, après avoir fait prononcer en l'an 8 un divorce illégal par l'agent du gouvernement français à Milan, avait épousé le général Kellerman et en avait eu deux enfants.

Ayant dans la suite formé une demande en séparation de corps contre ce général, celui-ci répondit par une demande en nullité de son mariage en soutenant que le divorce était illégal comme prohibé par les lois milanaises, comme ayant été, d'ailleurs, prononcé par un fonctionnaire incompétent, et en opposant l'existence du premier mariage comme n'ayant pas permis la célébration valable du second.

Ces moyens furent accueillis quoique le second mari eût pris part aux actes d'un divorce frauduleux, quoique ni le premier mari, ni le ministère public ne querellassent la validité du divorce et celle du second mariage, quoiqu'une longue possession d'état et la naissance de deux enfants eussent couvert d'une sorte de sanction l'union attaquée par le second époux; et ce mariage fut annulé par arrêt du 11 août 1817, contre lequel fut vainement tenté un pourvoi que la Section des requêtes rejeta le 25 février 1818 (1).

(1) V. les deux arrêts dans le Journal de Sirey, t. 18. 2. 30; et t. 19. 1.

520. Mais on conçoit que l'époux demandeur en nullité doive prouver l'existence légale du premier mariage, ou au moins que ce mariage existait au moment de la célébration du second. C'est là son moyen; c'est donc à lui de le justifier. *Actori incumbit probatio.*

Par un motif semblable, si l'époux défendeur en nullité, pour repousser la preuve légale de l'existence du premier mariage, alléguait lui-même sa dissolution, et qu'après des délais déterminés il n'établît pas son exception, la nullité du second mariage devrait être prononcée. *Reus fit actor excipiendo.* Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de Paris, du 2 décembre 1816, rendu dans la cause Hupé (1).

MM. Merlin et Dalloz aîné critiquent cette décision. Cependant elle paraît conforme aux principes. Une allégation non prouvée n'est rien devant la justice. Et si le fait allégué s'évanouit, comment refuser d'accueillir une demande que la loi autorise, qu'elle commande même pour mettre un terme au scandale du second mariage, et contre laquelle il ne s'élève aucun obtacle.

Il est vrai que selon M. Merlin la preuve de l'existence du premier mariage ne reposait que sur l'aveu du défendeur en nullité, et que celui-ci soutenait en même temps que ce premier mariage était nul. Il conclut de cette circonstance et de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire que l'on aurait dû soumettre le demandeur à prouver l'existence du premier mariage. Cela aurait été, il semble, plus conforme aux principes. Mais, en considérant comme constant le premier mariage, la preuve de la nullité devait être à la charge du défendeur.

521. Mais pour que l'action en nullité d'un second ma-

41; les voir aussi dans le Journal de Dalloz jeune, t. 15. 2. 139, et t. 16. 1. 129; les voir enfin dans Merlin, Rép., v° *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 184, 2e quest.

(1) Denevers, vol. de 1817. 2. 65.

riage soit admise pour cause de bigamie, il ne suffit pas de rapporter la preuve légale de la célébration du premier, il faut encore prouver que ce premier mariage subsistait encore au moment où le second s'est formé.

Si donc le premier époux est absent, il faut rapporter la preuve que ce premier époux existe encore ou existait toujours lors de la célébration du second mariage.

Au reste, suivant l'art. 139 du Code civil, il n'y a que l'*époux absent* qui puisse attaquer la nouvelle union contractée par son conjoint.

Nous avons déjà examiné cette question sur l'article 147.

Nous y avons aussi recherché si par ces mots l'*époux absent* on devait entendre non-seulement l'absent déclaré, mais encore l'absent présumé. Et nous croyons avoir démontré que ces expressions de l'art. 139 s'appliquent à ces deux classes d'absents.

La discussion qui a été agitée sur cette partie du Code fait voir que l'absent présumé ou déclaré n'est réputé ni mort ni vivant aux yeux de la loi, et que c'est à celui qui, dans l'action qu'il exerce ou dans le droit qu'il réclame, a intérêt que cet absent soit vivant à prouver que l'absent existe, comme à celui qui a intérêt à ce qu'il n'existe plus à prouver sa mort.

C'est, d'ailleurs, dans ce sens que dispose l'article 135 du Code civil.

On peut voir, au surplus, ce qui a été dit sur l'article 147 (1).

522. On doit aussi reconnaître que le conjoint d'une personne frappée de mort civile peut se remarier sans être réputé bigame. Car le premier mariage a été légalement dissous par la mort civile. Redevenu libre devant la loi, l'époux du mort civilement a le droit de contracter un nouveau ma-

(1) V. ci-dessus, titre 1er, chap. 1er, section 2.

riage sans avoir à craindre une action en nullité (1).

Aussi les Cours de Douai et de Toulouse, la première par arrêt du 3 août 1819, la seconde par un arrêt du 26 mai 1837, ont-elles déclaré valables les seconds mariages contractés par les conjoints des premiers époux morts civilement (2).

523. On a demandé si un mariage contracté en pays étranger entre une personne française et une personne étrangère pouvait être attaqué en France pour cause de bigamie ; et s'il pouvait l'être par plainte au criminel ou par action civile?

Ce mariage peut être attaqué en France par la voie civile sans nul doute, soit que le demandeur soit Français ou étranger. Car l'art. 14 du Code civil autorise les Français à traduire un étranger en France, au civil, pour l'exécution et par conséquent aussi pour la nullité des obligations par lui contractées même en pays étranger ; et l'art. 15 du même Code autorise l'étranger à traduire le Français pour les mêmes causes devant les tribunaux Français.

Mais quant à l'action criminelle les tribunaux français n'en peuvent être saisis que lorsque le mari est *Français*, la femme même étrangère devenant alors Française par le mariage. (V. art. 7 du Code d'inst. crimin.)

Nous ajouterons sur cette contravention et sur l'inceste que la prescription du crime n'éteint pas l'action civile en nullité, et que la prescription de cette action civile ne courrait d'ailleurs que du jour de la dissolution du mariage du bigame, au moins à l'égard de ses héritiers ou de ceux du conjoint, ceux-ci ne pouvant agir pendant le vie des époux. On peut voir cette question traitée dans le Répertoire de Merlin, sect. 6, § 2, sur l'art. 184, 5e question.

524. La troisième contravention qui autorise l'action en nullité provient de l'inceste.

(1) V. la dissertation de Merlin au mot *Mariage*, sect. 2, § 2, n° 3, et sect. 3, § 1, n°s 3, 4, 5.

(2) Voir ce qui a été dit sur cette question, à la sect. 5 du chap. 1er du titre 1er et les nombreuses autorités qui y sont citées.

Cette contravention, qui en ligne directe surtout annonce une corruption profonde, qui outrage la nature, qui scandalise vivement la société, devait exciter l'indignation du législateur; il devait donc ordonner la nullité de ces immorales unions et autoriser les époux eux-mêmes à provoquer cette nullité pour échapper à la honte qui pèse sur leurs têtes.

On conçoit aussi que nul motif, nulle fin de non recevoir, nulle possession d'état ne peuvent excuser ces affligeants désordres ni en couvrir le vice.

525. Il semble donc que le législateur aurait dû faire une différence entre celles que la parenté ou l'alliance directe repousse, et celles que permet la loi en ligne collatérale et qu'une simple dispense rend licites.

La raison et le sentiment sont peu disposés à flétrir un acte qu'un simple arrêté, ouvrage des ministres, suffit pour rendre honorable.

Il semble qu'une longue possession d'état eût pu équivaloir à des dispenses et qu'il n'eût pas dû être permis aux époux eux-mêmes d'attaquer un mariage qu'aurait formé, il est vrai, l'imprudence, l'erreur ou la passion, mais qu'un officier de l'État civil aurait publiquement célébré, qui aurait été reconnu par la société, qui aurait été consacré par le temps et peut être même favorisé de la naissance de plusieurs enfants.

Il semble aussi que, comme dans l'ancien droit, des dispenses même postérieures à l'acte auraient dû effacer la tache primitive.

Mais enfin la loi ne s'est pas expliquée ou plutôt ne l'a pas voulu. Il faut donc se soumettre à ses exigences et dire avec elle, en déplorant sa rigueur, que même en ligne collatérale et entre beaux-frères et belles-sœurs, oncles et nièces, le mariage est nul d'une nullité absolue, et que les époux eux-mêmes peuvent en vertu de l'article 184 demander la nullité de tous les mariages contractés par infrac-

tion, non-seulement à l'article 161, mais encore aux articles 162 et 163 du Code civil.

526. L'article 184 n'est pas le seul qui autorise expressément les époux à demander la nullité de leur mariage.

En effet, nous avons déjà vu à la section des nullités absolues que le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier de l'État civil étaient deux des causes de nullité les plus déterminantes.

Nous avons indiqué les caractères principaux de ces causes de nullité en faisant observer que la loi avait confié aux tribunaux à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

Nous savons enfin que l'article 191 autorise les époux eux-mêmes à attaquer le mariage par ces deux motifs.

527. Mais une fin de non recevoir peut faire repousser l'action. Elle est écrite dans l'article 196 du Code civil :

« Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'État civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. » Art. 196.

Isolée, chacune de ces preuves peut, dans certains cas, être contestée ;

Réunies, elles forment, au moins à l'égard des époux, un obstacle insurmontable à toute demande en nullité de leur part.

Cette fin de non recevoir est générale et absolue. Elle peut être opposée non-seulement au cas où les époux demandent la nullité du mariage pour briser leurs liens, mais encore au cas où ils ne demandent cette nullité que pour arriver à faire déclarer valable un second mariage qu'ils ont contracté. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 23 août 1826 en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Colmar (1).

Le texte de l'article 196 et les motifs qui l'ont dicté com-

(1) Sirey, 27. 1. 108.

mandaient également cette décision qui cependant a été vivement controversée.

Que des tiers ne soient pas obligés de se contenter d'un acte de mariage, s'il est irrégulier, ils le peuvent sans mauvaise foi.

Mais que des époux dont l'intention de s'unir est attestée par un acte quelconque quoique vicieux ; que des époux, qui ont confirmé cette intention en se donnant mutuellement le nom de mari et femme, se prévalent de quelques défauts de forme qui, d'ailleurs, sont de leur fait, pour nier la foi jurée, pour rompre un nœud en soi indissoluble, c'est un scandale et une perfidie que la loi ne peut pas favoriser (1).

Cette exception protectrice a été appliquée par plusieurs arrêts aux mariages contractés par un Français en pays étranger, sans publications préalables en France quoiqu'elles soient impérieusement prescrites par l'artiele 170 comme étant indispensables pour donner au mariage la publicité prescrite dans l'ancien domicile du Français. C'est ce qu'ont jugé notamment deux arrêts de la Cour de cassation, des 12 février 1833 et 25 février 1839, et un arrêt de la Cour de Paris, du 13 juin 1836 (2).

528. Mais s'il est des mariages qui, malgré quelques irrégularités de forme, sont dignes de la bienveillance du magistrat, parce qu'ils ont été sanctionnés par un officier de l'Etat civil, et parce qu'une longue possession d'état les a consacrés, il ne faut pas les confondre avec ces unions illégales auxquelles aucun officier de l'Etat civil n'aurait imprimé le sceau légal, qui ne seraient que l'œuvre informe de tout autre fonctionnaire ou d'un homme sans caractère, dont l'exécution ne présenterait que l'image trompeuse de la vraie possession d'état, et dont les vices radicaux qu'aucun des époux ne pouvait, ne devait ignorer, ne pourraient

(1) Locrè, Esprit du Code civil sur l'art. 196.

(2) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 33. 1. 175; t. 39. 1. 187; t. 36. 2. 297.

pas être effacés par une cohabitation illicite quelque longue qu'elle pût être.

De tels mariages peuvent être annulés sur la demande même de l'un des époux. Nous en avons donné quelques exemples dans la section 1re du précédent chapitre.

529. Il ne faut pas aussi tirer des termes de l'art. 196, la conséquence qu'il peut y avoir lieu à la demande en nullité lorsqu'il n'y a pas de possession d'état. Car de ce que l'article repousse la demande en nullité de la part des époux respectivement, lorsqu'il y a les deux conditions réunies, *titre* et *possession d'état,* il ne s'ensuit pas que si la possession d'état manque, le mariage soit nul. Un tel argument serait l'argument *à contrario* le plus vicieux de tous les raisonnements. Sans qu'il y ait même possession l'acte de célébration n'en prouve pas moins le mariage; seulement le mariage a été tenu secret.

Or nous avons prouvé plus haut, en indiquant les différences notables qui distinguent le mariage clandestin du mariage seulement secret, que si le premier était nul le second était valable (1).

Article II.

Des demandes en nullité de la part des père et mère, des ascendants et de tous ceux qui y ont intérêt.

SOMMAIRE.

530. *Les ascendants peuvent agir en nullité s'ils y ont intérêt.*

531. *Quel est le genre d'intéret qui autorise l'action?*

532. *A quelle époque le mariage nul peut-il être attaqué par les parents collatéraux ou les enfants d'un autre lit?*

533. *Fin de non recevoir contre les actions des ascendants et de la famille.*

(1) V. les Pandectes françaises sur l'art. 196.

534. *Le mariage peut-il être attaqué par des tiers intéressés, et à qu'elle époque?*
535. *Le premier époux du bigame peut l'attaquer du vivant de celui-ci.*
536. Quid *si le premier mariage est contesté?*

530. L'article 184, qui autorise les demandes en nullité de la part des tiers, ne parle pas expressément des ascendants dans la désignation des personnes qui peuvent agir.

Cependant cette action leur appartient aussi. Ils sont compris dans l'expression générale qui l'attribue à tous ceux qui y ont intérêt.

531. Mais quel sera l'intérêt qui autorisera de leur part une telle action?

Sera-ce un intérêt moral, un intérêt d'honneur, ou un intérêt matériel, un intérêt d'argent?

Les auteurs sont divisés sur cette question.

Le rapprochement des art. 184 et 191 a fait penser à quelques-uns que, du silence gardé sur les ascendants dans l'art. 184, tandis qu'ils étaient expressément désignés dans l'art. 191, l'on devait conclure que, sans un intérêt *né et actuel*, c'est-à-dire un intérêt matériel, ils n'avaient pas le droit de demander la nullité du mariage pour les cas prévus par l'art. 184, c'est-à-dire pour défaut d'âge compétent, pour bigamie, pour inceste; et que cette action ne leur était accordée que s'il y avait eu absence de publicité et incompétence de l'officier public, comme le déclare l'art. 191.

Si cette dernière opinion était vraie il faudrait reconnaître que la distinction faite par le législateur aurait été irréfléchie. Car les causes de nullité signalées par l'art. 184, surtout la bigamie et l'inceste, sont bien plus graves, bien plus attentatoires aux mœurs, à l'honneur de la famille, à l'ordre social même, que l'omission de quelques formalités ou que l'incompétence plus ou moins équivoque d'un officier public.

Mais le législateur n'a pas commis cette déplorable erreur.

Son silence sur les ascendants dans l'art. 184 s'explique facilement ; et des articles postérieurs manifestent clairement son intention.

Le projet du Code civil donnait aux ascendants le droit d'attaquer un second mariage contracté avant la dissolution du premier. La Section de législation du Conseil d'État, en proposant une rédaction différente, leur conserva expressément ce droit et sa rédaction fut même adoptée.

Cette rédaction fut ensuite changée, et l'art. 184 y fut substitué avec ses termes généraux qui, sans désigner spécialement les ascendants, déclarent que *le mariage peut être attaqué par tous ceux qui y ont intérêt*.

Rien n'indique, d'ailleurs, dans les procès-verbaux des discussions du Conseil d'État, quelle a été la cause de l'omission.

Il est vraisemblable que le rédacteur de l'article considéra les droits des ascendants comme suffisamment maintenus par l'expression générale *tous ceux qui y ont intérêt*, et que s'ils ne furent pas taxativement nommés, c'est parce que cela parut inutile, peut-être même pour éviter des redites, et pour varier la rédaction comme en sont jaloux quelques écrivains.

On ne concevrait pas, d'ailleurs, que par un changement subit de volonté, le législateur eût privé les ascendants d'un droit aussi important, et qu'il n'eût pas même indiqué les motifs de ce changement. Et puisque le texte de la loi est muet, que les procès-verbaux ne s'expliquent pas davantage, on doit penser que l'intention primitive du législateur est restée la même et qu'il a voulu que l'action en nullité appartînt aux ascendants comme y ayant intérêt.

L'article ne dit pas quel genre d'intérêt autorise l'action.

Or les ascendants ont un intérêt d'affection, un intérêt d'honneur, un intérêt de direction qui leur permet, qui leur commande même de veiller à ce que le fils de famille ne se dégrade pas dans une union illicite, et qui doit leur conférer le droit de provoquer la dissolution d'un mariage dont l'exis-

tence est un outrage permanent pour la morale et pour la loi (1).

La famille du mineur, à défaut d'ascendants, doit avoir aussi la faculté d'exercer l'action en nullité, parce que la loi lui a confié la direction du mineur, parce qu'elle est chargée de veiller sur lui et de le défendre malgré lui-même contre la faiblesse de son âge, son inexpérience, l'égarement de ses passions, et qu'il est de son intérêt de remplir un devoir que la loi lui a imposée et de ne pas s'exposer au blâme général qu'une coupable négligence lui mériterait (2).

532. Au reste l'esprit de l'art. 184 se reconnaît à la distinction qu'établit l'art. 187 entre l'intérêt moral ou d'honneur et l'intérêt matériel ou d'argent.

Voici les termes de cet article :

Art. 187. « Dans tous les cas où, conformément à l'art. 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. »

Pourquoi les parents collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage ne peuvent-ils pas attaquer le mariage du vivant des deux époux ? C'est que pendant leur existence l'intérêt de ces parents collatéraux, l'intérêt de ces enfants n'existe pas ; c'est que cet intérêt ne s'ouvre qu'à la mort de celui des deux époux auquel ils doivent succéder ; aussi l'article ajoute-t-il, *mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ;* ce qui signifie lorsque sera ouverte la succession qu'ils auront à recueillir, en sorte que les héritiers collatéraux ou descendants du prémourant seul des deux époux pourront alors attaquer le mariage pour ne pas être privés de leurs

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 184, 2e subdivision, no 1, et sur l'art. 187, 1re subdivision, no 5 ; opinion conforme de Merlin, Répert., vo *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 186.

(2) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 184, *ibid.*

droits, en faveur de l'autre époux ou des enfants nés de ce mariage illicite.

Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 187, l'intérêt matériel est le seul qui confère le droit.

Mais pourquoi la disposition n'est-elle pas appliquée aux ascendants qui, cependant, comme les parents collatéraux succèdent, et même leur sont souvent préférés à défaut de descendants? (V. les articles 746 et suivants.)

Pourquoi? C'est que leur intérêt matériel n'est pas le seul qui ait fixé l'attention du législateur. C'est que leur intérêt moral, leur intérêt d'affection et d'honneur a surtout été considéré, et qu'en leur conférant une action en répression d'un mariage scandaleux on n'a pas entendu en limiter l'exercice aux besoins d'une misérable spéculation, on a voulu l'étendre à tout ce qu'exigeraient une tendresse non suspecte et une sollicitude paternelle pour le bonheur, pour la considération de la famille et de l'enfant lui-même; bonheur, considération qui seraient nécessairement flétris par le scandale d'un mariage que l'opinion publique réprouverait. On a voulu, en un mot, investir le magistrat domestique, dans l'intérêt de la famille, du même pouvoir que l'on attribuait, dans l'intérêt de la société, au magistrat préposé à la conservation de l'ordre social, au ministère public.

Ces réflexions puissantes feraient, il semble, moins d'impression en les appliquant au cas prévu par l'art. 191. Des ascendants peuvent ne pas éprouver eux-mêmes, ou ne pas faire croire en eux un intérêt bien pressant, bien réel, à attaquer un mariage pour défaut de publicité ou pour incompétence de l'officier public. Les tribunaux, en se fixant sur la lettre de la disposition finale de l'art. 191 qui *exige un intérêt né et actuel*, auraient pu ne pas reconnaître l'existence de cet intérêt et rejeter leur action.

Sous ce rapport il était utile, il était même nécessaire, puisqu'on voulait leur attribuer le droit, de l'exprimer for-

mellement dans l'art. 191, quoique l'expression n'eût pas paru nécessaire dans l'art. 184.

Toutes ces observations nous conduisent à dire que la nullité du mariage peut être réclamée par les ascendants de l'époux même majeur, et par la famille de l'époux mineur et orphelin, pour cause de bigamie ou d'inceste.

Telle est aussi l'opinion de la majorité des auteurs (1).

Mais nous pensons avec Toullier que ce droit n'appartiendrait pas à tous les ascendants concurremment; qu'ils ne pourraient en user que graduellement et à défaut les uns des autres comme du droit d'opposition.

Nous ferons, au reste, remarquer que si les ascendants n'agissaient pas eux-mêmes ils pourraient dénoncer la bigamie ou l'inceste au ministère public dont le devoir serait d'agir aussitôt qu'il aurait connaissance des faits.

533. Une fin de non recevoir peut être opposée aux ascendants et à la famille qui demandent la nullité d'un mariage contracté avant l'âge compétent. Elle est écrite dans l'art. 186.

Art. 186. « Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti un mariage contracté dans le cas de l'article précédent (avant l'âge compétent) ne sont pas recevables à en demander la nullité. »

Il était juste « de refuser l'action dans l'hypothèse dont » il s'agit aux pères, mères, ascendants et à la famille, » s'ils ont consenti au mariage *avec connaissance de cause.* » Il ne faut pas qu'ils puissent se jouer du mariage après » s'être joués des lois (2).»

S'ils avaient ignoré le vice, ils pourraient demander la nullité du mariage, leur consentement effet de l'erreur étant nul. *Non videntur qui errant consentire.*

(1) Delvincourt sur l'art. 187, n° 2, p. 324; Merlin, Répert., v° *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 187, 2e quest.; Dalloz aîné, t. 10, p. 93, n° 9; Vazeilles, t. 1, n° 218; *contrà*, Duranton, t. 2, n° 328; Toullier, t. 1, n° 577.

(2) Exposé des motifs, Portalis, procès-verbal du 19 ventôse an 11.

En autorisant les ascendants à provoquer la nullité d'un mariage qui n'a pas été contracté publiquement et devant l'officier public compétent, la loi ne fixe aucun terme à leur action.

Mais s'ils avaient connu ce mariage, s'ils l'avaient approuvé, s'ils avaient dans divers actes authentiques ou privés donné le titre d'époux aux personnes ainsi irrégulièrement unis, s'ils avaient traité avec eux en cette qualité, s'ils les avaient vus jouir publiquement de ce titre et d'une possession d'état non équivoque, si surtout ils avaient concouru eux-mêmes par leurs relations ostensibles avec les deux époux à donner à cette possession d'état la plus grande publicité, seraient-ils admissibles à contester aux époux un état qu'ils auraient eux-mêmes, en quelque sorte, consacré par des actes géminés d'une approbation constante ?

Cela ne serait pas juste. On devrait leur appliquer, et avec bien plus de raison encore, la fin de non recevoir admise dans l'affaire Mirrotte contre des héritiers collatéraux, qui, pour de semblables causes, demandaient la nullité d'un mariage qu'ils avaient connu et approuvé soit pendant la vie soit même après la mort de leur parent.

L'arrêt est du 10 mars 1824. Il rejette le pourvoi contre une décision de la Cour de Liége (1).

Cet exemple doit servir de règle dans l'appréciation d'une demande en nullité pour une cause qui intéresse moins la morale publique que l'observation exacte et rigoureuse des formalités prescrites pour les mariages.

L'omission de ces formalités, l'incompétence même de l'officier public peuvent quelquefois provenir de l'erreur ou de l'ignorance ou d'une négligence plus imprudente que coupable. Il y aurait dureté à la punir autant que le crime de bigamie ou d'inceste, en annulant le mariage et en frappant d'illégitimité les malheureux enfants qui en seraient le fruit.

(1) Dalloz jeune, t. 2, p. 700; Dalloz aîné, Jurisp. gén., t. 10, p. 105.

Si, d'après l'article 193 du Code civil, les magistrats peuvent être indulgents pour les époux dans l'appréciation des contraventions aux règles de publicité et de compétence prescrites par l'art. 165 du Code civil, ils doivent aussi se montrer bienveillants en leur faveur dans l'examen des actes et des faits approbatifs émanés de ceux-là même qui attaquent une union sanctionnée par une longue possession d'état.

Cependant si aucun fait approbatif ne se présentait, si la possession d'état était isolée et si le vice reproché au mariage était radical, comme le serait, par exemple, le défaut de concours de tout officier public à l'acte de célébration, on devrait annuler cette union que la loi n'aurait pas formée et qu'elle ne pourrait pas reconnaître. La possession d'état ne couvre pas l'incompétence du fonctionnaire public (1).

La possession d'état, si puissante entre les deux époux lorsqu'elle est appuyée d'un acte de célébration même irrégulier, est sans force contre les tiers si la publicité prescrite n'a pas été observée.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Montpellier, par arrêt du 15 janvier 1839, qui annule un mariage contracté par un Français en pays étranger mais sans publications préalables en France (2).

Sans admettre complètement la doctrine de l'arrêt sur la nécessité des publications préalables en France pour un mariage qui serait contracté régulièrement à l'étranger, on doit reconnaître que, d'après les articles 195 et suivants du Code, la seule possession d'état ne peut suffire à l'époux pour se défendre contre ceux qui lui dénient cette qualité.

(1) V. l'opinion conforme de Merlin, Répert., v° *Mariage*, sect. 6, § 3, sur l'art. 191 et les arrêts qu'il cite.

(2) Sirey, 39. 2. 246; Merlin, Répert., v. *Mariage*, sect. 6, § 3, sur l'art. 191, 2e quest.

Nous avons développé ce principe en traitant des preuves du mariage (1).

Mais cette possession d'état suffirait aux enfants des époux contre les attaques des héritiers naturels de ceux-ci. (V. C. civ., art. 320.)

534. Quant aux tiers auxquels les art. 184 et 191 permettent de demander la nullité du mariage, *s'ils y ont intérêt*, il faut distinguer les héritiers de ceux qui ne le sont pas ou qui n'agissent pas en cette qualité.

Les héritiers ne peuvent attaquer le mariage qu'après la mort de celui des époux auxquels ils succèdent.

C'est ce que déclare textuellement l'art. 187, en disant que l'*action en nullité ne peut être intentée par les parents collatéraux ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des époux* : ces derniers mots doivent s'entendre distributivement, c'est-à-dire que l'action, interdite lorsque les époux vivent l'un et l'autre, est ouverte aux successibles de chacun d'eux à son décès. Le sens de la disposition est fixée par la fin de l'article, *mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt net et actuel*.

Ces dernières expressions, qui sont répétées dans l'article 191, excluent aussi les parents collatéraux du droit d'attaquer le mariage avant la mort de l'époux dont ils sont héritiers. Car c'est alors seulement que naissent leurs droits. *Non est hæreditas viventis*.

C'est, en effet, sur leur intérêt pécuniaire seul qu'est fondée l'action que la loi leur réserve. « L'espérance d'accroître leur patrimoine ou leur fortune est le seul mobile de leur démarche ; cette espérance seule les anime. Ils n'ont aucune magistrature domestique à exercer sur des individus qui ne sont pas confiés à leur sollicitude. Ils ne doivent donc pas être admis à troubler un mariage uni et paisible. Ils ne doivent et ne peuvent se montrer que lorsqu'il s'agit

(1) Répert. de Merlin. sect. 5, § 2, sur l'art. 194, n° 11.

de savoir s'ils sont exclus d'une succession par des enfants légitimes ou s'ils sont fondés à contester l'État de ces enfants et à prendre leur part dans cette succession. *Hors de là point d'action* (1).»

On conçoit qu'une telle action dirigée par un tel mobile ne peut exciter beaucoup d'intérêt. C'est aussi ce que déclare le même orateur.

« En thèse, des collatéraux ou des héritiers avides sont » écoutés peu favorablement. Ils n'ont en leur faveur, ni le » préjugé de la nature, ni l'autorité de la loi (2). »

Ce langage des législateurs fait voir avec quelle sévérité on doit examiner les réclamations de ces héritiers collatéraux qui, mus par un sentiment de cupidité, tentent d'avilir une union long-temps respectée, long-temps reconnue légitime, et de dépouiller de malheureux enfants d'un titre honorable et de la fortune de leur père.

Si les vices les plus saillants ne peuvent être opposés au mariage, il devra, sans doute, être maintenu.

Les fins de non-recevoir qui s'élèveraient légalement contre une réclamation peu équitable devront être saisis avec empressement.

Les preuves de la validité du mariage devront être accueillies avec intérêt.

Et en l'absence même de ces preuves la possession constante de l'état d'enfant légitime devra suffire pour repousser l'action. (Code civil art. 320.)

Les enfants pourraient aussi opposer aux héritiers collatéraux les actes de reconnaissance de leur qualité qui seraient émanés de ces héritiers, lors même qu'ils auraient été faits dans une autre contestation judiciaire. C'est ce qui a été jugé dans un cas analogue par un arrêt de cassation, du

(1) Portalis, Exposé des motifs; Locré, Législ. civ. et commerciale, t. 4, p. 513, et Esprit du Code civil.

(2) Exposé des motifs, *ibid.*

13 avril 1820, que rapporte et que censure, il est vrai, Merlin, Répertoire, v° *Mariage*, sect. 5, § 2, n° 12.

Cependant quelque peu d'intérêt qu'inspirent les héritiers collatéraux, la loi leur doit du moins une stricte justice; et la stricte justice qui est, pour tous et sur les intérêts les moins dignes de faveur, de droit rigoureux et indispensable, ne permet pas que le patrimoine d'une famille puisse être envahi par des individus qui y seraient réellement étrangers (1).

Cette stricte justice dont ne doivent jamais s'écarter les magistrats a fait prononcer la nullité pour cause de bigamie d'un second mariage de la dame Champeaux-Grammont avec le sieur Cardon, mariée d'abord avec un sieur Millet. Cette dame avait fait prononcer la nullité de ce mariage, pour cause de contrainte, par une officialité russe. Elle avait épousé en Russie le sieur Cardon, français comme elle. Deux enfants existaient de cette seconde union. Après la mort du sieur Cardon, ses héritiers collatéraux prouvèrent que la cause de la contrainte avait été frauduleusement supposée; que, d'ailleurs, il n'y avait pas eu de divorce; qu'ainsi le premier mariage avait toujours subsisté. Ces moyens firent impression; en conséquence le second mariage fut déclaré nul et sans effet par la Cour de Rouen. Un pourvoi fut formé, mais il fut rejeté le 13 août 1836.

La défaveur des actions des collatéraux et la combinaison de l'art. 184 avec les art. 144, 147, 161, 162, 163, 191 et 148 ont fait décider que les collatéraux n'étaient recevables à attaquer les mariages de leurs parents que lorsqu'ils y étaient formellement autorisés par la loi. Arrêt du 9 janvier 1821. Cassat., Sirey, 21. 1. 157.

Cependant la même Cour a décidé par arrêt du 22 juin 1819, 1° que l'intérêt d'empêcher les enfants issus du ma-

(1) Discours du tribun Bouteville, Législ. civ. et commerciale, t. 4, p. 560.

riage de prendre le nom de la famille suffisait pour donner à un parent collatéral le droit d'en demander la nullité ; 2° que la nécessité d'un intérêt né et actuel ne s'appliquait pas au cas où dans l'absence de l'acte de célébration on soutenait que le mariage n'avait pas eu lieu. (Sirey, 19. 1. 438.)

Outre les époux, les ascendants et les héritiers auxquels appartient l'action en nullité du mariage, il peut y avoir d'autres personnes intéressées à l'attaquer soit du vivant des époux soit après leur mort. Les articles 184 et 191 le supposent puisqu'ils accordent généralement ce droit à tous ceux qui y ont intérêt.

Mais ces articles ne s'expliquent ni sur les personnes ni sur le genre d'intérêt qu'elles peuvent invoquer.

Cet intérêt ne peut être qu'un intérêt de propriété ou de droits qui seraient froissés par des droits contraires qu'un mariage légal pourrait produire sur les biens de l'un des époux en faveur de l'autre.

Ainsi un créancier qui se trouverait privé par une donation contractuelle de biens présents et par la priorité d'une hypothèque légale, du gage que paraissaient lui offrir les biens de son débiteur, ce créancier, si l'existence ou la validité du mariage lui était suspecte, pourrait en demander la nullité dans son intérêt particulier. Il le pourrait pendant la vie comme après le décès de son débiteur. La loi l'y autoriserait. La validité de ses titres serait la seule mesure de l'admissibilité immédiate de son action ; et son succès dépendrait de l'absence des preuves du mariage et de sa légitimité.

On conçoit cependant qu'une telle attaque ne devrait être accueillie qu'avec beaucoup de circonspection.

535. Parmi les personnes qui peuvent attaquer un mariage pendant la vie même des conjoints, il en est une dont la demande doit être écoutée avec faveur ; c'est un premier époux abandonné par le bigame.

Les art. 188 et 189 règlent le mode de son action.

« L'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité du *vivant même* de l'époux qui était engagé avec lui. » Art. 188.

Cette action et le moment de son exercice ne pouvaient être l'objet de la moindre contradiction ; « car c'est précisément l'existence du premier lien qui fait la nullité du second ; et le plus grand profit de la demande en nullité est, dans ce cas, de faire disparaître le second mariage pour maintenir et venger le premier (1). »

536. Si l'existence et la validité du premier mariage sont reconnues ou justifiées, l'annullation du second doit être prononcée sur le champ et le premier époux réintégré dans ses droits.

Mais si l'on conteste le premier mariage, il faut d'abord faire juger cette difficulté.

» Dans le concours de deux mariages, dit aussi le même orateur, si l'époux délaissé peut attaquer le second comme nul, ceux qui ont contracté ce second mariage peuvent également arguer le premier de nullité : ce qui est nul ne produit aucun effet. Un premier mariage non valablement contracté ne peut donc légalement motiver la cassation d'un second mariage valable : conséquemment la question élevée sur la validité du premier mariage suspend nécessairement le sort du second. Cette question est un préalable qu'il faut vider avant tout (2). »

Ces idées étaient justes ; elles ont dicté la règle écrite dans l'art. 189.

« Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement. » Art. 189.

La sagesse de cette règle la fait appliquer même en matière criminelle ; et l'on décide que la nullité d'un pre-

(1) Portalis, Exposé des motifs.
(2) Portalis, *ibid.*

mier mariage doit être préalablement jugée, quand elle est proposée devant les tribunaux criminels par un prévenu de bigamie, comme elle doit l'être en matière civile quand il s'agit simplement de nullité de mariage; ainsi décidé par cinq arrêts de cassation des 19 pluviôse an 12, 2 avril 1807; 15 novembre 1807, 8 avril 1811, 22 juillet 1811 (1).

ARTICLE III.

Du ministère public dans les actions en nullité.

SOMMAIRE.

537. *L'action du ministère public doit être circonspecte.*
538. *Dans quel cas est-il tenu d'agir?*
539. *Dans quel cas en a-t-il seulement la faculté?*
540. *Pour le défaut d'âge l'action du ministère public est soumise aux mêmes exceptions que celle des époux.*
541. *Elle devrait même cesser à la puberté.*
542. *Pour la bigamie il faut qu'elle soit notoire et sans possession prolongée.*
543. Quid *si le bigame oppose la nullité du premier mariage?*
544. *Le ministère public doit agir contre les mariages prohibés entre parents et alliés, même entre oncles et nièces.*
545. *Même quoique ces mariages aient été contractés à l'étranger.*
546. *L'action cesse quand un des époux est décédé.*
547. *Le ministère ne peut, par voie d'action, faire déclarer un mariage valable.*
548. *Le ministère public n'a pas d'action contre le second mariage d'une veuve qui n'avait pas dix mois de veuvave.*
Ni contre celui contracté par des divorcés avant 3 *ans; ni contre celui de deux époux divorcés qui se remarient entre eux; ni contre celui de l'adultère et de son complice.*
549. *Il ne peut attaquer le mariage d'un mort civilement.*

537. Comme gardien des mœurs, comme vengeur de tous les désordres qui attaquent la société, le ministère pu-

(1) Journal de Sirey, t. 4, 2. 90; 7. 2. 129; 13. 1. 388, 389 et 390.

blic est appelé par son institution même à faire valoir les nullités absolues, c'est-à-dire celles qui sont établies pour le maintien de l'ordre et de la morale. (Locré, Esprit du Code civil.)

L'objet de ce magistrat doit être de faire cesser le scandale des mariages infectés de quelqu'une de ces nullités et de faire prononcer la séparation des époux.

Mais la censure qui lui est confiée ne doit pas recevoir « une étendue qui la rende oppressive et qui la fasse dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même (1). »

Telles sont les considérations qui doivent diriger le ministère public dans l'exercice de l'action que la loi lui attribue.

Il est toujours partie jointe dans les demandes en nullité de mariage.

Mais il ne peut agir par action principale que dans les cas prévus par les art. 184 et 191.

538. La loi a indiqué les nullités qui doivent exciter son attention afin de ne pas laisser à l'arbitraire un discernement qui touche de si près à la tranquillité des familles.

D'après le projet de la Commission l'action du ministère public était purement facultative quelle que fût la nullité.

Dans la rédaction définitive on a imposé un devoir et l'on a laissé une faculté au ministère public selon la nature des différentes nullités. Ainsi pour les nullités qui vicient le mariage dans son essence même, telles que celles qui résultent du défaut d'âge, de l'existence d'un premier mariage, de la parenté ou de l'alliance aux degrés prohibés, la loi pres-

(1) Portalis, Exposé des motifs.

crit au ministère public de réclamer. Son ordre est formellement écrit dans l'art. 190.

Art. 190. « Le procureur du roi, dans tous les cas auquel s'applique l'art. 184 et sous les modifications portées en l'art. 185 *peut* et *doit* demander la nullité du mariage, *du vivant des deux époux*, et les faire condamner à se séparer. »

Peut et *doit* : expressions qui non-seulement lui attribuent la faculté d'agir, mais encore qui lui commandent l'action.

539. Mais, s'il s'agit d'un mariage qui n'aurait pas été contracté avec la publicité voulue par la loi et devant l'officier compétent, le législateur semble (ainsi du moins nous le persuadent de sages conseils donnés par d'Aguesseau), laisser à la prudence du magistrat de peser ce que l'intérêt des mœurs et la paix des familles pourraient exiger de son ministère.

« Toujours est-il que, dans le cas des mariages qui offen-» sent ouvertement les mœurs, la loi dit : « Le commissaire du gouvernement *peut* et *doit* intervenir et réclamer » et que, dans le cas de l'article 191 relatif au défaut de publicité et de présence de l'officier public compétent, la loi dit seulement : « Le mariage *pourra* être attaqué (1). »

540. Si la nullité reprochée au mariage résulte du défaut d'âge, l'action du ministère public cesse dans les deux cas prévus par l'article 185, c'est-à-dire 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que les époux ont atteint l'âge compétent pour le mariage ; 2° lorsque, même avant l'échéance de ce délai, la femme est devenue enceinte.

C'est ce que déclare l'article 190 qui ne charge le procureur du roi de demander la nullité du mariage que sous les modifications exprimées en l'article 185.

541. Il semble même que le droit devrait être plus restreint encore et qu'il devrait disparaître dès l'instant où l'âge compétent est atteint par les époux.

(1) Discours du tribun Bouteville.

Quels sont, en effet, les motifs de cette nullité?

La faiblesse de l'âge des époux, la présomption que leur mariage ne peut atteindre le but indiqué par la nature et par la loi, la crainte de l'altération de leur organisation physique.

Mais ces motifs n'existent plus lorsque l'âge de la puberté est arrivé; alors il y a présomption légale que les époux sont aptes au mariage; car s'ils n'étaient pas unis déjà ils pourraient contracter une union légale.

Pourquoi donc lorsqu'ils gardent eux-mêmes le silence serait-il permis au ministère public d'attaquer leur mariage?

Il pouvait l'attaquer avant la puberté; s'il ne l'a pas fait alors pourquoi lui accorder après, un nouveau délai de six mois qui pouvait être nécessaire aux époux pour réfléchir, sur leur position mais dont rien n'indique la nécessité pour le ministère public?

Pourquoi ne pas le priver désormais d'une action qui, suivant le droit romain, suivant l'ancien droit français, n'appartenait même plus aux époux dès qu'ils avaient atteint l'âge de la puberté? Et à quoi servirait une action intentée d'office et que les époux pourraient, il semble, paralyser en se réunissant pour déclarer devant la justice qu'ils entendent rester unis, une action d'autant plus insignifiante et inutile que le lendemain même du jour où elle aurait été accueillie les époux pourraient contracter entre eux un nouveau mariage?

Ces observations sont soumises à la méditation des jurisconsultes et des magistrats; elles doivent, il semble, faire donner à l'article 190 une interprétation plus large que la lettre ne l'indique.

Dans tous les cas, lors même que l'action du ministère public serait exercée après la puberté et dans les six mois, bien plus, lors même qu'elle serait exercée avant la puberté, si la femme se déclarait enceinte ce serait bien à elle, sans doute, à prouver le fait comme l'enseignent MM. Ortolan et

Ledeau, dans leur Traité sur le ministère public en France. Mais comme nous l'avons dit relativement à l'action exercée par l'autre époux, pour éviter des vérifications souvent incertaines, toujours outrageantes pour une jeune femme, il faudrait surseoir à la décision jusqu'à ce que l'évènement pût démentir ou justifier la déclaration.

542. Nous avons vu par l'exposé des motifs que, suivant l'esprit de la loi, le ministère public ne doit pas attaquer le mariage pour bigamie si le délit n'est notoire et s'il n'a pas été mis par une longue possession à l'abri des recherches des magistrats. C'est aussi ce qu'enseignent les auteurs (1).

Cependant malgré une possession ancienne, si la bigamie était notoire, s'il y avait scandale, le ministère public devrait agir.

Mais si l'époux, au préjudice duquel le nouveau mariage est contracté, est absent déclaré ou même seulement présumé, l'action du ministère public n'est pas admissible parce qu'il n'est pas suffisamment prouvé que l'absent existe ou qu'il existât au moment du mariage. Cet absent seul pourrait attaquer le mariage par lui ou par un fondé de pouvoirs. (Code civil, art. 139.)

543. Si pour se défendre de l'action qui leur est intentée, les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, cette question préjudicielle doit d'abord être jugée ; elle doit l'être contre le premier conjoint, et le ministère public ne peut assister à l'instance que comme partie jointe ; il n'a pas qualité pour interjeter appel du jugement qui annule le premier mariage (2).

La raison en est simple. Le jugement qui prononce la nullité du premier mariage fait disparaître le délit de bigamie. L'ordre public n'est plus intéressé, le scandale cesse et avec lui l'action du ministère public.

Mais si, sur l'appel du premier époux, il y avait infirmation

(1) Dalloz aîné, t. 10. 91, n° 4 ; Ortol.
(2) Ortol., 1. 170

et que le premier mariage fût déclaré valable, l'action du ministère public renaîtrait.

544. Le mariage entre parents et alliés au degré prohibé donne aussi ouverture à l'action du ministère public. La possession ancienne ne doit pas paralyser cette action. Car il n'en est pas de ce cas comme de celui de la bigamie qui peut être douteuse. Si la parenté ou l'alliance au degré prohibé est connue, par cela même il y a scandale, et le délit doit être réprimé.

La faculté qu'auraient eue les époux d'obtenir des dispenses ne doit pas être pour le ministère public un motif de ne pas agir contre les mariages des beaux-frères et des belles-sœurs, des oncles et des nièces. On voit, en effet, en combinant les articles 162, 163, 184 et 190, qu'avant la loi du 8 mai 1816 qui a autorisé les dispenses pour le mariage des beaux-frères et des belles-sœurs l'autorisation existait pour celui des oncles et des nièces; que cependant, si des dispenses n'étaient pas obtenues, le mariage était nul entre les parents de ces degrés comme entre ceux d'un degré plus rapproché, et qu'ils étaient tous également compris dans l'ordre de les attaquer donné par l'article 190 au procureur du roi.

Il en doit être de même aujourd'hui pour tous les cas où des dispenses peuvent être obtenues; si cette faveur a été négligée l'union est un délit, et le mariage doit être annulé, sauf à obtenir ensuite des dispenses et à le renouveler.

545. Le mariage, fait sans dispenses du gouvernement, même en pays étranger, entre un beau-frère et une belle-sœur français, peut-être attaqué par le procureur du roi quoiqu'il n'ait pas reçu de publicité en France par la transcription sur les registres de l'État civil, aux termes de l'article 171, et quoiqu'aucun acte des deux époux n'annonce l'intention de se prévaloir du mariage pour régler leur état civil et celui de leurs enfants. Ainsi décidé le 8 novembre

1814 par la Cour de cassation qui a cassé un arrêt contraire de la Cour de Colmar (1).

L'action en nullité, attribuée au ministère public dans les cas prévus par les articles 184 et 191, lui donne évidemment aussi le droit d'interjeter appel des jugements qui rejetteraient son action. Trois arrêts l'ont ainsi jugé, savoir : le premier de la Cour de Pau, le 28 janvier 1808; le second de la Cour de Bruxelles, le 3 août 1808; le troisième de la Cour d'Agen, le 14 janvier 1808 (2).

Si le jugement qui rejette l'action est signifié au procureur du roi, il ne jouit que du délai ordinaire de trois mois.

Si le jugement n'est signifié qu'aux parties intéressées le délai d'appel ne court pas contre lui.

546. Le droit, conféré au procureur du roi d'attaquer un mariage pour une des causes prévues par les art. 184 et 191, n'existe plus dès que l'un des deux époux est décédé; car l'attentat aux mœurs et à l'ordre public, qui donnait naissance à l'action, disparaissant avec sa cause, le droit conféré au magistrat doit aussi disparaître, puisque son but unique était de faire cesser le scandale en réprimant le délit.

Aussi l'art. 190 déclare-t-il que, si le ministère public *doit* demander la nullité, c'est du vivant des deux époux; et quoique l'art. 191 ne rappelle pas cette circonstance, les mêmes motifs doivent faire appliquer la même règle aux cas prévus par ce dernier article. L'intérêt public ne souffrant plus, c'est à l'intérêt privé seul à agir si bon lui semble, pour empêcher, s'il y a lieu, les effets du mariage après sa dissolution.

Mais dans le cas de bigamie la mort du premier époux ne détruit pas l'action du ministère public, parce que le ma-

(1) S., 24. 1. 428; Dalloz, 22. 1. 479.

(2) Denevers, 1808, suppl., p. 184; — 1809, suppl., p. 39; — 1821, suppl., p. 255; — Sirey, 1809, 2. 241.

riage illicite subsiste toujours, que son vice primitif n'est pas et ne peut pas être effacé par le décès de la victime, et qu'il doit être dissous sauf aux époux à le renouveler légalement.

Dalloz aîné est d'un avis contraire. Mais ni la loi ni la morale, il semble, ne justifient cette opinion. La nôtre est conforme à celle d'Ortolan (1).

547. Si le ministère public a une action pour faire annuler un mariage contraire aux lois, il n'en a pas pour faire maintenir un mariage qu'il considère comme valable et que des tribunaux ont annulé.

En vain dirait-on que sa tolérance et l'erreur d'un tribunal pourraient favoriser la collusion de deux familles pour obtenir l'annullation d'un mariage mal assorti et reproduire ainsi le divorce sous une autre forme.

Si pour déjouer cette coupable intrigue, le ministère public n'a pas d'action directe, au moins il peut agir par voie de réquisition, prendre la parole, dévoiler les manœuvres, éclairer le tribunal et conclure au rejet de la demande en nullité.

Mais si le tribunal n'adopte pas ses conclusions, il ne peut interjeter appel du jugement. Admettre un tel appel ce serait confondre les pouvoirs et les actions; ce serait peut-être même porter le trouble dans la magistrature que d'autoriser ainsi le magistrat du parquet à se rendre partie dans une cause civile et en quelque sorte contre le tribunal auquel il serait attaché.

Ce serait aussi perpétuer les contestations. Car si sur l'appel des parties intéressées le jugement était confirmé, rien ne s'opposerait à ce que le ministère public, qui n'aurait pas même été partie jointe au procès, ne le renouvelât par une action nouvelle, en invoquant l'ordre public.

Investis de la confiance de la loi les tribunaux sont pré-

(1) Ortolan, 1. 171 ; Dalloz aîné, v° *Mariage*, 10, p. 93, n° 10.

sumés rendre une justice éclairée, exacte et ferme, et veiller aussi à l'intérêt public. Ce serait leur faire injure que d'affaiblir cette confiance en la plaçant principalement sur la personne du fonctionnaire du ministère public dans les causes mêmes qui seraient portées devant eux.

Deux arrêts de cassation des premier août 1820 et cinq mars 1821 ont déclaré qu'un tel appel ne pouvait être reçu (1).

Ces deux arrêts sont l'objet d'une critique assez forte de la part de beaucoup d'auteurs. Delvincourt, Duranton, Vazeilles, Merlin surtout, en attaquent vivement la doctrine, et Toullier partage leur opinion. Deux arrêts, l'un de la Cour de Bruxelles, l'autre de la Cour de Pau, rendus les 1er août 1808 et 28 janvier 1809 ont adopté des principes opposés et sur l'appel du ministère public ont infirmé des jugements qui par la collusion de deux familles avaient annulé des mariages valablement contractés. Dans l'espèce du dernier arrêt, surtout, la fraude était criante. Un faux avait été commis pour tromper la justice. On lui avait présenté un faux acte de mariage antérieur à celui dont on demandait la nullité et cet acte supposé avait servi de base au jugement (2).

M. Merlin reconnait cependant que les deux arrêts étaient contraires aux lois alors existantes ; la loi du 24 août 1790 était, dit-il, la seule règle sur la matière, et l'article 2 du titre 8 de cette loi porte qu'au *civil* les procureurs du roi et les procureurs généraux ne *peuvent pas exercer leur ministère par voie d'action mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auraient été saisis.*

(1) Sirey, 21. 1. 154, 197 et 232 ; Denev., 18. 1. 538, et 19. 1. 225 ; dans le sens des arrêts, v. Dalloz aîné, t. 10, 109, n° 3 ;

Contrà, Merlin, Répert., v. *Mariage*, sect. 6, § 3, n° 3 ; Delvincourt, sur l'art. 190 ; Duranton, t. 2, n° 344 ; Vazeilles, t. 1, p. 405 ; Toullier, t. 1, n° 592.

(2) Voir ces deux derniers arrêts ainsi que ceux de la Cour de cassation dans le Répertoire de Merlin : *Loco citato.*

Or, le Code civil n'avait fait à cette règle générale qu'une seule dérogation, celle écrite dans les articles 184 et 191 qui prescrivent ou qui permettent au ministère public de demander la *nullité* des mariages contractés soit au mépris d'empêchements absolus, soit clandestinement, soit devant un officier public incompétent.

Mais aucune des dispositions du Code ne l'autorisait à exercer une action pour faire déclarer valable un mariage qui aurait été attaqué par les époux ou leurs parents, et qu'un premier jugement aurait annulé.

Mais, ajoute M. Merlin, la loi postérieure du 20 avril 1810 lui a conféré ce droit par son article 46.

« En matière civile, dit cet article, le ministère public » agit d'office dans *les cas spécifiés par la loi.*

» Il surveille *l'exercice des lois*, des arrêts et des juge- » ments; il poursuit d'office cette exécution dans les dispo- » sitions *qui intéressent l'ordre public.* »

M. Merlin fait observer que la loi de 1790, art. 5 du titre 8, autorisait les commissaires du roi à poursuivre l'*exécution des jugements dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public*; que la loi du 20 avril 1810 a étendu à l'exécution des lois le droit que celle de 1790 n'appliquait qu'à l'exécution des jugements, et que de même que, sous l'empire de la première loi, on n'avait jamais contesté aux commissaires du roi le pouvoir d'exercer leur ministère par voie d'action pour l'exécution des jugements qui intéressaient l'ordre public, de même aussi on doit leur reconnaître aujourd'hui celui d'employer la même voie pour l'exécution des lois d'ordre public.

Ces raisonnements sont spécieux. Mais ne sont-ils pas un peu forcés? et ne serait-ce pas donner aux fonctions du ministère public une extension dangereuse, une extension qui l'autoriserait à se livrer à un système déplorable d'inquisition? S'il lui était permis, sous prétexte que l'ordre public y est intéressé de s'immiscer par une action directe dans les

droits et les intérêts de famille, ne lui serait-il pas facile de découvrir quelque rapport plus ou moins rapproché entre l'intérêt public et l'intérêt privé?

Et pour ne pas nous éloigner même de ce qui concerne le mariage, n'est-il pas de l'intérêt public que le consentement des époux soit libre, qu'il ne leur soit ni surpris par dol, ni arraché par violence ?

La société entière n'est-elle pas aussi intéressée à ce que le mineur soit protégé et éclairé dans un acte aussi important, à ce qu'il ne puisse pas se former sans le concours ou le consentement de son père, de sa mère, de ses aïeux ou de sa famille ?

Ne tient-elle pas aussi à notre organisation sociale cette prescription imposée même aux majeurs d'obtenir le consentement de leurs ascendants ou de le requérir par des actes respectueux ?

L'adultère sans frein et qui va jusqu'au scandale, n'outrage-t-il pas les mœurs publiques et ne trouble-t-il pas l'ordre social ?

Ou si l'on veut se jeter dans un champ plus vaste, toutes les questions d'état, les questions de légitimation notamment, celles d'adoption, n'ont-elles pas un trait direct même à l'ordre public ?

Et cependant pourrait-on dire que le ministère public a le droit de provoquer la nullité d'un mariage parce que le consentement de l'un des époux n'a pas été libre, parce que celui des père et mère n'a pas été obtenu, n'a pas même été demandé ?

Serait-il admis à poursuivre d'office et à faire punir la femme adultère (1)?

Le ministère public sera-t-il admis aussi à attaquer la légitimation par mariage subséquent de l'enfant qui aurait été reconnu antérieurement par une déclaration suspecte de fraude ?

(1) V. Code pénal, art. 336, 337.

Pourrait-il aussi faire annuler d'office l'adoption d'un enfant qu'on lui signalerait comme adultérin ou incestueux?

Non sans doute. On se récrierait généralement si de telles prétentions étaient soulevées, si de telles actions étaient hasardées.

Et cependant l'ordre public n'est pas complètement désintéressé dans ces exemples comme dans beaucoup d'autres qu'on pourrait citer.

Mais l'intérêt privé y domine; et c'est par ce motif que la loi laisse exclusivement l'action aux particuliers qu'agite ce intérêt privé; seulement elle charge l'homme de la loi, le ministère public de surveiller l'action lorsqu'elle est portée devant les tribunaux, d'en examiner tous les détails, et d'en signaler les erreurs et les vices comme les droits à l'autorité du magistrat qui est appelé à la juger.

Telle est la haute fonction du ministère public, fonction que, dans ces circonstances même, il remplit dans l'intérêt social, mais fonction qu'il exerce par la voie de réquisition, non par celle d'action.

Et remarquons, relativement même aux nullités du mariage que le ministère public est appelé à faire prononcer, que si elles ont été indiquées par le Code Napoléon, c'est précisément afin de ne pas *laisser à l'arbitraire un discernement qui touche de si près à la tranquillité des familles.*

Et l'on voudrait que le législateur si prudent, si scrupuleux dans les actions en nullité dont il investissait le ministère public, eût tout-à-coup, en 1810, oublié sa sagesse ancienne et eût abandonné à la discrétion du ministère public toutes les actions qu'il lui plairait d'intenter soit pour faire déclarer réel et légal un mariage que les parties intéressées méconnaîtraient, soit pour faire maintenir celui qu'elles auraient fait annuler?

On ne doit pas supposer tant de légèreté, tant de laisser aller dans le législateur. Et l'on doit interpréter, comme l'a fait la Cour de cassation, les deux parties de l'art. 46 de la

loi du 20 avril. On doit présumer que si, après avoir, dans le premier paragraphe, limité l'action du ministère public *aux cas spécifiés* par la loi, il l'a chargé dans le second de surveiller l'exécution des lois et de *poursuivre d'office cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*, le législateur a seulement entendu parler des dispositions pour lesquelles ce droit de poursuite lui aurait été spécialement attribué par la loi.

Il serait bizarre, en effet, que le droit dans les premières lignes d'un article eût été restreint à des bornes déterminées et positives, pour être généralisé et illimité dans les dernières lignes de ce même article.

Pour compléter la discussion d'une question aussi importante et aussi controversée, il est utile de transcrire ici les motifs des deux arrêts de cassation.

Voici ceux de l'arrêt du 1er août 1820 :

« Vu l'art. 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790, et l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 ;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790, le ministère public ne peut agir, au civil, que par voie de réquisition dans les procès dont les juges ont été saisis; que, conformément à cet article, il a été consacré par une jurisprudence constante, que le ministère public n'avait le droit d'agir d'office que lorsque ce droit lui était spécialement conféré par quelque loi; que le même principe a été formellement exprimé de nouveau dans la première partie de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 ; que la seconde partie de cet article serait diamétralement en opposition avec la première si on l'entendait dans le sens dans lequel la Cour de Grenoble l'a entendue ; qu'on ne peut cependant pas supposer que le législateur, qui a répété dans la première partie de l'article un principe constamment observé, ait entendu lui-même le détruire dans le même article ; qu'il est naturel d'entendre la seconde partie de l'article dans le sens de la première et de la regarder comme un

développement qui n'altère en rien le principe; qu'il résulte de ce développement, en le rapprochant de la première partie de l'article, que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les parties qui intéressent l'ordre public, lorsque ce droit de poursuite lui est spécialement attribué par la loi; que s'il en était autrement et s'il fallait donner à la seconde partie l'extension que la Cour royale de Grenoble lui a donnée, il aurait été inutile que le législateur eût déterminé, au titre du Code civil, relatif au mariage, les espèces dans lesquelles le ministère public avait qualité pour agir d'office: que ces espèces sont fixées par les art. 184, 190 et 191 du Code civil; qu'en attribuant au ministère public, dans les cas prévus par ces articles, le droit d'agir d'office en nullité de mariage, le législateur lui a évidemment refusé ce droit dans les autres cas;

» Attendu que, dans l'espèce de la cause, Philippe Chalinet, mère de Marguerite Maynolle, a formé une demande en nullité du mariage de sa fille, en se fondant sur ce qu'elle n'avait pas donné son consentement à ce mariage; que le tribunal civil de l'arrondissement de Vienne a prononcé cette nullité par jugement du 13 avril 1818, après avoir entendu le procureur du roi en ses conclusions; que le procureur-général à la Cour royale de Grenoble a seul appelé de ce jugement et a agi d'office sur l'appel pour faire valider le mariage dont les premiers juges avaient prononcé la nullité; que ce droit ne lui était conféré par aucun article du Code civil; que c'est cependant au Code civil, comme loi spéciale en matière de mariage, qu'il faut se référer pour décider si le ministère public a ou non qualité pour agir d'office; qu'en recevant cet appel, la Cour royale de Grenoble a, par conséquent, contrevenu à l'art. 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790 et à l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810; qu'elle a, en outre, commis un excès de pouvoir en étendant les dispositions du Code civil, qui détermine les cas où le ministère public peut agir d'office en matière de mariage, à un cas qui n'est pas compris dans ces dispositions. »

Le second arrêt rendu le 5 mars 1821, est conçu en d'autres termes :

« Vu l'art. 2 du titre 8 de la loi du 24 août 1790, et les art. 184 et 191 du Code civil ;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 2 du titre 8 de la loi des 16 et 24 août 1790, le ministère public ne peut agir, au civil, que par voie de réquisition dans les procès dont les juges sont saisis ; que de cet article découle le principe consacré par la jurisprudence et d'ailleurs formellement exprimé dans l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, que le ministère public, pour pouvoir agir d'office en matière civile, a besoin d'y être spécialement autorisé par une loi précise ;

» Attendu que le ministère public peut demander la nullité d'un mariage pour contravention à certains articles du Code civil, parce qu'il y est spécialement autorisé, ainsi qu'on le voit aux art. 184 et 191 ;

» Attendu qu'il ne peut pas agir d'office pour faire confirmer un mariage, lorsque les parties ont demandé et obtenu en justice la nullité de ce même mariage pour contravention à quelques dispositions du Code civil : 1° parce que la loi ne lui en donne pas le droit ; 2° parce qu'en matière d'attributions exceptionnelles et spéciales on ne peut conclure d'un cas à un autre ; 3° parce que l'extension d'une semblable attribution est un droit qui n'appartient qu'au législateur et qui n'est pas au pouvoir des tribunaux ; 4° enfin parce qu'il n'y a aucune analogie entre le cas où il s'agit de faire annuler un mariage scandaleusement formé au mépris de la loi et celui où il s'agit de soutenir valide un mariage que les tribunanx ont annulé en connaissance de cause, sur la réclamation des parties, après avoir entendu le ministère public ; que dans le premier cas l'action du ministère public est nécessaire pour donner connaissance aux tribunaux d'un mariage que les parties ont intérêt à ne pas dénoncer ; que, dans le second cas, les tribunaux ont été saisis par les parties et qu'ils ont prononcé. »

Par ces motifs l'arrêt contraire de la Cour d'Agen fut cassé.

Ces deux arrêts nous paraissent consacrer les vrais principes appréciés avec sang-froid. Et peut-être l'opinion contraire a-t-elle été moins dictée par la réflexion que par l'imagination et le sentiment.

M. Merlin *serait curieux de voir comment la question serait jugée par la Cour de cassation elle-même*, si elle se représentait dans une espèce semblable à celle qui avait donné lieu à l'arrêt de la Cour de Pau, du 28 janvier 1809.

La Cour de cassation persisterait, sans doute, dans sa jurisprudence, parce qu'elle sait que, si l'on veut éviter l'anarchie, il faut maintenir la règle quoique dans certains cas particuliers elle puisse présenter quelques inconvénients. Et quel est le principe qui en soit exempt?

D'ailleurs des exemples semblables à celui dont on argumente sont heureusement fort rares. Ce n'est pas ordinairement sur un faux qu'on fonde l'espoir du succès d'une cause civile. Si celui qui réclame n'est pas arrêté par sa conscience, il l'est, au moins, par la crainte de la vengeance de la loi; et le ministère public est là pour poursuivre la répression du crime. C'est ce qu'on aurait pu faire dans l'espèce soumise à la Cour de Pau. Le faux ayant été jugé les parties intéressées auraient eu dans la requête civile un moyen légal pour faire réformer le jugement.

548. Le ministère public, dans l'intérêt public, ni personne, dans son intérêt privé, n'a le droit de demander la nullité d'un mariage contracté par une veuve moins de dix mois après la dissolution de son premier mariage, ou moins de trois ans au cas de divorce par consentement mutuel, ni de celui qui serait fait entre deux époux divorcés, ou entre l'époux coupable d'adultère et son complice.

Les deux premières dispositions sont plutôt réglementaires que prohibitives. (V. les art. 228 et 297.) L'une a pour but d'empêcher la confusion du sang, l'autre de prévenir le

divorce sans causes déterminées, par l'isolement et l'ennui d'un célibat prolongé.

Les deux dernières dispositions, surtout celle qui interdit le mariage entre l'adultère et son complice ont, il est vrai, un caractère prohibitif; mais aucune peine n'est attachée à leur infraction.

Comme les contraventions à ces diverses règles ne sont sanctionnées par aucune disposition pénale contre les époux, comme aucune loi ne dit qu'elles entraîneront la nullité du mariage, cette nullité ne peut être ni demandée, ni prononcée.

Seulement les officiers de l'État civil peuvent refuser de célébrer le mariage. Mais s'ils le célèbrent le contrat est valable.

Le ministère public peut cependant agir contre l'officier public qui a marié une femme avant l'expiration de dix mois, à compter de la dissolution du premier mariage, et le faire condamner à une amende de 16 francs à 300 francs (V. l'article 194 du Code pénal).

Les autres infractions ne donnent pas même lieu à une amende contre l'officier public ou les parties.

549. MM. Dalloz aîné et Ortolan pensent que si un mort civilement contracte mariage, le ministère public peut agir pour faire déclarer la non existence du mariage.

Il semble que les motifs qui ont été développés ci-dessus pour refuser au ministère public une action tendante à faire déclarer valable un mariage annulé sur la demande de l'un des contractants, s'appliquent également à l'action qui serait intentée par lui contre le mort civilement. Aucune loi spéciale n'attribuant cette action au ministère public, il ne peut l'exercer.

Quel en serait, d'ailleurs, le but? De faire dire que le mariage n'existe pas; mais l'art. 25 du Code civil le dit clairement et formellement, et les discussions du Conseil d'État nous apprennent que c'est à dessein que l'on n'a inséré

dans le Code aucune disposition qui autorisât à demander la nullité d'un tel mariage. On pensa qu'admettre une action en nullité ce serait supposer l'existence du mariage; ce serait lui donner de la vie dans le cas où il ne serait pas attaqué; ce serait, par conséquent, lui faire produire un effet quelconque; il parut plus simple et plus exact de se taire sur cette action, et de se borner à déclarer le mort civilement *incapable* de contracter mariage (1).

Admettre l'action du ministère public ce serait soulever la difficulté que l'on a voulu éviter.

Quel serait, d'ailleurs, l'effet d'un jugement qui déclarerait la non existence du mariage?

Cet effet serait nul. Car le jugement ne ferait que répéter ce que le texte de l'art. 25 dit suffisamment.

Ce jugement ne serait d'aucune utilité aux tiers. Car si le mort civilement voulait faire usage à l'égard de ceux-ci de son mariage on lui répondrait : votre mariage n'existe pas; vous n'êtes pas époux; vous n'avez pas d'épouse.

Le but serait-il de le faire séparer de la personne avec laquelle il cohabite?

Mais où est la loi qui autorise à exercer contre lui une telle persécution?

S'il est privé de la vie civile, il jouit de la vie naturelle. Il peut donc, comme tout être vivant, se livrer aux actes d'une vie purement naturelle; et si son union n'est qu'un concubinage devant la loi, au moins aucune disposition législative ne donne ni au ministère public ni même à la police le droit de faire cesser cette cohabitation pourvu qu'elle ne soit pas accompagnée d'actes immoraux à l'extérieur.

Le seul motif qui pourrait attribuer quelque action au ministère public serait peut-être la surveillance que la loi lui donne sur les registres de l'Etat civil.

Mais cette surveillance même ne doit s'exercer que sur

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 25.

leur forme. Il ne lui appartient pas de censurer, encore moins de faire supprimer les actes qui y sont contenus. Il doit laisser aux parties intéressées le soin de repousser ces actes lorsqu'on les leur opposera.

---

§ II.

Des actions qu'autorisent les nullités relatives.

SOMMAIRE.

550. *A qui appartiennent les actions autorisées par les nullités relatives? — Division.*

550. Nous avons traité dans la seconde section du chapitre précédent des nullités relatives, en faisant observer qu'elles correspondaient aux empêchements relatifs qui ont été examinés dans le chapitre 2 du titre 1er.

Nous avons vu que ces nullités avaient, en général, pour cause l'absence ou les vices des consentements nécessaires pour les mariages, soit de la part des contractants, soit de la part des personnes sous l'autorité desquelles sont placés ces contractants.

Par une conséquence naturelle, les actions que font naître ces nullités relatives doivent appartenir non-seulement aux époux mais encore à ceux dont le consentement était prescrit.

Elles doivent appartenir aux époux parce qu'en général « il est permis à tous ceux qui ont contracté une obligation nulle et vicieuse de la faire annuler, surtout lorsqu'ils l'ont contractée en minorité; que l'intérêt des parties est la mesure de leur action; que si on reçoit favorablement les plaintes d'un mineur qui prétend avoir été surpris dans une convention peu importante, on doit, avec plus de justice, lui accorder la même faveur lorsqu'il demande à être res-

titué contre l'aliénation qu'il a faite de tous ses biens et de sa personne (1). »

Or, relativement au mariage la minorité, qui cesse pour la fille à l'âge de 21 ans, se prolonge pour le fils jusqu'à celui de 25 ans accomplis. Jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge prescrit, les enfants ont besoin d'être dirigés et éclairés par ceux sous l'autorité desquels la loi les a placés.

Quant à ceux-ci, l'action en nullité leur est attribuée pour venger leur puissance méconnue, leur dignité blessée. Elle est aussi pour l'enfant une dernière ressource contre son égarement et sa faiblesse.

Ces deux actions seront l'objet des deux articles suivants.

ARTICLE Ier.

De l'absence ou de l'irrégularité du consentement des contractants.

SOMMAIRE.

551. *Les vices du consentement ne donnent d'action qu'à celui des époux dont le consentement a été vicieux.*
552. *Aucune autre personne ne peut l'exercer.*
553. *Erreur de l'opinion de Locré relative au mineur qui veut attaquer son mariage.*
554. *Que doit-il faire ? — Arrêt sur la question.*
555. *Le mariage même nul subsiste et produit ses effets tant qu'il n'est pas annulé. — Arrêt.*
556. *Les héritiers de l'époux mineur ne peuvent pas agir en nullité fondée sur les vices du consentement de celui-ci.*
557. *Si l'époux a formé l'action les héritiers ont capacité pour la continuer.*
558. *La bonne foi de l'autre époux ne paralyse pas l'action en nullité.*
559. *Comment s'éteint l'action en nullité?*
560. *De la ratification résultant de la cohabitation prolongée après que l'erreur ou la violence ont cessé.*

(1) Portalis, Exposé des motifs.

561. *Délai de l'action en nullité ?*
562. *Le demandeur doit prouver l'erreur ou la violence et le jour où ils ont cessé.*
563. *Le défendeur doit prouver la cohabitation de six mois postérieurs.*
564. *Le délai de six mois court pendant la minorité. — Droit ancien sur ces questions.*
565. Quid *des mariages contractés en état de démence ? — Questions diverses.*
566. *De la ratification expresse.*

551. C'est dans les articles 180 et 181 que sont posées les règles sur les effets de la contravention :

L'art. 180 donne l'action ;

L'art. 181 fait connaître quand elle n'est plus recevable :

Art. 180. « Le mariage qui a été contracté sans le consentement *libre* des deux époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que *par les époux*, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. »

» Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. »

L'action en nullité résultant des vices du consentement suppose qu'il a été dressé un acte de mariage. Car s'il n'a pas été dressé d'acte il n'y a pas de mariage (article 194 du Code) ; il n'y a donc pas de demande en nullité à intenter, sauf la preuve d'une célébration légale du mariage dans le cas où la loi l'admet. (Voir les art. 46 et 198 du Code.)

Mais s'il existe un acte, ou le consentement n'a pas été donné quoiqu'on l'ait constaté, ou il a été surpris à l'erreur, ou il a été arraché par violence.

Dans ces divers cas le mariage subsiste jusqu'au jugement qui prononce la nullité.

La Section avait proposé une rédaction de laquelle on voulait induire que si le consentement était attesté par un acte sans avoir été donné, le mariage était nul sans juge-

ment, tandis que dans les cas d'erreur ou de violence il devait être annulé.

Mais on fit observer avec raison que dans le premier cas la foi était due à l'acte jusqu'à ce qu'il eût été déclaré faux.

La rédaction fut peu changée (voir l'art. 146); mais il fut reconnu que les tribunaux auraient à prononcer dans les deux cas soit que, malgré les protestations de l'une des parties et son refus positif de donner son consentement, l'acte matériel eût été dressé, soit qu'elle eût consenti par surprise ou forcément.

L'on expliqua le sens de la disposition par l'art. 180 qui suppose que toute nullité pour défaut de consentement libre sera jugée par les tribunaux et par l'article 194 qui ne rend la règle applicable qu'au cas ou il y a un titre puisqu'il ne reconnaît pas de mariage si un acte de célébration n'est représenté (1).

552. L'action en nullité pour le défaut de consentement n'est accordée qu'aux époux où à celui des deux époux dont le consentement a été erronné ou forcé.

La lettre de l'art. 180 est claire et formelle. Son esprit n'est pas équivoque. Il est indiqué par les motifs qui ont dicté la règle (2) :

1° L'époux, que l'on suppose avoir été victime du dol ou de la violence, peut seul juger s'il a été réellement trompé ou contraint;

2° Le défaut de consentement n'intéresse que les époux eux-mêmes; il ne doit donc appartenir qu'à eux de faire valoir la nullité;

3° Un acquiescement postérieur à la durée de l'erreur ou de la violence peut effacer le vice du consentement. Or l'action en nullité exercée par une autre personne pourrait en arrêter le mouvement ou en paralyser les effets.

(1) Voir le procès-verbal des discussions, du 24 frimaire an 10.

(2) Voir l'Exposé des motifs, par Portalis, et l'Espril du Code civil sur l'art. 180.

La disposition de l'art. 180 est tellement restrictive qu'elle ne permet à personne de faire valoir la nullité pour les époux ou de leur chef; ni les ascendants des époux ni leurs héritiers ne seraient admissibles à exercer une telle action.

Tous les ascendants sont privés de ce droit par le texte de l'article. La règle est trop positive, trop absolue pour admettre la moindre exception.

S'il restait quelque doute, il serait levé par le retranchement d'une disposition qu'avait présentée la Section. Elle portait que la nullité pourrait être invoquée soit par les époux eux-mêmes, soit par leurs *père, mère, aïeul ou aïeule.*

L'admettre c'eût été s'écarter des motifs sur lesquels la restriction était fondée.

553. Locré qui, dans l'Esprit du Code civil rappelle la discussion qu'avait fait naître la disposition proposée, ajoute que lorsque l'époux qui veut réclamer est encore mineur, le père, à qui la loi donne éminemment le caractère de tuteur, peut demander la nullité du mariage devant les tribunaux; que si le père est mort, ce droit passe à la mère avec la tutelle, et à défaut de la mère, à l'aïeul. Locré renvoie aux divers articles de la tutelle légitime.

L'opinion énoncée par M. Locré lui est personnelle. Elle ne paraît pas avoir été même indiquée dans les procès-verbaux du Conseil d'État.

Mais cette opinion est une erreur, échappée à l'attention de cet honorable écrivain, et qui est en contradiction avec ce qu'il dit lui-même un peu plus haut en rappelant la discussion qui est consignée dans le procès-verbal du 24 frimaire an 10, et la résolution qui fut arrêtée dans cette séance.

On y décida que, s'il existait un acte de mariage, les tribunaux auraient à prononcer sur la nullité du mariage dans les deux cas, soit qu'il n'eût pas été donné de consentement, soit que le consentement n'eût pas été libre.

Et sur quel motif le décida-t-on ainsi ? Parce que « *le mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité* (1). »

Si le mariage subsiste ses effets doivent subsister aussi jusqu'à sa dissolution ; et par conséquent l'époux mineur a cessé d'être sous la tutelle : le mariage l'a émancipé. (V. C. civ., art. 476.)

554. Que doit donc faire cet époux mineur s'il veut faire annuler son mariage ?

Il doit provoquer la réunion du Conseil de famille, se faire nommer un curateur et intenter l'action avec l'assistance de ce curateur. (V. les art. 480 et 482 du Code civil.)

C'est ce qu'a ordonné la Cour de Turin dans un cas semblable, par arrêt du 14 juillet 1807.

Marie-Colombe Impérial, mineure, épouse d'Etienne Chablon, avait formé, par l'organe de son père procédant comme son tuteur légitime, une demande en nullité de son mariage.

Le 26 ventôse an 13 un jugement, avant de faire droit au fond, et *attendu que Marie-Colombe Impérial avait été émancipée* par son mariage, ordonna qu'elle procéderait elle-même, et qu'à cet effet il lui serait nommé un curateur par un Conseil de famille.

En exécution de ce jugement un Conseil de famille lui nomme son père pour curateur.

En conséquence les parties plaident au fond.

Il intervient un nouveau jugement interlocutoire dont Marie-Colombe interjette appel.

Saisie de la cause, la Cour de Turin examine d'office si Marie-Colombe Impérial procédait régulièrement sous l'assistance de son curateur, et si par cela seul qu'elle demande la nullité de son mariage, elle ne doit pas être considérée dès à présent comme mineure non émancipée, et par conséquent agir par le ministère d'un tuteur ?

(1) Trouchet, procès-verbal du 24 frimaire an 10.

La Cour décide qu'elle a régulièrement procédé.

Voici les motifs de l'arrêt :

« Vu les art. 215, 218, 476 et 482 du Code civil ;

» Considérant que, quoique le mariage contracté entre l'intimé Chablon et l'appelante soit par celle-ci attaqué de nullité radicale, comme célébré sans le concours des formes et de l'âge prescrit par la loi, néanmoins tant qu'il n'est pas déclaré nul, les époux ont une possession d'état, et le mariage a une présomption de validité qu'on ne saurait méconnaître ; d'où il suit que l'appelante ne pouvant, en l'état, être envisagée que comme l'épouse de Jean-Etienne Chablon, elle doit être également réputée émancipée de plein droit, aux termes de l'art. 476 du Code ; et que n'ayant pas encore 21 ans accomplis, elle a dû rencontrer dans l'introduction de cette instance, l'obstacle provenant de sa minorité ;

» Que, comme mineure émancipée, elle n'aurait pu intenter aucune action sans l'autorisation d'un Conseil de famille et sans l'assistance d'un curateur à ce spécialement nommé par le même Conseil, art. 482 (1) ; ce qui s'est opéré par le procès-verbal de l'assemblée de famille, en date du 27 germinal an 13, en suite du jugement préparatoire rendu par le tribunal civil d'Aoste, le 26 ventôse de la même année ;

» Que de là il s'ensuit que l'appelante, assistée par Jean-Etienne Impérial, son curateur, avait qualité suffisante pour intenter et poursuivre l'action dont il s'agit. »

555. Par application du même principe qui veut que tant que le mariage n'est pas déclaré nul par un jugement, il subsiste et produise ses effets, quelque grave que soit la nullité reprochée, la Cour de cassation, section criminelle, a

(1) Le Code civil n'exige pas l'autorisation du Conseil de famille pour le mineur émancipé qui veut intenter, avec l'assistance de son curateur, une action même immobilière. — Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 25 janvier 1826 ; S., 26. 2. 245 ; D., 24. 2. 176. Mais voir l'article 484 du Code civil.

décidé, par arrêt du 18 février 1819, dans la cause du général Sarrazin, que Georgina Hutchinson anglaise, qu'il avait épousée en Angleterre avant la dissolution de son premier mariage avec Cécile Charlotte Schwartz, était devenue française dès l'instant et par le fait même de son mariage avec le général Sarrazin ; que dès cet instant sa qualité d'épouse et celle de Française s'étaient simultanément fixées en elle ; qu'il n'avait donc pas existé un moment où le crime qu'a pu former le mariage contracté avec elle ait pu être réputé commis avec une étrangère ; que si ce mariage était nul comme ayant été contracté avant la dissolution du premier mariage cette nullité n'était pas de plein droit ; qu'elle devait être poursuivie et prononcée en justice ; qu'ainsi Georgina Hutchinson avait pu, comme Française offensée, rendre une plainte en bigamie contre lui et que l'art. 7 du Code d'instruction criminelle était applicable.

Ce dernier exemple démontre comme le précédent que le mariage même nul attribue à chaque époux une qualité qui subsiste tant que le mariage n'a pas été annulé par les tribunaux, et que par conséquent le mineur émancipé par un tel mariage peut agir personnellement en justice avec l'assistance d'un curateur.

Telle est aussi l'opinion de Dalloz aîné, de Toullier, de Vazeilles, de Duranton et de Merlin (1).

M. Vazeilles plus va loin. Il pense que le mineur sera dispensé de solliciter un curateur quand son père ou un parent quelconque qui avait autorité sur lui avant le mariage voudra diriger ses poursuites.

Cette opinion paraît une erreur. Elle présente même une sorte de contradiction avec celle que nous venons d'examiner et qui est adoptée par M. Vazeilles.

(1) Dalloz aîné, t. 10, p. 83, n° 3 ; Toullier, t. 1, n° 554 ; Vazeilles, t. 1, n° 257 ; Merlin, Répert., v° *Mariage*, section 6, § 2, sur l'article 180, 3e quest., et sur l'art. 184, 4e question. Merlin rapporte les deux arrêts.

S'il est vrai que le fils soit réputé émancipé par un mariage même nul, tant que ce mariage n'a pas été annulé par les tribunaux, il ne doit et ne peut agir qu'assisté d'un curateur légalement nommé. Ce curateur, que le Conseil de famille a seul le droit de choisir ne peut pas être remplacé par le père, ni par tout autre parent, parce que ceux-ci sont sans caractère légal. La loi ne connaît pas de curateur légitime. Ils n'ont pas plus qualité pour assister et pour autoriser le mineur dans la demande en nullité que celui-ci forme, qu'ils n'en auraient pour intenter cette action de leur propre chef.

L'opinion que nous adoptons est celle de MM. Dalloz aîné et Merlin (1).

Si le Conseil de famille refusait de nommer un curateur à l'époux mineur, il s'adresserait au tribunal qui ordonnerait à la famille de faire le choix dont la charge la loi ou qui lui donnerait un curateur *ad hoc* (2). Cette difficulté ne se présentera sans doute jamais.

556. L'action que la loi n'attribue pas aux père et mère et aux autres ascendants du mineur, du chef de celui-ci, elle le refuse, pour les mêmes motifs, à ses héritiers.

Au Conseil d'État on avait distingué entre les époux qui ne décèderaient qu'après être devenus majeurs et ceux qui mourraient en minorité.

Dans la première hypothèse on refusait aux héritiers le droit de faire valoir la nullité, parce que l'époux devenu majeur l'avait couverte par son silence qui est considéré comme une ratification tacite. Dans la seconde on le leur accordait.

Cette opinion se liait au système que Tronchet, son auteur, avait proposé et dans lequel le droit de faire valoir exclusivement la nullité était borné aux époux majeurs. Les mineurs n'auraient pu la proposer parce que, disait-on, ils n'avaient réellement pas de volonté, puisqu'il leur fallait le

(1) Dalloz aîné, t. 10, p. 84, n° 4; Merlin, Répert., v° *Mariage*.
(2) Vazeilles, *ibid*, n° 25.

consentement de leurs père et mère ou de leurs ascendants ou de leur famille. Ces droits auraient été réservés aux personnes sous la conduite desquelles ils avaient été placés.

Mais le système fut combattu. On fit observer que la loi supposait une volonté au mineur puisque la loi lui permettait de refuser son consentement.

On fit voir le danger des conséquences d'une telle opinion qui obligerait les mineurs, si leurs père et mère ne voulaient pas agir, de supporter malgré eux, jusqu'à leur majorité, les liens d'un mariage qu'ils regarderaient comme nuls et qu'ils se proposeraient d'attaquer aussitôt qu'ils en seraient devenus les maîtres.

On fit remarquer que le père peut être l'auteur ou le complice de la violence au moins moral.

Ces raisons l'emportèrent. La proposition fut rejetée et l'on adopta l'art. 180 dont les expressions générales autorisent l'époux mineur comme l'époux majeur à attaquer son mariage pour cause d'erreur ou de violence (1).

La conséquence de cette résolution dut être de priver aussi les héritiers de l'époux mineur du droit d'attaquer un mariage que celui-ci avait respecté pendant sa vie et dont lui seul, d'ailleurs, pouvait justement apprécier le vice résultant de l'erreur ou de la violence, s'il avait la volonté de s'en plaindre.

Les articles 184 et 187 résolvent aussi la question contre les héritiers qu'ils n'autorisent que pour certaines causes à demander la nullité du mariage, mais seulement après la mort de l'époux auquel ils succèdent, lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel, et qui, parmi ces causes, ne placent pas le défaut de consentement libre.

557. Mais si, comme personnelle aux époux, l'action n'est pas transmissible à leurs héritiers, même quand l'époux qui aurait à se plaindre décèderait avant l'expiration

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 180.

du délai que lui accordait la loi pour agir, il n'en est pas ainsi lorsque, l'action ayant été formée par l'époux lui-même, il meurt avant qu'elle ait été jugée.

Dans ce cas les héritiers peuvent en poursuivre la décision. Il est, en effet, de principe que les actions même exclusivement personnelles lorsqu'elles ont été exercées passent aux héritiers.

Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent, L. 39, ff. *de Regul. juris*.

Cette règle du droit romain a été reçue dans le droit français ; et notre Code civil nous en fournit deux exemples dans les art. 330 et 957 : le premier relatif à une action en réclamation d'état, le second qui a pour objet la demande en révocation pour cause d'ingratitude.

Cela est essentiellement juste.

Lorsque la demande en nullité a été formée pas l'époux lui-même il n'y a plus de motifs d'exclusion contre les héritiers. L'époux a dénoncé à la justice l'erreur ou la violence dont il avait été victime. Il a annoncé hautement qu'il n'entendait pas approuver un mariage auquel il n'avait pas librement consenti. Il a fait tout ce qu'il était en lui de faire pour rompre son mariage. Ses héritiers doivent à sa mémoire de le venger du dol, de la violence employés contre lui, et les tribunaux n'éprouvent pas l'inquiétude de blesser, en annulant le mariage, les intentions de celui qui les avait aussi publiquement fait connaître (1).

L'art. 180 fait une distinction que commandait la nature même de la cause de nullité : elle n'autorise l'action que de la part de celui dont le consentement n'aurait pas été libre.

558. Si l'erreur ou la violence étaient prouvées la nullité du mariage devrait être prononcée lors même que l'autre époux n'en serait ni l'auteur, ni le complice. Sa bonne foi, quelque démontrée qu'elle fût, n'empêcherait pas le vice du

(1) Duranton, t. 2, n° 374 ; Dalloz aîné, t. 10, p. 84, n° 6.

consentement ; et celui qui aurait été ainsi trompé ou contraint n'en serait pas moins fondé à se faire dégager d'un lien dont on l'aurait enchaîné par surprise ou par force. Seulement l'époux qui n'y aurait pas concouru ne devrait subir aucun dommage et intérêt.

Nous ne parlerons pas ici de la nature de l'erreur, ni du caractère de la violence qui seraient propres à justifier la demande en nullité du mariage. Nous nous en sommes occupés en traitant soit des empêchements, soit des nullités relatives.

559. Examinons par quel temps et par quelles circonstances l'action en nullité est éteinte.

L'art. 181 du Code civil nous le fait connaître :

« Dans le cas de l'article précédent la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant *six mois* depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue (1). » Art. 181.

S'il était juste de fournir aux époux le moyen de réparer une erreur et de se soustraire aux effets de la violence, il était aussi dans leur intérêt comme dans celui du bon ordre de ne pas laisser leur état trop long-temps incertain et précaire et de mettre un terme à leur réclamation.

Une ratification expresse ou tacite, lorsque la violence aurait cessé ou que l'erreur aurait été connue, devait faire disparaître le vice du consentement. Admise pour les actes ordinaires, la ratification pouvait-elle être insignifiante pour un contrat dont la fixité était si importante ?

560. Deux modes de ratification furent proposés :

(1) Suivant le Code hollandais, art. 142, trois mois de cohabitation continuée, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou reconnu l'erreur, suffisent pour produire la fin de non-recevoir.

L'article 975, § 41 du Code prussien, n'accorde, dans les mêmes cas, que six semaines à la partie lésée pour réclamer la nullité.

L'article 96 du Code autrichien déclare que l'autre époux perd ce droit s'il ne s'est pas plaint dès qu'il a eu connaissance de l'empêchement dirimant ou du vice de son consentement.

1° La consommation du mariage, surtout la survenance d'enfants venant l'attester ;

2° La cohabitation prolongée pendant un certain temps.

Le premier mode était favorisé par la jurisprudence ancienne, disait-on.

Cependant on fit observer que cette jurisprudence n'avait pas de règle fixe ; que le juge n'était pas obligé d'admettre même la survenance d'enfant comme fin de non-recevoir ; qu'il se décidait dans ce cas par les circonstances ; que les arrêts rendus sur ce sujet étaient tous des jugements de fait (1).

La consommation, d'ailleurs, ne parut pas devoir être considérée comme une ratification. La preuve en serait impossible et elle serait contraire aux mœurs.

La survenance d'enfants même n'offrirait qu'un indice fort équivoque. Une fille ravie peut devenir mère. Le mari peut soutenir qu'il n'est pas le père. L'enfant peut avoir été conçu avant la cessation de la violence ou de l'erreur.

L'incertitude de la règle fit rejeter la fin de non-recevoir dans deux séances différentes, le 4 vendémiaire an 10, et le 6 brumaire suivant.

Cette présomption de ratification ne saurait donc aujourd'hui être admise (2).

On s'arrêta à la cohabitation.

561. Mais pour que la durée de l'action ne fût pas indéfinie il fallait fixer un terme à la réclamation.

Il fallait cependant accorder aussi un délai pour la former.

Un délai était nécessaire en cas de violence parce que souvent l'époux qui paraît libre ne l'est pas en effet.

Il était nécessaire aussi dans le cas d'erreur. Car avant de

(1) V. procès-verbaux des séances des 4 vendémiaire et 6 brumaire an 10, et l'Esprit du Code civil.

(2) Opinions conformes de Locré sur l'art. 181 ; de Vazeilles, t. 1er, n° 260 ; de Duranton, t. 2, n° 279.

se décider à agir l'époux qui a des soupçons doit chercher à les vérifier.

Il était nécessaire pour donner à l'époux le loisir de se déterminer.

Il était nécessaire enfin parce qu'il est difficile de fixer avec précision le moment où l'erreur et la violence on cessé (1).

Le délai fut d'abord fixé à un an à dater de l'époque où l'époux aurait recouvré sa liberté ou reconnu son erreur, et il fut dit qu'après ce délai *il ne serait plus admis à intenter l'action en nullité*.

Mais le Tribunat trouva le délai trop long. Sur sa proposition il fut réduit à six mois.

On ne reproduisit pas dans l'art. 181 la déclaration expresse de déchéance après le délai. Mais elle y est évidemment supposée, puisque la demande n'est admise que *pendant les six mois*.

Mais si la loi fixe l'époque de la déchéance elle permet de former l'action dès le moment de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence.

562. Au résumé,

Pour faire accueillir la demande en nullité il faut, de la part du demandeur,

Démonstration de l'erreur ou de la violence;

Preuve de l'époque où l'erreur a été reconnue, où la violence a cessé;

Réclamation dans les six mois.

Pour écarter cette demande il faut que le défendeur puisse opposer,

Six mois de cohabitation et de silence ou une ratification expresse.

Les trois conditions imposées au demandeur sont d'une nécessité absolue.

(1) V. le procès-verbal du 6 brumaire an 10.

C'est évidemment à lui de justifier l'erreur ou la violence qu'il allègue, *actori incumbit probatio.*

C'est aussi à lui, s'il n'a intenté son action que plus de six mois après le mariage, de prouver qu'il n'a découvert l'erreur, qu'il n'a cessé d'être enchaîné par la violence que depuis moins des six mois que la loi lui accordait.

En effet, la défense sera simple. Elle consistera dans un simple calcul du temps qui se sera écoulé depuis le mariage.

S'il s'est écoulé six mois depuis le mariage, le défendeur aura le droit de dire avec la loi, votre action est prescrite. Ce moyen, le défendeur ne pourra le repousser qu'en soutenant qu'il n'a découvert l'erreur ou qu'il n'a recouvré sa liberté que depuis moins de six mois. Mais cette exception il sera tenu de la prouver, *reus fit actor excipiendo.*

C'est ce qui a été jugé pour l'art. 1304 dont la règle est la même dans les cas ordinaires de rescision ou de nullité. Un arrêt de cassation, du 26 juillet 1825, a décidé en cassant un arrêt de la Cour de Douai que, sur une demande en rescision d'un partage pour cause de lésion, à cause d'erreur, le demandeur auquel on opposait la prescription de dix ans devait prouver quel jour l'erreur avait été découverte.

L'arrêt est du 26 juillet 1825 (1).

Un arrêt semblable de la Cour de Besançon a été rendu le 1er mars 1827 (2).

Les mêmes motifs doivent faire appliquer la même doctrine au cas de violence. Sa continuation doit être établie par le demandeur jusqu'à une époque qui remonte à moins de six mois avant la demande (3).

563. Le défendeur pourra démontrer lui-même par preuve contraire que l'erreur et la violence avaient cessé six mois complets avant la réclamation.

(1) Sirey, 25. 1. 370; D., 23. 1. 400.
(2) Sirey, 27. 2. 141.
(3) Duranton, t. 2, nº 277; voir Dalloz aîné, 10, 84, nº 9.

Mais il faut, pour que la fin de non-recevoir soit admise, qu'il y ait eu six mois complets non-seulement de silence mais encore de cohabitation entre les époux.

Les termes de l'art. 181 sont formels, ils exigent une *cohabitation continuée* pendant six mois depuis que l'erreur ou la violence ont cessé.

Cohabitation. Ce n'est pas seulement silence; c'est une vie commune qui offre une preuve ou une grave présomption de renonciation au moyen de nullité, de consentement à l'existence, à l'exécution du mariage, en un mot de ratification non douteuse.

L'intention du législateur se reconnaît aisément à la comparaison de quelques articles entre eux. En effet, l'art. 181 est le seul qui parle de cohabitation et qui l'exige.

L'art. 183, l'art. 184, qui établissent aussi des fins de non-recevoir contre l'action en nullité après l'expiration des délais qu'ils fixent, ne soumettent ce délai à aucune condition. Ils ne prescrivent pas la cohabitation pendant les délais indiqués.

Une différence aussi marquée dans l'expression suppose nécessairement une différence très-grande aussi dans le sens, et l'on doit en tirer la conséquence que la cohabitation est indispensable dans le cas de l'article 181 pour produire la fin de non-recevoir, tandis que dans les deux autres, elle est inutile; un simple silence suffit.

Telle est aussi la distinction qu'a faite l'arrêt Louconat, du quatre novembre 1822. Dans l'espèce de cet arrêt, la Cour de cassation avait à examiner, sur un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris, si l'époux, qui s'était marié avant l'âge de puberté, mais qui depuis qu'il avait atteint l'âge compétent avait laissé écouler six mois sans attaquer le mariage, pouvait se plaindre sous un double rapport: 1° parce qu'il était impubère au moment de son mariage; 2° parce que son consentement n'avait pas été libre.

La Cour de Paris avait admis contre les deux moyens la

même fin de non-recevoir résultant de l'expiration du délai de six mois depuis l'âge de puberté.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi sur le premier moyen, en se fondant sur les termes de l'article 185.

Mais le pourvoi fut admis, et l'arrêt fut cassé sur le second moyen comme ayant contrevenu à l'article 181.

« Attendu que le *deuxième* (moyen de nullité de Catherine » Louconat, fondé sur la violence), ne pouvait être rejeté » qu'autant qu'il aurait été reconnu, en fait, par la Cour » royale, qu'il y avait eu *cohabitation*, ainsi que cela ré- » sulte de l'article 181, ou que les faits de violence allégués » n'étaient pas pertinents et admissibles ; que l'arrêt ne s'est » pas expliqué sur ce point, et n'a écarté le moyen qu'en » y appliquant les dispositions de l'article 185 ; qu'en jugeant » ainsi, la Cour a fait une fausse application de cet article, » et violé l'article 181. »

La distinction adoptée par l'arrêt était commandée non-seulement par la différence des expressions des deux articles mais encore par celle des deux cas.

On conçoit, en effet, que lorsque le consentement a été dicté par l'erreur ou commandé par la violence, on ne doit pas facilement présumer une ratification tacite qui efface une nullité aussi grave, et que ce n'est pas exiger trop que de vouloir une cohabitation, celle de six mois ; tandis que le seul défaut d'âge, lorsqu'il y a eu consentement au mariage de la part de l'époux impubère et de ses parents, le défaut d'âge est sans importance dès l'instant où l'âge compétent est atteint. Six mois de silence, dans ce cas, peuvent suffire pour démontrer que l'union a paru convenable à l'époux qui n'a pas réclamé quoiqu'il eût pu la faire annuler. (1).

(1) Voir, sur la nécessité de la cohabitation dans le cas de l'art. 181, Merlin, sect. 6, § 2, sur l'art. 183, 3e question, et sur l'art. 185, 2e et 4e questions.

564. On peut demander de quelle époque commencent à courir les six mois, lorsque l'erreur a été reconnue, et que la violence a cessé? Ne courent-ils que du jour de la majorité de 21 ans?

La solution de la question est écrite dans les discussions sur l'article 180 du Code civil et dans leur résultat.

Nous avons dit que la première rédaction n'accordait qu'aux *époux majeurs* l'action en nullité pour cause d'erreur ou de violence. L'époux mineur aurait dû attendre sa majorité pour agir.

Nous avons aussi rappelé les motifs qui firent changer ce projet et attribuer le droit aux mineurs comme aux majeurs.

Or, pour les uns comme pour les autres, l'article 181 n'exige que *six mois* de cohabitation du jour où l'erreur a été reconnue et où la violence a cessé.

Cette fin de non recevoir s'applique évidemment aux mineurs comme aux majeurs, sinon le législateur l'eût restreinte à ceux-ci.

Les mineurs, au reste, qui peuvent consentir au mariage, doivent avoir aussi capacité pour réparer le vice d'un premier consentement (1).

Avant le Code civil, l'ancienne jurisprudence ne déterminait pas de délai fatal contre la demande en nullité d'un mariage que l'on aurait été contraint de contracter, lorsque la violence exercée avait eu le double caractère *de vis atrox et adversus bonos mores*. L. 3 § 1, ff. *quod met. Caus.*

On sait que la violence extrême, *vis astrox*, était la menace d'un grand mal présent ou prochain, *metus majoris malitatis*. L. 5, ff., *ibid.*

Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus. L. 9, ff. *d° Tit.*

Un arrêt du 24 avril 1651, rapporté par Soefve et par Pothier, a déclaré nul un mariage pour cause de contrainte,

(1) Opinion conforme de Dalloz aîné, t. 10, p. 85, n° 11.

quoique la demande n'eût été formée qu'après trois ans de cohabitation et qu'il y eût des enfants nés de cette union (1).

L'arbitraire d'un tel délai et l'absence de règles fixes entraînaient des abus auxquels le Code civil a porté un remède salutaire.

La loi nouvelle a corrigé un autre abus aussi grave d'après lequel un époux pouvait demander la nullité de son mariage quoiqu'il eût été suivi de cohabitation et de ratification.—Arrêt de cassation.—Rejet du 2 décembre 1807 (2).

565. Dans le chapitre des demandes en nullité, la loi ne parle pas de celles relatives aux mariages contractés par un individu en état de démence habituelle.

Un tel mariage est cependant nul, l'homme en état de démence ne pouvant donner de consentement et la loi disant qu'il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement.

Le mariage devra donc être annulé pour erreur ou plutôt pour absence de consentement.

Mais qui devra en former la demande?

L'époux lui-même ne le pourra pas. Son infirmité morale s'y opposerait.

Cependant s'il meurt sans l'avoir intentée, ses héritiers ne pourraient pas agir, l'action n'appartenant qu'à l'époux lui-même.

Ils ne pourraient pas agir sous un autre rapport si l'homme en démence était mort *integri status*. L'art. 504 du Code civil repousserait leur action (3).

Ainsi cette action ne pourrait être exercée que par lui-même, lorsqu'il aurait recouvré sa raison.

S'il ne la recouvrait pas, il faudrait faire prononcer l'interdiction et faire nommer un tuteur qui poursuivrait au nom de l'interdit la nullité du mariage.

(1) Pothier, *du Mariage*, n° 318.
(2) S., t. 8. 1. 140; Denevers, t. 6. 1. 53.
(3) 26 mars 1821, Cour de Toulouse; S., 24. 223.

Quant à ceux qui ont été interdits judiciairement, incapables suivant les lois naturelles, incapables aussi suivant les lois civiles, ils ne peuvent donner de consentement valable ni par conséquent contracter mariage. Et si par l'erreur ou l'ignorance de l'officier de l'État civil leur mariage avait été célébré, la nullité pourrait en être demandée sinon par eux-mêmes, puisqu'ils ne peuvent pas agir personnellement en justice, mais par leur tuteur en leur nom.

L'époux d'un interdit, qui aurait ignoré sa position, serait admis aussi à en provoquer la nullité pourvu que son action fût exercée dans les six mois de sa cohabitation après la découverte de l'erreur, suivant la disposition de l'art. 180.

Mais celui qui l'aurait connue ne pourrait se plaindre d'une union à laquelle il aurait sciemment consenti (argument de l'art. 180).

Le mariage contracté par l'homme en état de démence ou par l'interdit serait aussi susceptible de la ratification tacite résultant d'une cohabitation de six mois après l'époque à laquelle la démence aurait cessé ou l'interdiction aurait été levée.

566. Nous n'avons parlé plus haut, en commentant l'article 181, que de la cohabitation comme étant approbative du mariage.

Cette cohabitation de six mois, qui couvre le vice du consentement au mariage, n'est qu'une ratification tacite, c'est-à-dire une simple présomption d'approbation d'un mariage originairement nul.

A plus forte raison doit-on donner le même effet à une ratification expresse. Car l'expression positive de la volonté doit bien produire au moins le même effet qu'un simple indice, qu'une présomption quelquefois trompeuse. Telle est aussi l'opinion de Dalloz aîné et de Duranton (1).

Ce dernier auteur fait observer qu'il ne serait pas néces-

(1) Dalloz aîné, t. 10, t. 85, n° 11; Duranton, t. 2, n°s 282, 283, 284.

saire que l'acte approbatif renfermât toutes les conditions prescrites par l'art. 1338 pour les ratifications de contrat ordinaire ; c'est-à-dire la substance de la convention, la mention de la nullite et l'intention de la réparer. « Le mariage, » dit-il, est une matière spéciale qui admet plus facilement » tout ce qui peut réhabiliter le consentement, ce qui peut » en couvrir les vices, lorsque, d'ailleurs, l'ordre public » n'est point intéressé à son annulation. »

Ces réflexions quoique justes méritent cependant quelques explications.

Sans doute on doit être moins rigoureux dans l'appréciation des actes de ratification pour les mariages que pour les conventions ordinaires et d'un intérêt purement matériel.

L'ordre social est lui-même intéressé à ce que les mariages ne soient pas trop facilement annulés sous prétexte d'erreur ou de violence.

Cependant il est nécessaire que l'acte de ratification annonce, dans l'époux qui pourrait réclamer, que le vice de son consentement lui était connu, et qu'il a eu l'intention de le réparer ou d'y renoncer ; autrement il serait facile de surprendre à l'époux trompé ou contraint, après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, quelque déclaration vague, quelques expressions affectueuses, reste ou continuation des habitudes d'une vie intime et des relations continues d'une union qui existait depuis quelque temps, quoiqu'illégale. Confondre ces indices équivoques avec une ratification expresse, leur attribuer autant de force pour effacer le vice du mariage qu'à une *cohabitation* soutenue pendant six mois, ce serait s'exposer à une grave erreur, ce serait blesser et la volonté du législateur et le texte de la loi, en privant l'époux, par une fausse interprétation de ses actes ou de ses paroles, du droit de faire annuler un mariage dans lequel il aurait été la victime de la surprise ou de la violence.

Pour qu'il y ait ratification expresse, il faut, et le mot *ex-*

presse l'indique assez, qu'il y ait volonté *exprimée* de renoncer à des nullités qui seraient au moins indiquées dans l'acte de ratification.

D'ailleurs cette ratification expresse est aussi valable de la part du mineur de 21 ou 25 ans, mais pubère, que de la part d'un majeur. Car, comme déjà nous l'avons dit ailleurs, celui qui peut consentir au mariage peut aussi le ratifier.

En raisonnant ainsi nous supposons que le mariage a été contracté du consentement des père et mère ou des autres parents désignés par la loi.

Examinons les conséquences du défaut de ce consentement.

ARTICLE II.

De la nullité pour défaut du consentement des parents.

SOMMAIRE.

567. *Texte des articles du Code relatifs aux nullités.*
Objet de ce numéro.
568. *L'action en nullité n'est accordée qu'à ceux dont le consentement est nécessaire.*
569. *Droit ancien antérieur à l'édit de* 1556.
570. *Prescription de cet édit.*
Il ne prononçait pas la nullité du mariage.
571. *Le droit actuel est plus sévère.*
572. *Les enfants naturels reconnus sont soumis aux mêmes actions.*
573. *Motifs qui ont fait attribuer l'action, même à l'enfant qui avait besoin de ce consentement, mais en prouvant un préjudice.*
574. *L'action en nullité ne passe pas aux héritiers, pas même après une instance commencée.*
575. Secus *s'il y a eu erreur ou violence.*
576. *Elle ne passe pas aux ascendants, si le père ne décède qu'après le mariage.*
577. *Mais la mère alors peut l'exercer.*
578. *Les ascendants ont aussi l'action, si le père et la mère au moment du mariage étaient dans l'impuissance d'agir.*

579. *Si l'époux était mineur l'action en nullité appartiendrait au conseil de famille qui n'aurait pas consenti au mariage.*
580. *Mais s'il décède, l'action non intentée est éteinte.*
581. Secus *si elle avait été intentée par l'époux mineur.*
582. *L'action est effacée par une ratification expresse ou tacite.*
583. *Caractère de la ratification expresse.*
584. *Caractères de la ratification tacite. — Elle peut se prouver par témoins.*
585. *A défaut de ratification, l'action s'éteint par le délai d'un an du jour où le mariage est connu.*
586. *Comment se prouve cette époque?*
587. *La majorité de* 21 *ou* 25 *ans n'éteint pas l'action des ascendants si elle est postérieure au mariage.*
588. *Mais elle éteint celle du conseil de famille.*
589. *Le délai d'un an éteint aussi l'action de l'époux, et il court pendant sa minorité.*
590. *La ratification expresse ou tacite des ascendants fait cesser l'action de l'époux, même lorsqu'elle a été déjà intentée.*
591. *L'époux même mineur doit prouver que son consentement lui a été surpris et que ce mariage lui nuit.*
592. *Il n'a plus d'action s'il atteint l'âge compétent sans réclamer.*
593. *Qu'entend-on par âge compétent?—Avant cet âge compétent l'époux ne peut ratifier son mariage. — Mais sa ratification pendant l'année de délai doit être expresse.*
594. *Elle ne peut être opposée aux ascendants.*
595. *Après l'année de délai l'époux ne peut arguer de la nullité du mariage ni par voie d'action, ni par voie d'exception.*

567. L'action en nullité pour défaut du consentement de parents est réglée par les articles 182 et 183 du Code civil. Le premier fait reconnaître quelles sont les personnes qui peuvent l'exercer ; le second indique comment elle s'éteint.

Art. 182. « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement (1). »

(2) Même disposition dans le Code du canton de Vaud, art. 86-90; dans celui d'Autriche, art. 96; par le Code prussien, art. 973.

568. On se rappelle que les articles 148, 151, 153, 158, 159 et 160, exigent le consentement des père et mère, ou des ascendants, ou du Conseil de famille, pour le mariage du fils de famille qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, et pour celui de la fille qui n'est pas âgée de 21 ans accomplis.

La loi, en déclarant nuls les mariages qui n'avaient pas été guidés par la sagesses, par la sollicitude éclairée des parents qu'elle désigne, ne devait cependant pas livrer le sort des mariages aux caprices, aux passions de ceux dont elle ne prescrivait pas l'assentiment.

Aussi est-ce à ceux-là seuls dont le consentement était nécessaire qu'elle a réservé l'action en nullité.

Elle l'accorde aussi à l'enfant qui avait eu besoin de ce consentement.

569. Avant l'édit de Henri II, de février 1556, il n'y avait en France aucune loi en vigueur contre les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs père et mère. C'est ce qu'indique le préambule de cet édit.

Les Capitulaires des rois de la première et de la seconde race ne contenaient de dispositions que relativement aux filles que l'on devait obtenir de leur père, sous la puissance desquels elles étaient placées ; sinon le père pouvait exiger qu'on lui rendît sa fille, et l'époux était puni d'une amende.

570. Mais ces lois anciennes étaient tombées en désuétude, lorsque Henri II, pour arrêter des abus nombreux, autorisa, par l'édit de 1556, les père et mère à exhéréder les fils âgés de moins de 30 ans et les filles qui n'avaient pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, s'ils se mariaient sans leur consentement ; le même édit permettait de punir de la même peine les enfants qui, après l'âge fixé, ne requéraient pas le conseil de leurs père et mère.

Cet édit prononçait aussi, en cas d'exhérédation, la nullité des conventions matrimoniales.

Ces dispositions furent confirmées par l'ordonnance de Blois.

L'ordonnance de Louis XIII, du 26 novembre 1639, alla plus loin ; elle déclara les veuves, fils et filles *moindres* de 25 ans qui contracteraient mariage sans le consentement de leurs père et mère, privés et déchus à jamais par ce seul fait, eux et leurs descendants ou héritiers, indignes et incapables des successions de leurs pères, mères, aïeuls et de toutes autres directes ou collatérales, comme aussi des droits et avantages qui pourraient leur être acquis par contrats de mariage et testaments et par les coutumes et lois du royaume, même du droit de légitime.

Quoique ces différentes lois ne prononçassent pas en termes formels et précis la nullité des mariages contractés sans le consentement des père et mère, cependant de l'ensemble de leurs dispositions et de certaines même des expressions qu'elles employaient, on tirait la conséquence que ces mariages pouvaient être déclarés nuls sur la demande des père et mère. Basnage et Soefve rapportent deux arrêts qui l'ont ainsi jugé sur l'appel comme d'abus d'une mère; l'un du 28 janvier 1659 cité par Basnage sur la Coutume de Normandie, l'autre du 18 février 1651 que l'on trouve dans Soefve.

Rousseau-Lacombe, dans son Recueil de jurisprudence, au mot *Mariage*, partie 2, relate beaucoup d'arrêts semblables.

Quoique les mineurs qui n'avaient ni père ni mère ne pussent aussi se marier sans le consentement de leurs tuteurs qui ne le donnaient qu'après avoir pris l'avis des plus proches parents, cependant les conséquences du défaut de ce consentement n'étaient pas aussi rigoureuses que celles qu'entraînait l'absence du consentement des père et mère.

Dans ce dernier cas le mariage était nul ; dans le premier on l'annulait seulement lorsqu'il était désavantageux au mineur et que son consentement paraissait avoir été surpris (1).

(1) Voir, sur cette doctrine, Pothier, *du Mariage*, partie 4, chap. 1, § 2, art. 1, § 1. Voir surtout le 30e plaidoyer de d'Aguesseau, dans la cause de Melchior de Fleury contre la demoiselle de Rezac.

Dans l'ancien droit les père et mère n'avaient pas de puissance sur leurs bâtards. Ceux-ci n'étaient donc pas tenus d'obtenir leur consentement pour leur mariage, cette obligation n'étant que l'effet de la puissance paternelle (1).

L'action en nullité n'était pas aussi accordée aux enfants qui s'étaient mariés sans obtenir les consentements prescrits ; on leur opposait la règle du droit romain : *Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*.

Un arrêt du 6 mars 1703 a rejeté l'appel comme d'abus d'un époux qui attaquait, treize ans après, un mariage contracté par lui en minorité (2).

571. La disposition de l'art. 182 est plus large. Elle autorise l'action en nullité soit de la part des époux ou de l'un d'eux, soit de la part de tous ceux dont le consentement aurait dû être obtenu, suivant les gradations indiquées dans les art. 148 et suivants du Code.

Ainsi le père et la mère ou le survivant d'eux, ou à leur défaut les aïeuls et aïeules, peuvent attaquer le mariage contracté sans leur consentement.

Le tuteur, sur l'avis et comme le mandataire légal du Conseil de famille, peut aussi demander la nullité du mariage pour lequel le Conseil de famille n'a pas été consulté.

572. Si les enfants naturels reconnus légalement négligent d'obtenir le consentement de leurs père et mère, ceux-ci ont aussi le droit de faire annuler le mariage qui aurait été contracté avant l'âge compétent. Car ils sont au nombre des personnes dont le consentement était requis. Mieux traités par notre Code civil que par le droit ancien, les enfants naturels reconnus qui reçoivent une part dans la succession de leurs père et mère devaient aussi être soumis à leur puissance. Les devoirs qui leur sont imposés sont une conséquence de la protection et des autres avantages qu'ils obtiennent.

(1) Pothier, *ibid*, § 3.
(2) Voir l'arrêt cité par Rousseau-Lacombe au mot *Mariage*.

Mais si un enfant naturel n'a pas été reconnu et qu'il se soit marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, comme le prescrit l'art. 159 du Code, personne autre que l'enfant ne pourrait demander la nullité du mariage. Car comme il n'aurait pas été nommé de tuteur *ad hoc*, personne ne pourrait dire que son consentement était nécessaire et qu'on a blessé ses droits en ne l'obtenant pas (1).

573. D'après ce que nous venons de dire, la nullité peut, sous la législation actuelle, être réclamée par l'enfant lui-même. C'est un principe qui n'a été admis qu'après une longue controverse.

La Section refusait à l'époux le droit de se prévaloir de sa propre faute et d'invoquer la loi qu'il avait lui-même violée pour faire rompre un mariage consommé.

On ajoutait que sa minorité était un vain prétexte pour échapper à cette fin de non-recevoir; qu'en effet, si ses parents n'attaquaient pas son mariage, il était réputé n'avoir pas été déçu.

Mais la disposition était favorable à la puissance paternelle.

L'esprit de la loi la commandait même, puisque c'était dans l'intérêt du mineur qu'elle exigeait le consentement de ses ascendants ou de sa famille et qu'elle le déclarait incapable de contracter seul un mariage.

L'indifférence de la famille ne devait pas le priver du bénéfice de la loi.

« En général, il est permis à tous ceux qui ont contracté une obligation nulle et vicieuse de réclamer contre leur engagement, surtout lorsqu'ils l'ont contracté pendant leur minorité. L'intérêt des parties est la mesure de leur action. Si on reçoit favorablement les plaintes d'un mineur qui prétend avoir été surpris dans une convention peu importante, on doit avec plus de justice lui accorder la même faveur

(1) Duranton, *Droit civil*, t. 2, p. 294.

lorsqu'il demande à être restitué contre l'aliénation qu'il a faite de tous ses biens et de sa personne (1). »

Ces motifs prévalurent et la disposition fut adoptée.

Ainsi l'enfant qui avait besoin du consentement de ses parents peut demander la nullité de son propre mariage.

La simple déclaration qu'il aurait faite de sa majorité ne ferait pas obstacle à son action, comme le décide l'art. 1307 du Code; une telle fin de non-recevoir eût fourni un moyen trop facile d'éluder la loi.

Mais s'il avait employé des moyens frauduleux pour tromper son conjoint et l'officier public, son action devrait être rejetée. Car il y aurait délit ou quasi-délit, et les mineurs ne sont pas restituables contre les obligations qui résultent d'un fait que la loi punit. (Code civil, art. 1310; Code d'inst. crim., art. 340; Code pénal, 66-69.)

Remarquons au reste que l'époux qui attaque son propre mariage ne doit pas être très-favorablement accueilli et qu'il faut que non-seulement la contravention soit établie, mais encore qu'il prouve que son mariage est l'œuvre de la séduction et de son inexpérience, qu'il ne lui convenait pas et qu'il compromet gravement son bonheur et sa fortune. C'est comme lésé plutôt que comme mineur qu'un époux peut obtenir, d'après l'art. 182, la résolution du mariage qu'il a contracté. C'est ce que démontrent les motifs même qui lui ont fait accorder ce droit.

574. Les dispositions de l'art. 182 ont donné lieu à plusieurs questions.

L'article n'accorde le droit d'attaquer le mariage qu'aux parents dont le consentement était requis.

Ce droit est-il transmissible soit qu'il n'ait pas été exercé, soit qu'il y ait eu un commencement d'exercice?

Les termes de l'article sont exclusifs de toute autre per-

(1) Portalis, Exposé des motifs, expressions empruntées de d'Aguesseau; procès-verbal du 6 brumaire an 10; Esprit du Code civil sur l'art. 182.

sonne que celles auxquelles l'action est spécialement attribuée.

Le mariage ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis.

Ces expressions sont évidemment restrictives. Elles démontrent que le droit n'appartient qu'à ceux-là seuls dont le consentement est prescrit; et l'esprit de la loi est en harmonie avec la lettre. Elle a voulu punir dans l'enfant le mépris de la puissance à laquelle elle l'avait soumis, s'en rapportant, d'ailleurs, à la sollicitude éclairée et à la tendresse de ceux auxquels elle avait confié cette puissance pour ne pas user du droit qu'elle leur attribuait, si le mariage de l'enfant lui était avantageux plutôt que nuisible.

De là plusieurs conséquences :

Si les personnes dont le consentement était requis meurent avant d'avoir attaqué le mariage, elles ne transmettent pas leur droit à leurs héririers. Car ceux-ci pourraient en abuser. Ils pourraient l'exercer contrairement aux intérêts des enfants; ils pourraient même blesser la volonté de ceux qu'ils représentent, le silence de ceux-ci ayant pu être déterminé ou par un pardon généreux ou par la crainte de causer aux enfants un préjudice réel.

Mais si la mort surprend les père et mère après l'exercice de l'action, pendant le cours de l'instance, leurs héritiers pourront-ils en poursuivre le jugement?

On doit aussi répondre négativement. Il est vrai que pour repousser, dans ce dernier cas, l'action des héritiers, on ne peut plus invoquer des présomptions de pardon ou de ménagement de la part des ascendants.

Mais il reste toujours le motif principal puisé dans les termes de la loi qui ne permet qu'aux ascendants seuls d'attaquer le mariage; il reste la considération légale que leurs héritiers n'ont pas succédé à leur puissance paternelle et à la direction de la personne de l'enfant; il reste la considération morale qu'à eux seuls aussi il appartenait de venger

leur injure personnelle ; il reste enfin la pensée que peut-être eux-mêmes ils eussent, avant le jugement, pardonné s'ils avaient vécu.

Ajoutez à ces réflexions le défaut d'intérêt des héritiers dont l'intérêt doit être, en général, la mesure des actions.

Or, il ne s'en présente aucun pour eux dans une action de ce genre, puisque leur succès même n'affaiblirait pas les droits de l'enfant dans les successions de ses ascendants ; puisque ce succès s'effacerait même devant le renouvellement du mariage qui pourrait être contracté une seconde fois presqu'aussitôt que rompu.

575. Remarquons qu'il n'y a aucune similitude entre ce cas et celui de la demande en nullité formée par l'époux lui-même pour cause d'erreur ou de violence.

Que les héritiers de l'époux puissent poursuivre l'action commencée, cela se conçoit. Il ne s'agit pas seulement d'une injure personnelle à venger ; il ne s'agit pas d'un droit de puissance paternelle à exercer. Il s'agit de détruire un contrat illégal, fruit vicieux de la surprise ou de la violence ; il s'agit de priver le coupable ou le complice des avantages d'une frauduleuse spéculation ; il s'agit même moins d'une peine à faire prononcer que d'un acte de justice à obtenir.

Et l'intérêt né et actuel des héritiers leur commande même des poursuites dont les résultats seront d'anéantir un mariage qui ne pourra plus se renouveler et de leur faire restituer des biens dont la fraude ou la violence exercées sur le défunt les auraient privés.

La différence notable des deux espèces doit conduire à une différence également marquée dans les deux solutions (1).

Les motifs exposés sous le précédent numéro repousseraient aussi l'action d'un héritier testamentaire ou d'un légataire qui n'aurait été gratifié qu'à la charge de poursuivre une demande en nullité de mariage, formée par un

(1) Voir dans le même sens Vazeilles, t. 1, 267; Dalloz aîné, t. 10, p. 85. n° 5.

ascendant pour la cause exprimée dans l'article 182. Le légataire est sans qualité pour exécuter une condition qui est contraire à la loi. Mais le legs doit être maintenu. (V. art. 900 du Code civil.)

576. Le décès des père et mère après le mariage, sans avoir intenté l'action en nullité, mais étant encore dans un délai utile pour la former, donne-t-il ouverture au droit des ascendants du degré supérieur?

MM. Duranton et Dalloz aîné leur refusent ce droit.

M. Vazeilles le leur accorde; il l'attribue même au conseil de famille en faisant valoir des considérations graves, mais en reconnaissant que le texte de la loi est muet sur la difficulté, et que c'est dans son esprit qu'il faut en chercher la solution.

L'opinion de ce dernier auteur ne nous paraît pas juste. Le texte et l'esprit de la loi s'accordent à la repousser.

Le texte suffirait seul. En déclarant *que le mariage ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis*, il refuse clairement et formellement l'action de ceux dont le consentement n'était pas nécessaire. Or pour connaître ceux que la loi appelle à agir, il faut se reporter au moment du mariage, c'est-à-dire à un moment où les père et mère étaient vivants.

Alors c'était d'eux seuls que le consentement était nécessaire. Celui des ascendants d'un degré supérieur n'eût été d'aucune utilité pour la validité du mariage. Ils n'auraient eu aucun droit pour s'y opposer. Aucun droit pour l'attaquer ne leur est né au moment du contrat. Comment ce droit leur serait-il advenu depuis? Et comment pourraient-ils échapper à cette prohibition si absolue de l'art. 182, qui déclare que le mariage *ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis*.

Dira-t-on avec M. Vazeilles « qu'ils ONT SUCCÉDÉ *au pouvoir des père et mère?*

» Que le mariage fait est de droit présumé préjudiciable au mineur.....

» Que ce n'est plus l'injure des parents défunts qu'il s'agit de venger ; que c'est l'état du mineur qu'il faut régler ;

. . . . . .

» Qu'il faut bien que, dans son propre intérêt, la nullité de ce malheureux lien puisse être poursuivie par ces parents qui ont hérité des droits et des devoirs tutélaires de ceux que la mort a enlevés ? »

Tous ces raisonnements reposent sur une fausse base ; sur la supposition que les ascendants ou le Conseil de famille avaient succédé à la puissance des père et mère sur l'enfant marié.

Mais une observation a échappé à l'attention de l'estimable jurisconsulte.

Il n'a pas fait attention que le mariage, n'étant pas nul de plein droit, avait émancipé l'enfant (C. civ. art. 476) ; et que tant que le mariage subsistait, l'émancipation qui en était la conséquence nécessaire subsistait également.

Ainsi les père et mère n'avaient plus de puissance paternelle sur leur enfant au moment de leur décès. Cette puissance, ils auraient pu, il est vrai, la recouvrer en faisant annuler le mariage ; mais, enfin, tant que la nullité n'avait pas été prononcée, leur puissance n'existait pas.

Or si elle n'existait pas pour eux, comment les ascendants d'un degré supérieur ou le Conseil de famille auraient-ils pu y succéder ?

Et si le mineur était émancipé, comment ces ascendants, ce conseil de famille auraient-ils pu acquérir un *pouvoir*, *des droits et des devoirs tutélaires* à l'égard de l'époux ?

Quant à l'*intérêt* du mineur, *au malheureux lien dont il est* la victime, à *l'égarement auquel il a été livré*, ces raisons de sentiments sont impuissantes devant l'impassibilité de la loi qui ne permet pas d'accorder à des considérations plus ou moins vraies le droit exorbitant d'annuler un mariage.

Au reste, la loi a fourni elle-même à l'époux séduit ou égaré un remède facile et sûr auquel il pourra recourir

lorsque ses illusions se seront évanouies et qu'il sera revenu de son égarement. Alors il aura la faculté de demander la nullité d'une union imprudente qui aurait trompé ses espérances et flétri le bonheur de sa vie. C'est un droit que lui donne l'art. 182 et qu'il conserve même pendant un an après sa majorité comme le dit l'art. 183 dont nous nous occuperons bientôt.

577. Que doit-on décider si la mère de l'époux survit au père et qu'il n'ait été obtenu le consentement ni de l'un ni de l'autre?

Dans ce cas la mère peut attaquer le mariage. Ce droit ne lui est pas transmis; il lui est personnel. Car pendant la vie même du père, la mère avait aussi son consentement à donner; et quoique, en cas de dissentiment, celui du père eût suffi, si aucun consentement n'a été demandé, si, par conséquent, il ne s'est pas manifesté de dissentiment, le droit de la mère est maintenu, et l'action lui appartient (1).

Il en serait de même si au moment du mariage le père avait été dans l'impossibilité de manifester sa volonté quel qu'en fût le motif, et que l'on eût négligé d'obtenir le consentement de la mère; à elle seule, dans ce cas, appartiendrait l'action en nullité, puisque c'était à elle seule à consentir. (C. civ. art. 14.)

Il importerait peu que le père eût reparu depuis le mariage ou qu'il eût recouvré la faculté d'exprimer une volonté; cette circonstance ne lui rendrait pas un droit dont l'aurait privé sa position au moment du mariage; et la mère qui était dès-lors investie de ce droit ne devrait pas elle-même le perdre (2).

Seulement il faudrait que, pour attaquer le mariage comme pour toute autre action judiciaire, elle fût autorisée

(1) Dalloz aîné, t. 10, p. 83, nº 2.

(2) Voir dans ce sens Dalloz aîné, t. 10. 85, nº 3; *Contrà*, Duranton, t. 2, numéro 288.

par son mari ou par le juge. (Code civil, article 215-218.)

578. Si les père et mère, étant au moment du mariage dans l'impossibilité de manifester une volonté, étaient remplacés par les aïeuls et aïeules pour le consentement requis, et si ce consentement ne leur était pas demandé ou n'avait pas été obtenu, l'action en nullité du mariage leur appartiendrait; c'est ce qui résulte de la combinaison des art. 150 et 182 du Code; et cette action ils la conserveraient seuls quels que fussent les événements postérieurs, le droit leur étant acquis.

Mais si l'une des deux lignes ne concourait pas à l'action et que, sur sa mise en cause qui devrait être ordonnée, elle déclarait ne pas vouloir attaquer le mariage, ce refus serait une approbation qui ferait cesser l'action de l'autre ligne. Car, aux termes de l'art. 150, le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement au mariage s'il est à faire, et par cela même doit valoir ratification du mariage qui est déjà fait.

579. Lorsque l'époux est mineur et n'a ni père ni mère ni aïeux, le Conseil de famille, dont il devait obtenir le consentement, peut faire annuler le mariage. Mais aucun parent n'a le droit individuellement de demander cette nullité. C'est au tuteur d'agir ou à celui des parents que délègue le Conseil; et c'est en vertu d'une délibération de ce Conseil que l'action doit être exercée.

M. Dalloz aîné, qui exprime cet avis, remarque avec raison que l'action peut être intentée du vivant des époux, et que régulièrement même elle doit l'être alors. Car c'est principalement dans l'intérêt de l'époux qui était sous sa surveillance que le Conseil de famille fait agir. L'intérêt des parents ne peut être sous aucun rapport le mobile de l'action; et l'art. 187 ne s'y applique pas, puisque ce n'est pas au nom des individus, mais à celui de l'être moral appelé *Conseil de famille* que l'action est intentée (1).

(1) Dalloz aîné, t. 10, p. 85, n° 9.

580. Ceci nous conduit à examiner si la mort de l'époux, dont la contravention a donné naissance à l'action, la fait cesser.

La question peut se présenter sous trois rapports, correspondant aux trois différentes qualités des personnes qui peuvent agir, savoir :

Relativement aux père et mère et aux autres ascendants ;

Relativement au conseil de famille ;

Relativement à l'époux lui-même.

Considérée sous le premier rapport, l'action doit subsister malgré le décès de l'époux. Car le père, la mère et les autres ascendants sont appelés par la loi à exercer un droit personnel qu'elle leur confère. Ils sont autorisés à venger leur puissance méconnue, leur dignité méprisée, leur affection paternelle outragée. L'annulation du mariage seule peut réparer l'injure qui leur a été faite et celle que la loi elle-même a soufferte en leurs personnes.

Laisser subsister le mariage ce serait aussi nuire aux père et mère, souvent même aux autres ascendants, dans leurs droits héréditaires sur les biens de l'époux. Car les effets civils du mariage et l'exécution des conventions matrimoniales pourraient attribuer ces biens, ou aux enfants nés d'une union illégale, ou même au conjoint qui aurait connu la contravention et qui y aurait concouru.

Mais si l'action appartient seulement au conseil de famille, et qu'avant même qu'il ait pris sa délibération l'époux décède, l'action s'évanouit. Car un individu mort n'a plus ni conseil de famille ni tuteur. Ce conseil de famille n'a plus à s'occuper des intérêts d'un mineur, sur lesquels l'existence seule de celui-ci lui donnait un droit de surveillance protectrice, et qui par son décès ne concernent plus que ses héritiers quels qu'ils soient (1).

(1) Duranton, t. 2, n° 293; Toullier, t. 1, n° 557.

Mais si la délibération était prise, l'instance, même commencée, quel en devrait être le sort?

Les mêmes motifs, qui empêcheraient de former la demande si la délibération n'avait pu être prise, devraient s'opposer aussi à ce qu'on y donnât suite si déjà elle était intentée. Car si au décès de l'enfant il n'y a plus de Conseil de famille, le pouvoir et l'action de ce Conseil se sont nécessairement éteints avec lui.

Dans quel intérêt, d'ailleurs, se poursuivrait l'action? Ce ne serait pas dans l'intérêt de l'époux mineur, puisqu'il n'existerait plus. Ce ne pourrait être que dans l'intérêt de ses héritiers. Mais ceux-ci ne sont pas représentés par un conseil de famille qui n'est pas le leur ni par un tuteur sous l'administration duquel il n'ont jamais été placés. La qualité et l'action qui y étaient attachées cessant dans le Conseil de famille et son délégué, les héritiers de l'époux mineur pourraient seuls reprendre les poursuites, si la loi leur en attribuait le droit.

Mais ce droit ne leur appartient pas. La loi ne permet aux héritiers d'attaquer le mariage d'un époux qu'ils représentent que dans les cas prévus par les articles 184 et 191. Ce droit exorbitant, ce privilége ne peut être étendu d'un cas à un autre; il doit être renfermé dans les limites fixées par la loi; et par conséquent il ne peut s'appliquer au cas réglé par l'art. 182.

581. Mais il n'en serait pas ainsi si l'époux lui-même avait formé la demande en nullité, et s'il décédait avant le jugement.

Une telle demande, qui, de la part de l'époux, puiserait nécessairement ses motifs dans la séduction auquel il aurait été livré, dans la faiblesse et l'inexpérience de son âge et dans le préjudice que lui aurait causé une union mal assortie, une telle demande, qui tendrait non-seulement à détruire cette union pour l'avenir, mais encore ses effets civils pour le passé, une telle demande pourrait être suivie

par les héritiers, comme représentant le défunt dans les intérêts matériels que sa demande contient, comme n'agissant pas d'ailleurs de leur propre chef mais du chef de celui auquel ils ont succédé, comme ne faisant qu'exécuter sa volonté et consommer une entreprise que lui-même avait formée.

582. Nous avons examiné par qui pouvait être proposée la nullité dont s'occupe l'art. 182; nous déterminerons avec l'art. 183 quand cette nullité cesse d'être proposable.

Art. 183. « L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

» Elle ne peut être intentée non plus par l'époux lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage (1). »

La nécessité de fixer le sort et l'état des époux et les graves inconvénients qu'il y aurait à prolonger indéfiniment l'incertitude du mariage, ont fait admettre de tout temps le principe que la ratification ou l'approbation du mariage équivaut au consentement.

Autrefois comme aujourd'hui l'approbation de ceux dont le consentement était requis pour le mariage pouvait être expresse ou tacite.

Elle était expresse quand elle se trouvait dans un acte formel, comme si le père faisait une donation à son fils en faveur de ce mariage; elle était tacite lorsqu'elle résultait de

(1) Le Code hollandais, art. 146, fixe à six mois au lieu d'une année le délai de la réclamation dans les divers cas prévus par l'art. 183 du Code Napoléon.

divers faits qui démontraient nécessairement l'intention de ratifier le mariage. Un arrêt du Parlement de Paris de décembre 1672, déclara un père non recevable dans la demande en nullité d'un mariage contracté par le fils sans son consentement, parce qu'il avait été parrain d'un enfant né de ce mariage (1).

La conduite affectueuse du père envers son fils, depuis le mariage, envers l'épouse, envers leurs enfants, le titre de sa fille qu'il donne à celle-ci, et divers autres faits, peuvent être considérés comme approbatifs du mariage.

C'est dans les circonstances que se puise la fin de non-recevoir. La preuve par témoins de ces circonstances est admissible. C'est aux magistrats à les apprécier.

Des arrêts des 27 avril 1660 et 3 novembre 1683 n'ont pas regardé comme une approbation la bénédiction donnée par un père au lit de la mort à son fils qui s'était marié sans son consentement. « Il pardonne comme chrétien, mais il punit comme magistrat, disait l'avocat-général Talon, lors de l'arrêt de 1660. *Censetur remisisso odium, non satisfactionem injuriæ.*

Sous l'ancien droit, quoique le père eût connu le mariage, aucun terme ne lui était fixé pour en demander la nullité ; tant qu'il n'avait pas fait d'acte approbatif, son action était recevable. Et l'on a vu de nombreux exemples de mariages annulés après une longue exécution et malgré la survenance d'enfants qui étaient ainsi déclarés illégitimes.

Ces inconvénients étaient graves.

Le Code civil les a prévenus par une sage disposition sur le délai de l'action.

D'après l'art. 183, l'action n'est pas recevable, savoir :

De la part des parents, s'il y a eu approbation expresse ou tacite ou s'il s'est écoulé une année sans réclamation depuis que le mariage leur est connu.

(1) Journal des audiences, t. 3, l. 6. chap. 31 ; Pothier, *du Mariage*, n° 446.

De la part des époux, soit après l'approbation des parents, soit après un an de silence depuis qu'ils ont atteint l'âge compétent.

Le Code civil s'est conformé aux principes anciens et aux usages généralement reçus, en admettant comme fin de non-recevoir contre l'action des parents la ratification expresse ou tacite, directe ou indirecte du mariage.

583. Pour la ratification expresse, il n'est pas nécessaire, comme nous l'avons déjà fait observer sur l'art. 182, que l'acte qui la renferme remplisse toutes les conditions prescrites par l'art. 1338; c'est-à-dire qu'il énonce le mariage, le moyen de nullité et l'expression de l'intention de réparer le vice.

Il suffira que la qualité des époux y soit rappelée et que les conventions qui en seront l'objet aient quelque trait à cette qualité. La reconnaissance du titre emporte nécessairement ractification du mariage de la part des parents qui concourent à l'acte.

La mention du vice de l'union pourrait blesser les convenances, froisser au moins la délicatesse d'une jeune épouse, et laisser dans les cœurs un germe d'aigreur que l'acte de ratification a eu pour but d'étouffer.

Une telle mention est d'autant plus inutile qu'il n'en est pas du mariage comme d'un contrat ordinaire dont les nullités peuvent être ignorées par les contractants, lorsqu'ils sont dépourvus de notions suffisantes sur les principes du droit

Il est, d'ailleurs, facile de surprendre aux contractants eux-mêmes quelques conventions ambiguës que l'on pourrait faire considérer comme approbatives d'un premier contrat que cependant les parties n'entendraient pas ratifier. Ces dangers ont dû, pour les cas généraux, commander les précautions indiquées dans l'art. 1338 du Code civil.

Mais un père, une mère, des ascendants, un Conseil de famille ne peuvent ignorer que leur consentement n'a pas autorisé le mariage. Leur refus, si ce consentement a été de-

mandé, le mépris de leur autorité si l'on n'a fait aucune démarche pour l'obtenir, ont dû produire un mécontentement réciproque, une désunion assez caractérisée pour éloigner momentanément les nouveaux époux de leurs parents.

Si donc ils se rapprochent, s'ils traitent ensemble, si dans l'acte qui est leur œuvre simultanée, le mariage est énoncé comme existant sans que les parents se réservent de l'attaquer, si surtout les conventions ont quelque trait direct ou indirect à ce mariage, évidemment il y a ratification expresse et le vice du contrat est réparé.

584. Quant à la ratification tacite ou indirecte, c'est dans des faits plus que dans les actes qu'elle réside. Ce sont les circonstances qui la signalent. Les rapports qui se sont établis entre les époux et leurs parents, les témoignages d'affection que leur aurait donnés le père, la mère, les ascendants, ceux enfin dont le consentement était requis, la reconnaissance publique et sans protestation de leur titre d'époux, et d'autres faits semblables seraient autant de preuves du pardon des parents et de leur approbation tacite du mariage.

Si ces faits étaient méconnus pour faire accueillir la fin de non-recevoir on serait autorisé à les prouver par témoins. Car la plupart des faits d'approbation peuvent échapper à des preuves écrites; et cependant la loi a voulu que les époux pussent les invoquer, puisqu'elle les autorise à proposer comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité, l'approbation même *tacite* de ceux qui attaquent le mariage.

Une approbation *tacite* n'est pas une approbation écrite. C'est une approbation qui se tire par induction des faits, des circonstances, de la conduite extérieure de ceux auxquels on l'oppose. C'est donc par la connaissance de ces faits, de cette conduite extérieure que les magistrats peuvent juger s'il y a eu non approbation tacite; et comment pourraient-ils être instruits de ces faits, les apprécier, y rechercher

l'intention des parents si des témoins ne venaient pas les leur apprendre et les grouper devant eux?

585. En l'absence de faits positifs qui caractérisassent la ratification tacite, l'art. 183 la fait résulter de l'expiration d'une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était requis, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

Cette règle est une heureuse innovation. Elle a été dictée par l'intérêt de ne pas troubler des mariages formés ou de ne pas en livrer le sort à une trop longue incertitude.

« Il a semblé que le père et la famille ne devaient pas rester neutres; qu'ainsi, indistinctement et dans tous les cas, ils doivent perdre le droit de réclamer contre le mariage fait sans leur aveu, lorsqu'ils n'ont pas proposé leur réclamation depuis qu'ils en ont eu connaissance. (1) »

Suivant M. Locré ces principes n'ont pas été contestés.

On fut divisé seulement sur la nécessité d'un délai pour donner effet au silence des parents et sur la durée de ce délai.

On proposa de ne pas subordonner la fin de non-recevoir à l'expiration d'un délai déterminé, mais de laisser au juge l'examen des circonstances et le soin de se décider d'après les preuves qui en résulteraient.

Mais ces raisons, toutes puissantes si des faits particuliers établissaient une approbation directe, étaient sans force si le silence pouvait être invoqué. La nécessité d'un délai fut donc reconnue pour ne pas inquiéter pendant une trop longue suite d'années les époux et leurs enfants.

Mais quel serait ce délai?

Le borner à un mois c'eût été lui donner une durée trop courte et affaiblir la puissance paternelle.

Le porter à deux ans, comme le voulait la Cour de cassa-

(1) Procès-verbal du 5 vendémiaire an 18; Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 182.

tion, c'était jeter les époux dans de trop longues angoisses et s'exposer à compromettre le sort de plusieurs enfants.

Ces considérations déterminèrent à fixer le terme de la réclamation à un an à compter du jour où les parents ont eu connaissance du mariage.

586. Mais comment cette connaissance sera-t-elle constatée ?

Elle le sera par les écrits des parents, s'il en existe, par une simple lettre même émanée d'eux, par tout autre acte où en leur présence le mariage aurait été énoncé.

A défaut de preuves écrites elle le sera par les circonstances.

Si des publications avaient été faites dans le domicile même des père et mère ou des autres parents, cette circonstance serait déterminante. Car il ne serait guère possible que le mariage eût été ignoré (1).

Si les parents habitaient le même lieu que les époux et si la possession d'état de ceux-ci était notoire, les parents ne pourraient pas aussi dénier avoir connu le mariage, à moins que le lieu ne fût une ville considérable et par son étendue et par sa population (2).

On devrait surtout admettre la présomption de la connaissance du mariage de la part des ascendants qui, habitant la même ville que les époux, auraient laissé écouler plusieurs années sans réclamation (3).

Au reste, c'est à la sagesse des tribunaux que la loi s'en réfère pour l'appréciation des faits propres à établir que le mariage était connu par les parents un an au moins avant la demande en nullité.

Les époux défendeurs doivent aussi être admis à la preuve testimoniale des faits qui justifieraient cette connaissance.

(1) Pandectes françaises, sur les art. 182 et 183 (ou 76, 77).
(2) Arrêt du 1er prairial an 13, Turin, Dalloz aîné, t. 10, p. 86.
(3) Arrêt de la Cour de Grenoble du 27 février 1817; Dalloz aîné, *ibid*, 104.

Cette preuve ne pourrait être refusée soit parce qu'il n'aurait pas dépendu des époux de se procurer une preuve écrite de leur exception (1), soit parce que les faits de cette nature sont comme ceux qui constituent une approbation tacite. La preuve n'en est guère possible que par témoins (2).

Il est, d'ailleurs, de principe que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'on peut se décider par des présomptions et réciproquement. Or l'on sait que dans les questions de fait, comme les magistrats ont la faculté de consulter les présomptions résultant des circonstances, ils peuvent aussi recourir à la preuve testimoniale. (Art. 1353 du Code civil.)

Mais en admettant la fin de non-recevoir autorisée par l'art. 183 contre la demande en nullité du mariage, le juge doit constater positivement par les motifs de sa décision que le mariage était connu par le demandeur au moins un an avant sa demande. Sans cette constatation, l'exception n'a plus de base légale et la décision est vicieuse.

C'est ce qu'a jugé en thèse la Cour de cassation dans l'affaire Somma Ripa, par arrêt du 16 juillet 1817. En voici les motifs :

« Considérant qu'il résulte de l'art. 183 du Code civil, qu'un père ne peut être déclaré non-recevable à attaquer le mariage que son enfant mineur a contracté sans son consentement, qu'autant que sa demande n'a été formée que plus d'un an après la connaissance par lui acquise de ce mariage ;

» Que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne prononce pas d'une manière expresse que Somma Ripa n'ait attaqué le mariage de sa fille que plus d'un an après la connaissance par lui acquise de ce mariage ; que par conséquent l'arrêt en déclarant cette action non-recevable a violé la loi ci-dessus;

(1) Argument de l'art. 1348 du Code civil.
(2) Pandectes françaises, *ibid.*

» La Cour casse, etc. (1). »

La demande en nullité avait été formée par un mandataire du père, au nom de celui-ci, la fille s'y était jointe. Vingt-trois ans s'étaient écoulés depuis le mariage; et la Cour de Paris avait rejeté la demande sur le fondement qu'on ne pouvait supposer que Somma Ripa eût ignoré pendant 23 ans le mariage de sa fille, contracté publiquement et qui n'avait pas été secret; que ce mariage, quant à la forme, avait été célébré comme il pouvait l'être dans le lieu, d'après les circonstances.

L'arrêt de cassation paraît bien sévère.

587. Cet arrêt décide aussi implicitement une question qui, dans l'ancien droit, avait reçu une solution contraire.

Lorsqu'un fils s'est marié en minorité sans le consentement de son père, s'il devient majeur, et qu'il déclare persister dans ce mariage sans que, d'ailleurs, cette déclaration parût être la suite et la continuation de la séduction commencée en minorité, le père n'est plus recevable dans la demande en nullité. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 6 mars 1636 rapporté par Bardet. Les raisons qui déterminèrent l'arrêt furent que l'âge auquel était parvenu le fils l'autorisait à se marier sans le consentement de son père, et que sa volonté, qui suffirait pour la validité d'un nouveau mariage, doit suffire aussi pour effacer le défaut de celui qui a déjà été contracté (2).

Cette question ne pourrait pas se reproduire aujourd'hui d'après les termes de l'art. 183 du Code civil et les discussions qui l'ont préparé.

L'article n'admet de fin de non-recevoir que celle qui résulte d'une approbation expresse ou tacite ou du silence pendant un an depuis que la connaissance du mariage est parvenue aux parents.

Cette exception à la demande en nullité est la seule que

(1) Sirey, t. 17. 1. 252.
(2) Pothier, *du Mariage*, n° 446.

la loi reconnaisse, la seule qu'elle pose, la seule, par conséquent, qui puisse être accueillie.

Cette conséquence ne paraîtra pas douteuse, si l'on recherche l'intention du législateur.

On voit dans les procès-verbaux du Conseil d'État que la Section de législation avait proposé de ne plus autoriser l'action en nullité de la part des ascendants dès que l'époux aurait atteint sa majorité.

Le système de la Section était appuyé sur de fortes raisons.

Le consentement du père et le droit de réclamer contre le mariage du fils mineur, disait-elle, sont établis pour l'intérêt de celui-ci non pour l'intérêt du père. Ce droit doit donc cesser lorsque le fils devenu majeur est en état de connaître ce qui lui est avantageux.

Comment la loi pourrait-elle permettre au père, lorsque sa puissance paternelle a cessé, d'en exercer un des droits les plus prononcés, en demandant la nullité du mariage du fils?

Ne serait-il pas dangereux, contraire aux mœurs, outrageant même pour le père de l'autoriser à faire cesser un mariage qui pourrait être renouvelé presqu'aussitôt que cassé?

Mais on répondait que l'autorité paternelle avait été blessée par le mariage, et que le père ne pouvait perdre le droit qui lui avait été dès-lors acquis;

Que quelques inconvénients ne devaient pas faire oublier l'avantage de maintenir le respect dû à l'autorité paternelle;

Que seulement pour ne pas laisser dans une incertitude perpétuelle le sort du mariage et celui des enfants il fallait limiter la durée de l'action.

Le Conseil d'État décida, en conséquence, que la majorité de l'époux n'éteindrait pas l'action des ascendants ni celle de la famille.

588. Si la règle fut étendue à la famille, dit Locré, ce fut pour ne pas rendre illusoire la disposition de loi qui exigeait le consentement du conseil de famille à défaut d'ascendants (1).

Cependant il peut paraître bizarre que le conseil de famille puisse agir lorsqu'il a cessé d'exister, la majorité de l'époux l'ayant dissous.

Frappé de cette singularité, M. Duranton pense qu'on doit limiter à une année après la majorité de l'époux la durée du droit du conseil de famille à provoquer la nullité du mariage; il admet, en conséquence, qu'on peut supposer ce conseil de famille encore moralement existant pendant l'année qui suit la majorité.

Le système mixte de M. Duranton décèle son embarras. Luttant contre son propre jugement et craignant de violer la loi, il a cherché à échapper à la difficulté par une espèce de transaction entre le texte de l'art. 183 et la solution que lui indiquait sa raison; mais il n'a satisfait ni à l'un ni à l'autre.

Le texte de l'article ne fixe à l'action en nullité aucun terme, si ce n'est à compter de la connaissance que les parents auraient eue du mariage. Un an après cette connaissance, l'action en nullité est éteinte sans qu'il soit besoin d'examiner si l'époux était majeur ou mineur au moment où l'année de délai a commencé.

Mais si cette connaissance ne parvient pas à la famille ou si la preuve du fait ne peut être offerte, le terme est indéfini, et il se pourrait que, vingt ans et plus après la majorité de l'époux, un prétendu conseil de famille vînt attaquer le mariage sous prétexte que ce mariage avait été contracté sans son consentement.

Cependant une telle idée est choquante.

Que doit-on décider?

(1) V. le procès-verbal du 5 vendémiaire an 10, et l'Esprit du Code civil sur l'art. 183.

On doit, pour résoudre la question, ne pas s'arrêter à quelques réflexions émises mais non développées au Conseil d'État, et se fixant sur les vrais principes, dire que le conseil de famille n'a plus d'action dès que l'époux qu'il devait attaquer a atteint la majorité fixée pour le mariage.

En effet, pour avoir une action il faut avoir un titre qui la donne, un droit à réclamer, un intérêt à conserver.

Or, lorsqu'un mineur devient majeur, il cesse d'avoir un conseil de famille. Celui qui s'était formé se dissout; et les parents ne peuvent se réunir pour en former un nouveau. Car ils n'ont plus d'autorité sur l'enfant. Ils n'ont plus ni droit d'administration, ni même droit de surveillance sur sa personne et sur ses biens. En quelle qualité donc pourrait-ils agir? Quel serait leur titre pour demander la nullité du mariage?

Y auraient-ils quelque intérêt?

Mais il est peu de membres du conseil de famille qui soient les successibles du mineur, et quelquefois il n'y en a aucun.

Mais d'ailleurs comme héritiers présomptifs, la loi ne les autoriserait pas à attaquer le mariage.

Argumenterait-on, en faveur du conseil de famille, du droit que la loi leur conférait au moment du mariage? Dirait-on qu'ils n'ont pu perdre ce droit?

Mais ce droit n'était pas personnel aux membres du Conseil.

Ce droit, d'ailleurs, ce n'était pas dans leur intérêt qu'il leur était attribué; c'était dans l'intérêt du mineur, c'était dans le but de sauver celui-ci du danger de ses égarements, des erreurs de son inexpérience. Ce droit temporaire, accidentel doit donc cesser avec sa cause, c'est-à-dire dès que le mineur a atteint l'âge où la loi s'en repose sur lui-même pour sa propre direction.

Les membres du conseil de famille ne peuvent être, d'ailleurs, assimilés au père, à la mère, aux ascendants du mi-

neur qui ont une injure personnelle à punir, qui ont à venger l'outrage fait à leur dignité de famille autant qu'à leur autorité paternelle, à cette dignité dont la morale comme la loi commandait le respect. Cette dignité ne s'efface pas, le respect qui leur est dû ne doit pas s'affaiblir, leur autorité morale et naturelle ne doit même rien perdre de sa force à la majorité de l'enfant. Il est donc juste, il est convenable qu'ils conservent l'action que la loi leur attribuait pour réprimer l'oubli ou le mépris de leurs droits.

Mais ces graves considérations sont étrangères au conseil de famille. Et il serait, il semble, peu rationnel de lui conserver une action qu'aucun droit existant, qu'aucun intérêt actuel, qu'aucune qualité présente ne l'autorisent à exercer.

Concluons de là que l'action du conseil de famille cesse à la majorité de l'époux.

589. En revenant aux termes de l'art. 183 du Code civil, on fera observer que le délai d'un an accordé aux parents qui ont connaissance du mariage, pour réclamer, court pendant la minorité de l'enfant. L'article ne fait, en effet, aucune distinction. Tout ce qu'il exige pour le cours du délai, c'est la connaissance du mariage de la part de ceux dont le consentement était requis. Le silence gardé pendant l'année qui a suivi cette connaissance est considéré comme une approbation tacite de l'union et ne permet plus de l'attaquer.

Mais il n'en est pas ainsi de l'époux lui-même. On voit dans la seconde partie de l'art. 183, que le délai de la réclamation ne court que du jour où il a atteint l'âge compétent pour consentir seul à son propre mariage.

Ce délai est d'une année.

Un délai plus court n'eût pas suffi pour donner à l'époux le temps de réfléchir et de se pourvoir.

Un délai plus long eût pu favoriser les caprices et fournir un moyen indirect de divorce. Il eût, d'ailleurs, livré à une déplorable incertitude le sort de l'autre conjoint et celui des

enfants qui seraient nés de cette union temporaire ; et c'est surtout ce que le législateur a voulu prévenir.

590. D'ailleurs la déclaration de l'époux n'est pas absolument abandonnée aux mouvements d'une volonté légère et inconstante.

En effet, l'époux n'est admis à réclamer que lorsque, avant qu'il ait atteint l'âge compétent, son mariage n'a été approuvé ni expressément, ni tacitement par ceux de ses parents dont il aurait dû obtenir le consentement avant de le contracter. C'est ce que déclare formellement la première partie de l'art. 183.

« L'action en nullité ne peut être intentée *ni par les* » *époux* ni par les parents..., toutes les fois que le mariage » a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont » le consentement était nécessaire ou lorsqu'il s'est écoulé » une année sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont » eu connaissance du mariage. »

Ainsi, la ratification tacite résultant même du simple silence des parents suffit pour priver l'époux du droit de demander la nullité de son mariage.

Les motifs de la disposition se découvrent aisément. La ratification expresse ou tacite des parents vaut non-seulement le pardon de l'injure qui leur est personnelle, mais fait cesser encore la présomption que le mariage avait été surpris à la faiblesse et à l'inexpérience ou à l'égarement du mineur, et qu'il lui était désavantageux.

Or, cette présomption est la seule base de l'action en nullité accordée à l'enfant mineur qui se marie sans l'assistance, sans les conseils, sans le consentement protecteur de ses parents.

Cette présomption cessant par l'approbation de la magistrature de famille, l'action en nullité doit aussi disparaître.

De là on doit aussi conclure que, lors même que l'époux aurait déjà formé la demande en nullité du mariage avant la ratification expresse ou tacite de ses parents, l'intervention

motivée de ceux-ci dans l'instance pour désapprouver cette demande ou leur ratification expresse du mariage, devraient faire repousser l'action (1).

Nous disons *l'intervention motivée* ou *la ratification expresse*. Car dans un tel cas le simple silence des parents ne serait pas assez expressif. On pourrait penser que s'ils ne se réunissent pas à l'époux, s'ils ne demandent pas eux-mêmes la nullité du mariage, c'est qu'ils considèrent leur concours comme inutile, et l'action déjà formée comme suffisante; que, d'ailleurs, ils approuvent cette action.

591. Au reste, lors même que l'action en nullité, formée par l'époux et fondée sur sa minorité au moment du mariage, ne serait pas paralysée par l'approbation expresse ou tacite des parents, son succès ne doit pas dépendre de la seule vérification du fait de la minorité et de l'absence du consentement de ses parents; les circonstances du mariage doivent surtout être examinées et appréciées par les tribunaux. Car le principal coupable ne doit pas être aveuglément favorisé pour faire peser tout le malheur de la dissolution du mariage sur le conjoint qui peut être moins coupable, et sur de malheureux enfants qui seraient les victimes d'un changement arbitraire de volonté.

Les seuls motifs légitimes que puisse faire valoir l'époux demandeur, seraient la surprise, l'erreur, le dol même ou la séduction dont il aurait à se plaindre, et le préjudice qu'il aurait éprouvé. Car il ne pourrait se faire un titre de l'oubli de ses devoirs envers ses parents sous l'autorité desquels il était placé.

Aussi est-ce sur l'intérêt seul du mineur que se sont appuyés ceux des nouveaux législateurs qui ont proposé et fait adopter en sa faveur un droit que les principes anciens lui refusaient.

Si les motifs allégués ne sont pas justifiés, si l'erreur, la

(1) Delvincourt sur l'art. 183; Duranton, t. 2, nos 304, 305; Dalloz aîné, t. 10, p. 87, no 18.

séduction ne sont pas prouvées, si le mariage ne blessait ni les convenances d'âge, ni celles de position sociale ni celles de fortune, si, en un mot, les intérêts de l'époux n'avaient pas été froissés, les tribunaux, faisant une saine application de la loi, ne devraient pas, il semble, hésiter à repousser la demande.

Ces circonstances doivent aussi être examinées et influer sur le sort d'une demande en nullité du mariage, fondée sur l'irrégularité de la composition du conseil de famille qui a exprimé son consentement au mariage; si cette irrégularité n'a pas, d'après les circonstances particulières de la cause, un caractère de gravité, tel que l'on ne puisse pas supposer que le consentement du mineur n'a pas été éclairé, la demande en nullité formée par celui-ci doit être rejetée. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 22 juillet 1807 (1).

592. A la fin de non-recevoir générale tirée de la ratification expresse ou tacite des parents, l'article 183 ajoute une fin de non-recevoir particulière applicable à l'époux. Elle est produite par un an de silence de sa part depuis qu'il a*atteint l'âge compétent pour consentir lui-même au mariage*.

Mais que doit-on entendre par l'*âge* COMPÉTENT?

L'expression de l'article est assez claire. Elle ne peut s'entendre que de l'âge auquel l'enfant pourrait, sans le consentement de ses parents, contracter mariage si déjà il n'était lié par une première union.

Cependant il y a eu division d'opinion sur le sens de la règle.

Delvincourt et Toullier pensent que l'âge compétent est, dans tous les cas, de vingt-un ans pour les hommes.

Merlin, Duranton, Dalloz aîné, les auteurs des Pandectes, Vazeilles, sont d'avis, au contraire, que, si l'é-

(1) Dalloz jeune, t. 7, 1. 320.

poux a des ascendants, l'âge compétent dont parle la loi est celui de 25 ans (1).

Cette dernière opinion paraît la seule vraie.

A l'appui de celle qu'il professe, Toullier fait remarquer que le prolongement de la minorité dans les garçons, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, est établi seulement pour le cas où ils ont des ascendants, ce qui ferait penser qu'il n'est relatif qu'à l'intérêt des ascendants; en sorte que ce ne serait qu'en invoquant le droit des tiers que l'époux pourrait attaquer son mariage après la ratification qu'il aurait faite.

Ce raisonnement est spécieux. Mais que prouve-t-il?

Il prouve seulement qu'il n'y a pas de texte de loi contre lequel on ne puisse argumenter avec plus ou moins d'apparence de vérité.

Ici le texte n'est pas équivoque.

Quel est l'âge auquel un garçon peut se passer du consentement d'autrui pour contracter mariage?

Cet âge, quel qu'il soit, est évidemment pour le garçon le seul âge *compétent* pour *consentir par lui-même* au mariage.

Or, ce n'est qu'à 25 ans qu'un garçon, qui a des père et mère ou d'autres ascendants, peut se dispenser d'obtenir leur consentement.

Comment donc pourrait-on, dans le cas prévu, le considérer comme ayant l'âge compétent avant vingt-cinq ans?

S'il en était ainsi, il faudrait modifier la première partie de l'art. 183 et ne pas accorder au fils âgé de 21 ans accomplis mais de moins de 25 ans, qui se marierait sans le consentement de son père, le droit d'attaquer lui-même son mariage. Car le pouvoir de ratifier suppose celui de consentir, en sorte que, si la majorité de 21 ou de 22 ans suffisait au fils pour ratifier par son silence un mariage anté-

(1) Delvincourt sur l'art. 183; Toullier, t. 1, nº 559; Merlin, Répertoire, vº *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 183, 2e question; Duranton, t. 2, nº 307; Vazeilles, t. 1, nº 271; les Pandectes françaises sur l'art. 183 (177).

rieurement fait, il faudrait dire qu'il pourrait aussi après cet âge contracter, sans le consentement de ses ascendants, un mariage qui serait à l'abri de ses propres attaques quoiqu'il eût moins de 25 ans.

Et cependant l'art. 183 lui attribue, dans ce cas-là même, l'action en nullité.

Nous ferons observer, au reste, qu'en attaquant son mariage malgré la ratification qu'il aurait faite après vingt-un ans mais avant vingt-cinq ans, le fils de famille invoquerait ses propres droits, non ceux de ses ascendants. Car il est considéré, relativement au mariage, comme mineur jusqu'à cet âge. S'il se laisse entraîner sans le consentement de ses ascendants à un acte aussi important que la ratification d'un mariage nul, il y a séduction aux yeux de la loi, comme s'il contractait son mariage sans ce consentement. Quelle différence, en effet, peut-on trouver dans les deux cas? et l'oubli de ses devoirs envers ses ascendants, sa persistance dans le mépris de leur autorité, ce nouvel outrage à leur puissance paternelle que froisserait encore une ratification faite sans leur consentement, ne devraient-ils pas être aussi attribués au mouvement irréfléchi d'une passion aveugle?

Donc on doit reconnaître que, pour le cas où il existe des ascendants, ce n'est pas l'âge de 21 ans mais celui de 25 que la loi a voulu indiquer par les mots *âge compétent* dont elle s'est servie.

Ainsi le commencement de l'année de silence qui doit opérer la fin de non-recevoir dépendra des circonstances. Son cours commencera à 21 ans accomplis si l'homme marié n'a pas d'ascendants; dans le cas contraire, l'année ne commencera qu'à l'âge de 25 ans révolus.

Ajoutons que si le législateur eût voulu fixer le même âge, pour les deux cas, il aurait parlé de 21 ans au lieu de dire *âge compétent*.

Il peut arriver que l'époux perde ses ascendants dans l'in-

tervalle de l'âge de 21 ans à celui de 25 ans ; alors par cela même qu'il serait alors d'un âge *compétent* pour consentir *par lui-même au mariage*, par cela même aussi l'année de délai prendrait immédiatement cours.

Cette année de silence couvrirait le vice du mariage parce qu'elle emporterait ratification tacite du mariage.

593. Ce moyen que la loi indique spécialemenent n'est pas le seul qui produirait la fin de non-recevoir. Une ratification expresse opérerait le même effet ; et cet effet serait plus prompt. Car elle manifesterait l'intention formelle de respecter, d'exécuter le contrat ; et cette manifestation, faite à une époque où l'époux, majeur de 25 ou de 21 ans, selon les cas, aurait pu valablement consentir seul à un mariage à faire, doit avoir la même puissance pour confirmer, pour rendre inattaquable l'engagement antérieur.

Quant à la ratification tacite, les moyens qui pourraient la produire doivent se confondre avec l'année de silence.

Un des principaux indices de ratification tacite serait la cohabitation. Aussi, Toullier la présente-t-il comme couvrant le vice de nullité.

Cet indice est très-grave, sans doute, surtout si un enfant est né ou si la femme a conçu pendant l'année qui a suivi la majorité.

Cependant peut-il suffire pour équivaloir à une ratification expresse ou à l'année de silence ?

La loi accorde à l'époux devenu majeur un an de délai pour prendre une résolution et former la demande.

Or, pendant ce délai, les époux continuent nécessairement la cohabitation qui avait lieu avant la majorité. Cette cohabitation et les autres rapports qui existent entre les époux ne sont que la suite des rapports et des communications qui avaient précédé, rapports qui ne sont pas, qui ne peuvent même pas être interrompus brusquement, et que l'époux ne peut rompre tant qu'il n'est pas décidé à former l'action en nullité du mariage.

La cohabitation et tout autre fait de ratification tacite n'offrent qu'un indice équivoque, incertain pendant le cours de la première année de majorité ; et cet indice après l'année devient inutile.

Il semble donc qu'on ne doive s'arrêter qu'au seul mode de ratification tacite qu'ait déterminé la loi, c'est-à-dire au défaut de réclamation pendant un an. Cette opinion paraît d'autant plus sûre que le législateur qui, dans le même article 183, admettait pour les ascendants une ratification tacite, indépendamment d'une année de silence à laquelle il attribue le même effet, n'aurait pas négligé de prévoir aussi le cas de la part de l'époux d'une ratification tacite autre que le défaut de réclamation pendant l'année (1).

594. Remarquons que soit expresse, soit tacite, la ratification de l'époux faite même en temps opportun, ne peut être opposée aux ascendants, et que ceux-ci, tant qu'ils n'ont pas ratifié eux-mêmes ou que le délai dans lequel la loi les restreint ne s'est pas écoulé, peuvent toujours exercer l'action en nullité. Nous avons vu, au contraire, que la ratification des ascendants effaçait l'action de l'époux.

595. M. Merlin examine dans son Répertoire une question importante :

« L'époux qui n'a pas agi dans l'année de sa majorité pour faire annuler son mariage, peut-il proposer la nullité par voie d'exception (2)? »

Pour la solution de la question il fait une distinction qui ne nous paraît pas juste.

Selon lui l'exception ne peut être opposée au conjoint. Une épouse, par exemple, ne peut l'opposer à son époux.

Mais elle peut l'invoquer contre les héritiers de celui-ci.

Les raisons puissantes sur lesquelles l'habile dialecticien

(1) Opinion conforme de Merlin, Répertoire, v° *Mariage* ; de Duranton, t. 2, n° 512 ; de Dalloz aîné, t. 10, p. 87, n° 22 ; *contrà*, Toullier, t. 1, n° 560.

(2) Répertoire, v° *Mariage*, sect. 6, § 2, sur l'art. 183, 5e question.

fonde son opinion, sous le premier rapport, nous paraissent aussi applicables à la question considérée sous le second rapport.

En effet, toute la difficulté roule sur l'application de la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*

M. Merlin suppose que la femme, qui s'était mariée en minorité sans le consentement de son père, avait abandonné à sa majorité la maison conjugale et avait vécu seule jusqu'à sa 22ᵉ année accomplie.

Si son mari la rappelle alors par voie d'action dans la maison conjugale, peut-elle lui opposer par voie d'exception la nullité de son mariage?

Non, dit M. Merlin, parce qu'elle n'est pas dans la position du défendeur dont parle la loi 5, § 6, ff. *de doli mali except.*, d'où est tirée la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum.*

Il faut, suivant cette loi, que le défendeur réunisse deux conditions :

1° Qu'il soit en possession du droit ou de la chose qu'il veut conserver ;

2° Qu'il n'ait pas eu auparavant d'action contre le demandeur, et qu'il n'ait pas été en son pouvoir d'agir plutôt.

Or telle n'est pas la position de la femme dont parle l'auteur.

Elle n'est pas en possession de l'état de femme non mariée ; si elle a vécu, si elle vit encore séparément de son mari, c'est par une tolérance de celui-ci qui n'a pu ni détruire, ni même affaiblir sa qualité, sa possession d'état de femme mariée. Le mariage, d'ailleurs, étant d'ordre public, aucune convention ni expresse, ni tacite, n'a pu en faire cesser les droits et les obligations (art. 6 du Code civil).

D'un autre côté, il dépendait d'elle d'exercer, avant qu'elle eût atteint ses 22 ans accomplis, l'action en nullité de son mariage. Le mari n'avait pas à agir lui-même. Il

ne pouvait être que défendeur dans une telle réclamation.

Ces raisons sont décisives, et Merlin en conclut avec logique que la femme n'a aucun moyen d'échapper à la fin de non-recevoir établie par l'art. 183 du Code.

Mais si la femme ainsi séparée avant son veuvage est actionnée par les héritiers du mari, en partage de la communauté par exemple, il faut examiner de quel ordre sont ces héritiers.

Sont-ils des enfants nés du mariage? La même fin de non-recevoir doit repousser l'exception de la femme parce que les enfants n'ont pu renoncer à leur qualité d'enfants légitimes, ni laisser acquérir à leur mère la possession d'état de femme qui a toujours été libre.

Mais les demandeurs ne sont-ils que des héritiers collatéraux qui réclament le partage d'objets mobiliers que la femme, par son mariage, avait confondus dans la communauté? celle-ci, pour conserver ces objets, peut opposer par voie d'exception la nullité de son mariage, parce que le mariage étant dissous, la question de savoir s'il était valable ou nul ne tient plus à l'ordre public et ne porte plus que sur des intérêts privés; que, par conséquent, rien ne s'est opposé à ce que les héritiers du mari et la veuve ne convinssent entr'eux que le mariage serait considéré comme n'ayant jamais existé légalement.

Tels sont les raisonnements de M. Merlin. Ils nous paraissent plus subtils que justes.

On remarquera d'abord que toute cette argumentation repose sur une fausse base, sur la supposition que la femme avait la possession d'état de femme qui avait toujours été libre.

Or cette supposition est une erreur évidente. Sa possession d'état, pendant la vie du mari, était et avait toujours été celle de *femme mariée*. M. Merlin le reconnaît.

De là une conséquence nécessaire, c'est qu'à la mort du mari elle n'a pu être considérée par les héritiers comme par

le public que comme *veuve*. C'est la possession d'état de veuve qu'elle a acquise alors, qu'elle a toujours conservée depuis. Cette possession d'état primitive, elle n'a pu la changer elle-même. Car nul ne peut intervertir son propre titre ni changer sa qualité, si ce n'est par une cause venant d'un tiers ou par la contradiction que l'on oppose à celui qui est intéressé à conserver sa qualité originaire. (Argument de l'art. 2238 du Code civil.)

C'est comme veuve aussi et seulement comme veuve que les héritiers du mari l'ont considérée. C'est une fiction imaginée pour le besoin de l'argumentation que de dire que les héritiers du mari étaient convenus avec la femme que le mariage n'avait jamais existé légalement et lui avaient permis de se conduire comme n'ayant jamais été mariée.

Cette convention ne peut se supposer parce qu'elle est démentie par le fait même de la demande en partage des héritiers, parce que, d'ailleurs, elle n'a pu se faire, ni expressément, ni tacitement. Car il ne dépendait ni des héritiers, ni de la veuve, de changer l'état de celle-ci. L'état de tout individu tient à l'ordre public qui est intéressé à ce qu'il ne soit pas détruit ou modifié suivant le caprice ou les passions de chacun.

Quant aux objets mobiliers que possédait la femme pendant la vie de son mari, c'est comme femme mariée, comme commune en biens qu'elle en était en possession; c'est par la tolérance du mari et même pour lui qu'elle était censée les posséder; et, par suite, c'est comme veuve commune qu'elle en a conservé la possession et qu'elle a retenu cette possession comme elle en avait le droit jusqu'au partage. Sous ce dernier rapport aussi les héritiers du mari peuvent dire que cette veuve n'a pu changer, par sa seule volonté et sans leur consentement, la cause primitive de sa possession.

Ces observations répondent suffisamment, il semble, aux arguments de M. Merlin et démontrent que, dans aucun cas, l'épouse qui a gardé le silence pendant un an, depuis

sa majorité, ne peut invoquer, même par exception, la nullité de son mariage comme ayant été contracté pendant sa minorité et sans le consentement de ses parents.

M. Merlin rapporte et approuve un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 août 1813, qui a admis après plusieurs années de majorité, la veuve Godard à proposer contre les héritiers de son mari la nullité d'un mariage qu'elle avait contracté à l'âge de 17 ans sans convoquer ni consulter ses parents.

Mais le mariage avait eu lieu sous la loi du 20 septembre 1792 qui déclarait *nuls et de nul effet* de tels mariages et qui ne fixait aucun terme fatal à l'exercice de l'action en nullité.

Le mariage, il est vrai, n'avait été dissous que sous le Code civil, en 1805, et la femme n'avait acquis sa majorité de 21 ans que sous cette loi nouvelle en 1803. Mais la Cour motiva principalement son arrêt sur la loi de 1792, en déclarant que le Code régissait seulement les mariages contractés sous son empire.

Elle ajouta surabondamment que la nullité était opposée par voie d'exception.

Cet arrêt ne peut servir de préjugé pour une question semblable qui s'élèverait à l'occasion d'un mariage contracté sous le Code civil (1).

---

§ III.

De la forme des actions en nullité et de la durée de certaines de ces actions.

SOMMAIRE.

596. *Les actions en nullité s'exercent dans la même forme que les actions ordinaires, mais sans citation en conciliation.*

(1) Voir sur cette question Dalloz aîné, t. 10, p. 87 et 88, n° 24. — Opinion conforme à la nôtre.

597. *Toutes les parties intéressées y doivent être appelées.*
598. *Le ministère public doit être entendu.*
599. *Celles fondées sur des nullités absolues sont perpétuelles.*

Peu d'observations seront nécessaires sous ce paragraphe.

596. Les actions en nullité doivent être intentées et suivies suivant les formes indiquées pour les actions ordinaires.

Seulement la tentative préalable de conciliation devant le juge de paix, n'est pas nécessaire, ces sortes d'actions qui tiennent à l'état des hommes n'était pas susceptibles de conciliation au moins de la part du défendeur. Car celui-ci ne peut, par transaction, renoncer à l'état qu'on lui conteste.

597. La demande en nullité doit être formée contre toutes les parties intéressées.

Si c'est le parent de l'un des époux qui l'exerce ou si elle est formée par un étranger, on doit appeler dans l'instance les deux époux ou le survivant d'eux et les héritiers naturels et légitimes du prémourant ou les enfants nés du mariage s'il en existe. Ces héritiers et surtout les enfants nés du mariage ont non-seulement dans la cause un intérêt pécuniaire ou matériel ; mais ils y ont encore un intérêt d'honneur et de devoir pour la mémoire de leur auteur qu'ils sont tenus de défendre.

Les enfants nés du mariage ont aussi leur propre état à conserver.

598. L'instruction de la cause se poursuit aussi en la manière ordinaire.

Le ministère public y doit toujours être entendu.

599. Quant à la durée de l'action, nous nous sommes déjà expliqués sur la durée de celles qui sont fondées sur des nullités seulement relatives.

Les actions qui ont pour base des nullités absolues durent autant que le mariage même.

Après la dissolution du mariage par la mort de l'un des

époux, elles peuvent aussi être exercées pourvu qu'elles soient autorisées par un intérêt réel de la part du demandeur.

Chez les Romains, elles s'éteignaient par cinq ans de silence après le décès de l'un des époux, suivant des dispositions contenues au titre *de statu defunctorum post quinquenium nè quæratur*.

La Cour de Paris a même appliqué cette prescription à la demande en nullité d'un mariage contracté sous la loi du 20 septembre 1792.

L'arrêt est du 23 août 1806 (1).

Mais la Cour de cassation a jugé, au contraire, par arrêt du 14 vendémiaire an 10, que ces dispositions du droit romain ne faisaient pas loi en France (2).

Cette dernière décision paraît la plus exacte.

Examinons quels sont les effets des nullités du mariage.

CHAPITRE III.

Des effets des nullités du mariage.

SOMMAIRE.

600. *Quoique nuls, les mariages produisent les effets civils s'il y a eu bonne foi.*
601. *La règle est empruntée du droit canonique.*
602. *Droit actuel, texte et motifs de la loi nouvelle. — Division du chapitre.*

600. Quoique nuls les mariages, contractés en contravention aux diverses dispositions de la loi que nous venons d'examiner, n'en produisent pas moins tous les effets civils lorsque les époux ou l'un d'eux ont été de bonne foi. Des

(1) S., 7. 2. 942.
(2) S., 2. 1. 65.

considérations d'équité et même d'ordre public ont fait admettre cette importante exception à la maxime : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Deux motifs principaux l'ont dictée : 1° Il y a plusieurs cas où la bonne foi, jointe à un titre coloré, purge les vices de la possession (V. notamment l'art. 2265 du Code civil);

2° Le nom du mariage est si saint, si puissant, que son ombre seule semble devoir couvrir le vice de la naissance.

« L'*Eglise et l'Etat*, disait M. d'Aguesseau dans son » 47^me^ plaidoyer, tiennent compte à ceux qui contractent un » mariage, de l'intention qu'ils avaient de donner des en- » fants légitimes à la république. Un empêchement secret, » un événement imprévu trompe leur prévoyance, on ne » laisse pas de récompenser en eux, le vœu, l'apparence, » le nom du mariage, et l'on regarde moins ce que les en- » fants sont que ce que les pères ont voulu qu'ils fussent. »

601. C'est, en effet, au droit canonique que nous devons cette sage règle (1).

Le droit romain ne nous a été, dans cette matière, que d'un faible secours. Cependant la loi 4, au Code *de incestib. et inutil. nuptiis*, en annulant les donations à cause de noces lorsque les mariages étaient contraires aux lois, maintenait celles faites en faveur de celui des époux qui avait été la victime d'une erreur caractérisée. *Errore accerimo*, dit la loi.

La loi 18 au Code, *ad. legem juliam de adult.*, accordait dans le même cas, la même faveur à l'épouse du bigame.

La loi 57, au digeste *de ritu nuptiarum*, déclarait légitimes les enfants nés du mariage d'une nièce qui, dans l'ignorance de la prohibition de loi, s'était mariée depuis plus de 40 ans avec son oncle.

Dans l'ancien droit français, tandis que certains mariages,

(1) Voir aux Décrétales le chapitre *cum inter qui filii sunt legitimi* et le chapitre *ex tenore*.

quoique valablement contractés, ne produisaient aucun effet civil, on attribuait tous ces effets à des mariages illégaux, mais qui, dans l'opinion des contractants ou de l'un d'eux, étaient valables.

La déclaration de 1639 privait des effets civils les mariages que les époux avaient affecté de tenir secrets jusqu'à la mort de l'un d'eux; ceux qui avaient été faits *in extremis;* ceux enfin des personnes condamnées à mort (1).

On punissait dans les premiers le mépris de la dignité du mariage et le scandale d'un concubinage apparent; dans les seconds le commerce illicite qui les avait le plus souvent préparés; dans les troisièmes la mauvaise foi qui les avait accompagnés.

Quant aux mariages auxquels, quoique nuls, on accordait les effets civils, c'était, comme le dit M. d'Aguesseau, pour récompenser la bonne foi des contractants qui, dans l'ignorance de l'empêchement, avaient cru faire une union valable. C'est ce qui leur a fait donner le nom de *mariages putatifs.*

Hirtius, dans son Traité de *matrimonio putativo*, définit ainsi le mariage putatif :

Matrimonium putativum est quod solemniter et bonâ fide, saltèm opinione justâ unius conjugis contractum, inter personnas jungi vetitas consistit (2).

602. M. Toullier, qui rappelle cette définition, en conclut que trois conditions sont nécessaires pour donner les effets civils au mariage putatif : *Bonne foi, solennité de l'acte, erreur excusable.*

Ces trois conditions peuvent être considérées comme toutes comprises dans la première; car s'il n'y a pas erreur sur le vice de l'union il ne saurait y avoir bonne foi; et si l'acte n'est pas solennel, le contractant qui a dû connaître la loi

(1) Pothier, nos 426 et suivants, jusques et compris le n° 436.
(2) Toullier, t. 1, n° 598 ou 654.

et les formalités qu'elle prescrivait, n'a pu se faire illusion sur la nullité de son mariage.

C'est aussi sur la bonne foi seule que les articles 201 et 202 du Code civil font reposer toute la question des effets civils du mariage.

« Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » Art. 201.

« Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (1). » Art. 202.

Voici comment s'exprime sur ces deux articles M. Portalis dans l'exposé des motifs de la loi :

« Quoique régulièrement le mariage valable puisse seul » faire de véritables époux et produire des enfants légi- » times, cependant, par un effet de la faveur des enfants » et par la considération de la bonne foi des époux, l'équité » a fait admettre que, s'il y avait quelqu'empêchement caché » qui rendît ensuite le mariage nul, les époux qui avaient » ignoré cet empêchement et les enfants nés de leur union » n'en conserveraient pas moins leurs prérogatives.

» De là cette maxime commune, que le mariage putatif, » pour nous servir de l'expression des jurisconsultes, c'est- » à-dire celui que les conjoints ont cru légitime, a le même » effet, pour assurer l'état des enfants, qu'un mariage vé- » ritablement légitime.

» Quand un seul des conjoints est dans la bonne foi, ce » conjoint seul peut réclamer les effets civils du mariage. » Quelques anciens jurisconsultes avaient pensé que, dans

(1) Les principes équitables consignés dans les articles 201 et 202 du Code Napoléon sont admis, en général, par toutes les législations. (V. notamment le Code de Deux-Siciles, art. 191 et 192; celui de la Louisiane, art. 119 et 120; le Code sarde, art. 115; celui du canton de Vaud, art. 103, et 104; le Code bavarois, art. 150; le Code de Berne, art. 76.

» ce cas, les enfants devaient être légitimes par rapport à
» l'un des conjoints, et illégitimes par rapport à l'autre;
» mais on a rejeté leur opinion sur le fondement que l'état
» des hommes est indivisible, et que, dans le concours, il
» fallait se décider entièrement pour la légitimité. »

Telles sont les considérations qui ont servi de bases aux art. 201 et 202 du Code.

Pour appliquer sainement les deux articles, il faut considérer :

1° Les preuves, le caractère et la durée de la bonne foi;

2° Ses effets à l'égard des époux;

3° Ses effets et ceux de la mauvaise foi, relativement aux enfants conçus depuis la célébration du mariage;

4° Ses effets quant à la légitimation des enfants conçus ou nés antérieurement au mariage putatif.

Section Ire.

Preuves, caractères et durée de la bonne foi.

SOMMAIRE.

603. *La bonne foi doit être fondée sur une erreur grave.*
604. *S'il y a vice de forme la bonne foi est douteuse.*
605. Quid *si le vice tenait à une formalité substantielle?*
606. *Exemples qui ont admis la bonne foi motivée sur une erreur de droit, mais dans des circonstances particulières.*
607. *La bonne foi ne se présume pas si l'on a omis les mesures prescrites pour ne pas errer.*
608. *C'est par les circonstances que l'on doit juger.*
609. *La bonne foi se présume dans la seconde épouse d'un bigame.*
610. Quid *dans le cas de mort civile de l'un des époux?*
611. Quid *du cas d'inceste?*
612. *Des irrégularités de forme, par exemple, le défaut de publication, ne font pas présumer la mauvaise foi.*
613. *Lorsque le vice de l'union a été découvert par les époux, les enfants conçus depuis sont-ils légitimes?*
614. *Opinions contraires.*

615. *Solution pour la légitimité des enfants conçus avant le jugement sur la nullité.*
616. *L'époux de bonne foi est peu favorable à demander la nullité du mariage.*
617. *Conséquences de cette solution.*

603. La bonne foi dont parlent les articles cités doit être fondée sur une erreur grave, qui ne soit ni affectée ni simulée, *errore accerimo non affectato insimulato ve*, suivant les expressions de la loi 4 C. *de incestis et inutil. nuptiis.*

On ne pourrait pas lui donner pour base l'ignorance d'un fait dont il eût été facile de se procurer la connaissance ou qu'il est presque impossible d'ignorer.

Le mineur étant, par la faiblesse de son âge, plus facile à tromper, sa bonne foi se présume aussi plus facilement que celle du majeur. D'ailleurs, la loi vient à son secours. (Même l. 4. C.)

Pour apprécier la bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, il faut se fixer sur la nature du vice reproché au contrat.

Est–ce un vice de forme?

Est-ce un vice de capacité?

604. S'il s'agit d'un vice de forme, la bonne foi est difficile à établir; et cependant si elle n'est pas prouvée clairement par les époux, leur mariage ne peut produire aucun effet civil.

Elle est difficile à établir. Car nous entendons parler ici non pas seulement de la bonne foi morale mais aussi de la bonne foi légale, c'est-à-dire d'une bonne foi trompée par l'ignorance d'un fait, non par l'ignorance de la loi. L'erreur de droit n'est pas une excuse. *Error juris nulli prodest.* L'exemple donné dans la loi 57 ff. *de ritu nuptiarum*, est dû à une circonstance particulière; c'est une décision de faveur rendue pour le cas unique dont s'occupe la loi, et pour les personnes que ce cas concernait. Il ne peut servir de règle même pour des cas semblables.

605. Si la nullité reprochée tenait à la solennité du contrat de mariage, à l'incompétence de l'officier public, et à l'omission de quelques formalités substantielles, il faudrait tâcher de s'en défendre en invoquant les règles de décision qui ont été indiquées dans le chapitre des actions en nullité. Car si la nullité était prononcée, il serait à craindre qu'elle n'entrainât la privation des effets civils du mariage, à moins que les époux ou l'un d'eux ne prouvassent que, par une erreur de fait très-excusable ou par suite de manœuvres et de dol qui auraient surpris leur confiance, ils avaient dû supposer que les solennités requises avaient été observées, et que le fonctionnaire ministre de l'acte était l'officier public compétent.

Tels sont les vrais principes de la matière.

606. On pourrait cependant citer quelques arrêts qui ont admis l'erreur de droit comme excuse et qui en ont fait résulter la preuve de la bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux.

C'est ce qu'a jugé nôtamment un arrêt de la Cour de Paris, du 9 messidor an 13, affaire Piérier, C. Amathieu (1).

C'est ce qu'a décidé aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 21 mai 1810, rendu dans la cause Pastoris, relativement à un mariage annulé pour cause de bigamie, qui avait été célébré par un aumônier de régiment, et qui n'avait pas été précédé des publications prescrites.

C'est encore ce qu'a jugé un arrêt de la Cour d'Aix du 8 février 1821, dans l'affaire Kinchaut, pour un mariage contracté dans un pays récemment soumis à la domination française, entre une étrangère et un Français, sans le consentement du père de celui-ci, quoique ce père se trouvât au lieu de la célébration, et dans la circonstance même où cette célébration avait été faite secrètement.

Mais dans ces diverses affaires, en déclarant qu'il y avait

(1) S, 5. 2. 291.

eu bonne foi de la part de l'un des époux, les juges se déterminèrent par des circonstances particulières qui leur firent reconnaître cette bonne foi.

Ainsi, dans la cause Pastoris, la Cour considéra que les conciles n'avaient pas prononcé la nullité des mariages pour défaut de publications de bans, et qu'en Piémont les aumôniers des régiments avaient reçu de l'autorité compétente le droit d'administrer, en temps de guerre, les sacrements aux militaires.

Dans la cause Kinchaut, la bonne foi s'induisit de ce que, suivant les lois du pays où le mariage avait été contracté, le consentement des ascendants n'était plus exigé après l'âge de vingt-un ans, et de ce que la femme avait fait de grands sacrifices (1).

Ces exemples particuliers offrent des cas exceptionnels relatifs à des étrangères qui, épousant des Français, n'étaient pas tenues de connaître le droit français, et chez lesquelles l'erreur de droit n'altérait pas la bonne foi.

Mais ces cas exceptionnels ne détruisent pas la règle générale que nous avons posée sur l'insuffisance de l'erreur de droit pour faire produire les effets civils à un mariage nul pour omission des formalités substantielles et surtout de la solennité requise.

En appliquant cette règle, la Cour de Bourges a déclaré, par arrêt du 17 mars 1830, qu'un mariage, contracté seulement devant un prêtre depuis la loi du 20 août 1792, ne pouvait produire d'effets civils (2).

On pourrait aussi invoquer comme exemples la jurisprudence ancienne, suivant laquelle un mariage, qui n'avait pas été célébré en face de l'église comme cela était prescrit, ne pouvait produire d'effets civils, malgré la bonne foi de l'un ou de l'autre des époux. C'est ce que décida le grand Conseil

(1) Voir ces deux derniers arrêts, J. de Sirey, 10. 1. 324; Denevers, 8. 1. 317; Dalloz jeune, 22. 2. 122.

(2) S., 30. 2. 171.

de Malines, par un arrêt du 28 février 1711, que rapporte Merlin au mot *Légitimité* (Répertoire de jurisprudence, sect. 1, § 1^er^). Il refusa de déclarer légitime l'enfant né d'un mariage qui n'avait pas été célébré *in facie ecclesiæ*.

Le même auteur rapporte au même endroit un arrêt du conseil de Brabant du 6 juillet 1782, confirmé par le grand Conseil de Malines le 6 septembre 1784, qui refusa aussi les effets civils à un mariage qu'avait contracté le prince de Tilly, général des armées du roi d'Espagne, avec Alexandrine de Bacy, et qui avait été célébré le 17 octobre 1702 par le chapelain ordinaire de l'armée dans l'oratoire du général, en présence de son valet de chambre, de son chirurgien, de la mère de l'épouse et d'une autre personne. Cette union avait été long-temps tenue secrète. Une sentence de la Congrégation des Cardinaux avait déclaré, en 1728, le mariage légitime. Mais les conseils de Brabant et de Malines considérèrent cette décision comme ne regardant que l'honneur et étant sans conséquence pour les biens; et ils refusèrent à la fille née de ce mariage les droits d'hérédité qu'elle réclamait. Le mariage fut déclaré nul, quant aux effets civils, pour ne pas avoir été célébré solennellement.

607. C'est surtout aux solennités du mariage, à sa publicité et aux prescriptions de la loi sur l'âge des époux, sur le consentement des parents, sur la compétence de l'officier de l'État civil, ministre du mariage, que doit s'appliquer cette règle empruntée du droit romain et enseignée par quelques auteurs, suivant laquelle il faut, pour que l'erreur alléguée soit excusable, que celui qui l'invoque eût pris toutes les mesures indiquées par la loi pour ne pas être trompé (1).

S'il a négligé ces mesures, sa bonne foi ne se présume que difficilement à moins qu'il ne fût mineur; la faiblesse

(2) V. la loi *4*, *ff. de incestis et inutilib. nuptiis*.

et l'inexpérience de son âge rendraient l'erreur plus probable et plus digne d'indulgence.

608. Au reste, dans ces sortes de questions, la décision dépend des circonstances. C'est sur les circonstances qui entourent le mariage que l'on doit se fixer pour apprécier la gravité de l'erreur alléguée. Les juges sont en cette matière de vrais jurés. Les faits les éclairent et leur conscience prononce.

La Cour de Bruxelles a appliqué l'exception de la bonne foi à un mariage contracté sans le consentement du père de l'époux, celui-ci ayant faussement déclaré que son père était décédé. Le conjoint fut considéré comme étranger à cette fausse déclaration, quoiqu'il habitât depuis plusieurs années avec l'autre époux (1).

609. Si la nullité du mariage a pour cause la bigamie ou la mort civile de l'un des époux, la bonne foi de l'autre époux se présume de plein droit ; elle n'a pas besoin d'être prouvée ; et par conséquent la nullité du mariage n'empêche pas qu'il ne produise les effets civils à l'égard de cet époux et des enfants nés de l'union. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi à l'établir. Elle est assimilée au dol et ne se présume pas (2).

Cette doctrine a été appliquée par la Cour de Paris, suivant arrêt du 9 fructidor an 13.

La même Cour, par un autre arrêt du 2 décembre 1816, dans la cause Huper, en annulant un mariage pour cause de bigamie, a attribué à ce mariage les effets civils à l'égard de l'époux non bigame.

610. Deux arrêts de la Cour de cassation, les 16 juin 1827 et 16 juin 1829, en rejetant des pourvois contre des décisions des Cours de Paris et de Rouen, ont jugé que le mariage en pays étranger d'un Français frappé de mort civile, par

(1) Arrêt du 18 février 1809. — D., 9, 2. 116.
(2) Argument des art. 1116 et 2269 du Code civil.

exemple, d'un émigré, avait produit les effets civils en faveur de l'époux qui était de bonne foi (1). — Une décision semblable a été rendue, le 15 janvier 1816, dans la cause d'Orsay, par la même Cour qui a cassé un arrêt contraire de la Cour de Douai, et qui a jugé qu'une Allemande, épousant en Allemagne un Français frappé de mort civile, avait bien pu ignorer son incapacité ; que par suite elle avait pu avoir eu la bonne foi qui assure au mariage des effets civils (2).

Lorsque les deux personnes qui contractent mariage sont l'une et l'autre déjà mariées, il est évident qu'aucune d'elles ne peut être de bonne foi.

Il en est de même du cas où toutes les deux sont mortes civilement.

611. L'inceste entre des parents ou alliés naturels peut exister sans qu'aucun des deux époux connaisse cette cause de nullité du mariage ; leur bonne foi se présumerait donc facilement.

Mais, entre parents ou alliés légitimes, il y aurait plus de difficulté pour le cas d'inceste. Il est, en effet, peu vraisemblable que les deux époux ou l'un d'eux aient ignoré la proximité de parenté ou d'alliance qui opposait à leur union un empêchement dirimant. Il semble donc que c'est aux époux, dans un tel cas, à prouver leur bonne foi.

Cependant, s'il se présente quelques circonstances qui puissent faire croire à leur ignorance, telles que leur éloignement du lieu de leur domicile d'origine, l'absence de toutes relations de l'un des époux avec sa famille, la différence des noms et diverses autres circonstances propres à faire présumer l'erreur, il sera juste d'attribuer au mariage, quoique nul, tous les effets civils. On ne devrait même pas se montrer trop rigoureux sur l'appréciation de

(1) V. ces arrêts dans le journal de Sirey, t. 5. 2. 216, ou dans celui de Dalloz, 27, et 29. 1. 272.

(2) S., 16. 1. 81 ; Denev., 14. 1. 49, cause d'Orsay.

ces circonstances. Car il ne faudrait pas oublier ce grand principe de morale que la mauvaise foi ne se présume pas, et que dans le doute on doit croire à la bonne foi.

L'équité protége, d'ailleurs, les mariages qu'une mauvaise foi évidente n'a pas ourdis. Et l'intérêt des enfants nés des malheureuses unions que la loi prohibait, commande qu'on ne les livre pas, en victimes d'une faute qui n'est pas la leur, à la flétrissure et à l'abandon qui résulteraient de la dissolution d'un mariage auquel on ne conserverait pas en leur faveur les effets civils.

612. Ces considérations et même la sollicitude que doivent inspirer des époux qui ont été plutôt imprudents que coupables nous font repousser l'opinion de Dalloz aîné qui pense que des vices de forme, insuffisants pour déterminer la nullité du mariage, peuvent lui faire perdre tous les effets civils quand il est annulé pour des causes qui tiennent au fond (1).

M. Dalloz prend pour exemple le défaut de publications préalables qui serait, dit-il, de nature à faire penser que les époux connaissaient l'empêchement existant entr'eux et qu'ils ont voulu éviter les oppositions.

Cette opinion est trop absolue comme trop sévère.

Refuser les effets civils à un mariage dont rien ne prouve que le vice fût connu aux contractants ou à l'un d'eux, et motiver ce refus sur la simple omission de formalités non substantielles, ce serait prêter à ces irrégularités une importance que la loi ne leur donne pas; ce serait, en quelque sorte, annuler pour cette faible cause, le mariage même, puisqu'on en anéantirait les effets pour le passé sans aucun autre motif, le vice fondamental n'en opérant la dissolution que pour l'avenir, lorsqu'il est isolé et que la mauvaise foi des deux époux n'est pas démontrée; ce serait donc leur attribuer plus de puissance qu'à une nullité radicale.

(1) Dalloz aîné, t. 10, p. 112, n° 4. V. aussi Vazeilles, t. 1, no 274.

Telle n'a pu être, telle n'a pas été l'intention du législateur ; le défaut de publications notamment n'a été puni par l'art. 192 que d'une amende contre l'officier public qui ne les a pas exigées, et contre les contractants qui les ont omises.

Ce serait gravement ajouter à la loi que d'attribuer à une telle omission le funeste effet de faire déclarer concubine une épouse qui aurait cru contracter un mariage légal, et illégitimes des enfants nés de cette fâcheuse union. Or l'on sait qu'il est de principe que les peines doivent être restreintes plutôt qu'étendues.

Gardons-nous donc de donner à des irrégularités non viscérales des effets afflictifs qui n'ont pas été prévus par la loi, et convenons que ces irrégularités ne doivent être d'aucune influence pour priver des effets civils un mariage qu'une autre cause fait annuler.

C'est au reste ce que reconnaît M. Dalloz lui-même, relativement à d'autres irrégularités, telles que l'absence d'un témoin ou de sa signature, la célébration dans une maison particulière, l'incompétence de l'officier de l'État civil, qui *n'excluent pas de droit, l'exception de bonne foi* (1).

C'est, d'ailleurs, ce qui a été jugé, même pour le défaut de publications préalables au mariage d'un bigame dans la cause *Pastoris*, par arrêt de la Cour de cassation, du 21 mai 1810 (2).

L'absence des publications prescrites, l'omission de quelques autres formalités non substantielles, ne doivent pas faire oublier que la bonne foi des contractants se présume de plein droit ; que leur mauvaise foi seule doit être prouvée ; et que quelques irrégularités, dans les actes qui précèdent ou qui accompagnent le contrat de mariage, ne pourraient être opposées aux époux, relativement aux effets civils du mariage, qu'autant qu'il résulterait d'autres faits et d'autres

(1) Dalloz, *ibid*, n° 5.
(2) S., 10. 1. 324.

preuves déjà acquises que ces irrégularités ont eu pour but de cacher au public et à l'officier de l'État civil, un vice radical qui était connu des contractants eux-mêmes.

613. Les auteurs sont divisés sur une question importante que ferait naître la découverte, par les époux, du vice de leur union.

Doivent-ils immédiatement se séparer, ou les enfants qui sont conçus depuis cette découverte sont-ils illégitimes?

614. Toullier pense que si les époux ou l'un d'eux acquièrent la connaissance certaine d'un empêchement légal, ils doivent se séparer ou le faire cesser s'il est possible; ils ne peuvent, dit-il, rester unis de bonne foi, à moins qu'ils n'aient des motifs plausibles de croire que l'empêchement dont on les avertit, n'existait pas.

« Il serait donc possible, ajoute l'auteur, que dans le » nombre des enfants nés d'une même union, il y en eût » qui recueillissent tous les avantages que donne la bonne » foi des père et mère, tandis que d'autres en seraient » privés (1). »

Duranton distingue entre les diverses sortes de vice.

Si ce vice peut se couvrir par le temps, comme celui résultant du défaut d'âge compétent, les époux ne sont obligés ni légalement, ni moralement de se séparer.

La nullité fondée sur le défaut de publicité, sur l'incompétence de l'officier public, ne doit pas les empêcher de rester unis tant qu'une décision définitive ne les condamne pas à se séparer.

L'auteur admet la même opinion relativement à l'épouse d'un homme condamné à la mort civile.

Mais s'il s'agit du vice d'inceste ou de bigamie, que la preuve en soit clairement produite aux époux ou à l'époux de bonne foi, ils doivent se séparer aussitôt, et si l'un d'eux refuse d'y consentir, l'autre doit demander la nullité du

(1) Toullier, *Droit civil*, t. 1. n° 600.

mariage, du moins s'il peut le faire sans compromettre son conjoint (1).

Cependant Duranton pense que la découverte du vice du mariage ne frapperait pas d'illégitimité les enfants conçus postérieurement.

Proudhon, dans son Traité des personnes, est aussi de ce dernier avis, sans développer l'examen de la question et sans distinguer entre la nature des nullités (2).

M. Vazeilles adopte l'opinion de Proudhon et la fortifie par de puissantes raisons (3).

615. Nous partageons l'avis de ces derniers jurisconsultes. Les termes de la loi protégent cet avis, et son esprit ne le repousse pas.

Les termes de la loi le protégent.

Le texte de l'article 201 est formel :

« Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins » les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard » des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. »

Ces expressions finales sont aussi claires que positives ; elles n'exigent la bonne foi qu'à l'instant du contrat. Pourvu donc qu'à cette époque le vice de l'union ait été ignoré par les deux époux ou par l'un d'eux, tous les avantages, tous les effets attachés à un mariage valable, doivent être attribués, soit à l'époux de bonne foi, soit aux enfants nés pendant tout le cours de l'union, c'est-à-dire jusqu'au moment où, par une décision définitive et en dernier ressort, l'autorité judiciaire aura annulé ce mariage.

L'esprit de la loi ne contrarie pas le texte ; rien n'indique, au moins, une contradiction qui serait déplorable, et qui pourrait, si elle était admise, entraîner de graves discussions et de funestes conséquences sur le sort des enfants nés du mariage.

(1) Duranton, t. 2, nos 358-363.
(2) Proudhon, t. 2, pages 5 et 6.
(3) Vazeilles, t. 1, n° 283.

616. Nous dirons avec Duranton qu'il est certaines nullités que l'époux de bonne foi serait peu favorable à proposer. Tels sont le défaut d'âge, le défaut de publicité, l'incompétence de l'officier de l'Etat civil.

L'action qu'intenterait un des époux pourrait même être écartée par des fins de non-recevoir, et la tentative resterait sans autre fruit que la discorde qu'elle aurait produite.

La mort civile ne pourrait être signalée par l'époux de bonne foi sans compromettre le sort de celui auquel cette peine si désastreuse aurait été infligée.

Quant à la bigamie, comme le second mariage aurait été nécessairement contracté en l'absence du premier époux du bigame, le succès en serait incertain si le premier époux ne comparaissait pas et ne réclamait pas lui-même. (Art. 130, 147, 184 du Code civil.)

L'inceste, s'il était bien démontré, serait une cause de nullité plus affligeante pour la morale et pour l'ordre public, surtout entre parents, en ligne directe à tous les degrés, en ligne collatérale au degré de frère et de sœur.

Mais d'une part, il se rencontrera rarement des cas où des preuves assez claires pour l'établir soient offertes aux deux époux ou à l'un d'eux ; et cependant s'il y a quelque doute, devra-t-on se hasarder à scandaliser le public, à flétrir, en quelque sorte, sa famille par cette affligeante action ?

D'une autre part, les preuves parussent-elles évidentes ? peut-on exiger des époux ou de l'un d'eux qu'ils dévoilent eux-mêmes leur propre turpitude en publiant le commerce incestueux auquel ils se sont livrés même par erreur ? Car la société ne les en accuserait pas moins d'une honteuse imprudence.

Enfin, les enfants nés d'une telle union ne seraient-ils pas aussi exposés à la déconsidération qui frapperait nécessairement les deux époux ?

Il y a plus, leur état d'enfant légitime serait compromis. Car d'autres enfants, s'il en existait, des parents collaté-

raux même excités par leur intérêt, ne pourraient-ils pas prétendre que la connaissance du vice de l'union était parvenue aux époux avant la naissance ou la conception des enfants qui en ont été le fruit, ou de quelques-uns d'eux; et ces tristes débats, qui livreraient à une fâcheuse inquisition l'intérieur de la famille, ne seraient-ils pas une source amère de reproches et de regrets pour celui des époux qui, sur des documents plus ou moins certains, aurait hasardé cette affligeante action en nullité?

617. Que doit-on conclure de ces observations?

Que l'époux qui a eu le malheur de former une union illégale et immorale, et qui en découvre le vice, doit se taire dans l'intérêt de son époux, dans l'intérêt de ses enfants, dans son propre intérêt; seulement qu'il doit, par respect pour lui-même comme par respect pour les mœurs, s'abstenir de toute communication; que, d'ailleurs, il doit attendre, pour se séparer publiquement, qu'un jugement en dernier ressort ou un arrêt, rendu sur la provocation de tout autre, ait prononcé la dissolution du mariage;

Que jusque-là sa bonne foi au moment de la célébration du mariage en assure les effets civils dans son intérêt et dans celui des enfants qui en sont nés, quelle que soit l'époque de leur conception;

Qu'on ne pourra même lui opposer que la demande en nullité, dès qu'elle a été formée, a fait cesser sa bonne foi et détruit, au moins pour l'avenir, les effets civils du mariage, parce que tant que la nullité n'a pas été définitivement déclarée par la justice, il y a doute légal sur la vérité de la cause alléguée, et tant que le mariage n'a pas été dissous, il y a, en faveur des époux et des enfants, un titre régulier qui doit produire tous les effets que la loi lui attribuait dans son origine.

Si donc il y a eu bonne foi au moment du mariage, tous les enfants qui seront conçus jusqu'au jugement de dissolution seront légitimes.

Mais ceux qui seraient conçus après le jugement définitif en dernier ressort, ou qui naîtraient dix mois après sa date, ne jouiraient pas du même avantage. On devrait les réputer enfants naturels, adultérins ou incestueux selon les cas. (V. l'art. 315 du Code civil.)

Section II.

Des effets de la bonne foi à l'égard des époux.

SOMMAIRE.

618. *La bonne foi des deux époux maintient toutes les conventions matrimoniales, même les gains*

619. *Si un seul des époux était de bonne foi, ses effets ne subsisteraient que pour lui.*

620. *Mais les gains de survie ne s'exécutent qu'au décès du prémourant.*

621. *Arrêt sur la distribution des biens acquis sous le régime de la communauté par un bigame qui avait épousé trois femmes.*

622. *La femme, qui a contracté de bonne foi, en renonçant à la communauté, reprend ses apports mobiliers.*

623. *Effet du mariage quant à celui des époux qui est de mauvaise foi.*

624. *Le mariage putatif étant annulé, les époux de bonne foi ne se doivent-ils pas une pension?*

625. *Le droit de successibilité entre les époux est effacé.*

626. *L'époux trompé a droit à des dommages-intérêts.*

618. Lorsque les deux conjoints dont le mariage est annulé étaient également de bonne foi, les effets de ce mariage putatif sont pour l'un et l'autre les mêmes que s'il avait été légitime.

Ainsi, toutes leurs conventions matrimoniales doivent recevoir leur exécution. Les gains de survie même sont maintenus; seulement ils ne s'ouvrent qu'au moment du décès du prémourant.

Quant aux autres stipulations de l'association conjugale, on doit leur appliquer les règles qui les régiraient au cas où

le mariage aurait été dissous par la mort naturelle de l'un des conjoints, quel que soit d'ailleurs le régime qui aurait été adopté dans le contrat.

619. Mais si un seul des époux était de bonne foi, celui-là seul conserverait les avantages qui lui assureraient leurs conventions matrimoniales.

Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal devra, si elle a été de bonne foi, recouvrer sa dot et ses autres reprises; et pour leur restitution, elle jouira du bénéfice de l'hypothèque légale qu'un mariage légitime lui aurait assurée.

Elle aura aussi droit aux intérêts de sa dot et de ses reprises depuis la date du jugement qui aura prononcé la nullité du mariage.

En un mot, elle jouira de tous les droits qui résulteraient en sa faveur de la mort naturelle ou civile du mari, à l'exception des gains de survie qu'elle ne pourra réclamer qu'au décès de celui-ci, à l'exception aussi de l'habitation et de la nourriture pendant une année dans la maison du mari, droits qui n'appartiennent, d'après l'art. 1570, qu'à la femme veuve pendant la première année de son veuvage.

La femme mariée sous le régime de la communauté pourra accepter cette communauté ou y renoncer.

En l'acceptant elle pourra en provoquer le partage, prélever d'abord ses apports et ses reprises, exercer, en un mot, toutes les réclamations auxquelles aurait donné ouverture une dissolution ordinaire du mariage, sauf cependant les gains de survie dont l'exécution doit être renvoyée à l'événement. C'est ce qui a été jugé, sous le droit ancien, par arrêt du 22 janvier 1693, rapporté dans le *Journal des Audiences*, t. 5, en faveur d'une femme qu'un nommé Froment, recollet profés, dont on ignorait l'état, avait épousée; l'arrêt adjugea à la femme la moitié de la communauté qui était opulente, et toutes ses conventions matrimoniales. Cette décision était conforme au droit canonique et au chapitre *ex tenore* 14, *ext. qui filii sunt legitimi*.

Les articles 201 et 202 du Code, ayant adopté les mêmes règles, doivent dicter aujourd'hui une décision semblable.

Si donc par l'acte contenant les conventions matrimoniales il avait été fait à la femme, sur les biens présents du mari, des donations non subordonnées au cas de survie et sans réserve d'usufruit de la part de celui-ci, ces donations recevraient leur exécution immédiate, et le mariage étant annulé; la femme serait fondée à en réclamer sur-le-champ les bénéfices pour la garantie desquels elle aurait sur les biens du mari une hypothèque légale.

620. Mais il n'en serait pas ainsi des gains de survie. L'annulation du mariage ne leur donnerait pas ouverture. La femme ne pourrait les exercer qu'à la mort naturelle ou civile du mari. C'est une vérité sur laquelle sont d'accord tous les auteurs (1).

Tout en admettant cette opinion, un auteur recommandable pense que, si la pratique l'autorise, l'opinion contraire serait très-soutenable en théorie de législation.

Il y a erreur dans cette observation; pour s'en convaincre, il suffit, soit de considérer la nature du don, soit de se fixer sur quelques cas analogues prévus par le Code civil.

Par sa nature comme par ses termes, le don fait au survivant des époux n'est qu'une donation à cause de mort; son effet est donc suspendu jusqu'à l'événement; et si l'événement faillit, si le donataire ne survit pas au donateur, le don s'évanouit. Comment l'exécution pourrait-elle en être réclamée avant que la condition éventuelle fût accomplie? (V. les art. 1181 et suivants du Code civil.)

Des cas analogues ont été réglés par les art. 299, 300, 1452 et 1518 du Code civil : les art. 299 et 300, qui s'occupent, pour le cas du divorce, des avantages que se sont faits respectivement les époux en faveur du survivant, ne conservent ces avantages qu'à l'époux demandeur. Ils en

(1) V. notamment Toullier, t. 1, n° 605; Vazeilles, n° 284.

privent l'époux défendeur. Or, ces avantages ne peuvent être exercés qu'après la mort naturelle ou civile du mari, dans le cas de dissolution de la communauté par le divorce ou par la séparation soit de corps soit de biens. C'est ce que déclare formellement l'art. 1452. Et l'art. 1518 pose la même règle relativement au préciput conventionnel.

621. Il peut arriver que la mauvaise foi d'un individu déjà marié aille jusqu'à tromper plusieurs femmes qu'il épouse en divers lieux, et dont les mariages subsistent simultanément. Ce cas s'est présenté devant le parlement de Paris. Un individu avait épousé trois femmes en divers pays, avait successivement cohabité avec chacune d'elles et en avait eu des enfants. Au moment de sa mort les deux dernières femmes vivaient encore; la première n'était décédée que depuis peu de temps. L'arrêt attribua aux héritiers de celle-ci la moitié de tous les biens qui composaient la communauté au moment du second mariage et à chacune des secondes femmes la moitié des meubles et conquêts faits pendant leur cohabitation. Cette distribution paraît juste; elle pourrait servir de règle dans des cas identiques.

622. Lorsque la femme, qui a contracté de bonne foi, au lieu d'accepter la communauté y renonce, elle a le droit de reprendre tout ce qui y est entré de son chef, que la communauté soit légale ou conventionnelle. Ainsi elle ne doit pas perdre ses apports mobiliers comme dans le cas d'une communauté légale à laquelle elle renoncerait. (Article 1492 du Code.) Car cette perte serait un avantage pour le mari de mauvaise foi; ce qui ferait produire au mariage en faveur de celui-ci des effets civils que la loi lui refuse (1).

D'ailleurs la femme ne doit pas être victime des résultats d'une communauté légale à laquelle elle n'avait consenti que

(1) Duranton, t. 2, n 372.

dans la pensée qu'elle contractait une union valable et dans l'espoir d'y trouver le bonheur.

623. Tout ce que nous venons de dire sur les droits qu'aurait la femme, soit en acceptant la communauté, soit en y renonçant, suppose qu'elle seule était de bonne foi au moment du mariage.

S'il en était autrement et si elle avait été de mauvaise foi, tandis qu'au contraire le mari aurait été victime d'une erreur dans laquelle elle l'aurait jeté, avec leur changement de position leurs droits seraient aussi changés.

La femme ne conserverait aucun des avantages que lui aurait faits le mari soit au moment du mariage soit pendant sa durée. Le mari, au contraire, conserverait tous ceux qu'il aurait reçus de la femme.

Cependant si le régime dotal avait été celui de leur union, elle pourrait reprendre sa dot et tout ce que le mari aurait reçu d'elle ou à cause d'elle; mais elle n'aurait pas d'hypothèque légale sur les biens du mari. Elle ne jouirait d'ailleurs ni de la qualité de veuve ni des droits attachés à cette qualité. Elle ne recevrait pas d'habits de deuil, n'aurait ni son logement ni sa nourriture dans la maison du défunt pendant la première année de ce deuil.

Si la communauté avait été la loi de leur association, elle devrait l'accepter pour en supporter les pertes comme pour en partager les bénéfices; et si elle y renonçait, elle ne pourrait reprendre ses apports sans contribuer aux pertes, quelle que fût la stipulation du contrat. Car une telle stipulation, autorisée, il est vrai, par l'art. 1514 du Code civil, est un avantage pour la femme dont elle doit être privée si par sa faute le mariage est nul. La communauté, dans ce cas, doit être réduite à une *société de fait* dont le partage s'opère proportionnellement aux mises de chacun et pour laquelle on considère comme nulle la convention qui affranchit de toute contribution aux dettes les sommes ou

effets mis dans les fonds de la société par l'un des associés. (V. C. civ., art. 1855.)

Le mari ou ses héritiers pourraient même, s'il leur était avantageux qu'il n'y eût pas de communauté, dans le cas, par exemple, où la femme aurait eu beaucoup de dettes, lui restituer ses apports à la charge par elle de rembourser les dettes qui la concernaient et qui auraient été remboursées. Telle est, au moins, l'opinion de Duranton (1).

Cependant cette opinion doit être modifiée en ce sens que la femme devrait être privée seulement, conformément à l'article 202, des avantages que lui aurait valus le payement de ses dettes. Mais si, en indemnisant la communauté de ce payement aux dépens de ses biens propres, la société avait des bénéfices, elle devrait, il semble, y participer comme un associé ordinaire qui partage les économies qu'ont produites les jouissances et l'industrie communes. Elle ne doit, en effet, perdre que les avantages qu'elle a retirés d'un mariage illicite, non les profits que son association avec le mari a pu retirer des fruits de leurs biens et de la confusion de leurs travaux.

624. Puisque le mariage, quoique déclaré nul, produit les effets civils, tant à l'égard des époux qui l'ont contracté de bonne foi qu'à l'égard des enfants, on doit dire que les époux se doivent mutuellement une pension alimentaire en cas de nécessité.

Si la bonne foi n'a existé que de la part de l'un des époux, celui-là seul doit avoir le droit d'exiger de l'autre les aliments dont il a besoin. Car on doit appliquer, par analogie, au mariage annulé par un vice radical, la règle relative au mariage dissous par le divorce. (V. l'article 304.)

625. Quant au droit de successibilité attribué par les articles 723 et 767 au conjoint survivant à défaut de parents au degré successible, ce droit n'existe plus dès l'instant où

(1) Duranton, *Droit civil*, t. 2, nº 371.

le mariage est annulé. On ne peut, en effet, le considérer comme un des effets civils du mariage. C'est un droit inhérent à la qualité d'époux. Dès que cette qualité cesse, le droit doit s'évanouir. Le conjoint du mort civilement ne l'a pas sur les biens de celui-ci. L'époux qui a obtenu le divorce en est aussi privé à l'égard de l'autre époux. (Article 767.)

Pourquoi?

Parce que le divorce ou la mort civile ayant détruit le mariage, ils ne sont plus époux.

La position du conjoint de bonne foi est semblable, lorsque le mariage est annulé; il doit donc subir la même loi.

Nous ajouterons avec M. Vazeilles que, s'il en était autrement et si le conjoint dont l'incapacité aurait fait annuler le mariage, contractait dans la suite un mariage légal et laissait une veuve, il serait difficile de décider à laquelle de la première ou de la seconde épouse la succession appartiendrait. — Nouvelle preuve de la vérité de l'opinion que nous adoptons avec Duranton, Vazeilles et Dalloz aîné (1).

Nous examinerons dans la section suivante quels sont les droits de ces époux aux successions de leurs enfants, et réciproquement.

626. Nous terminerons dans celle-ci par faire observer que l'époux trompé serait fondé à réclamer contre l'individu de mauvaise foi, des dommages et intérêts proportionnés au tort qu'il aurait éprouvé. Car tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, donne droit à une indemnité (C. civ., art. 1387). Or, quel préjudice n'éprouve pas la femme surtout dont l'existence est flétrie par l'annulation du mariage illicite qu'une cruelle déception lui avait fait contracter?

(1) Duranton, t. 2, n° 300; Vazeilles, t. 1, n° 281; Dalloz aîné, t. 10, p. 115, n° 14.

Il serait superflu de faire observer que si les deux époux sont de mauvaise foi, leur mariage n'a aucun effet civil, leur cohabitation n'est qu'un concubinage ; ils doivent se séparer immédiatement après l'annulation du mariage. Le ministère public peut même les y contraindre, surtout s'il y a inceste ou bigamie. L'acte qui renferme leurs conventions matrimoniales est nul comme contrat de mariage. Il ne peut valoir pour les intérêts matériels que comme contrat ordinaire, comme acte d'association privée et d'une association précaire dont les effets sont réglés par le droit commun, et dont chaque associé peut demander la rupture, parce que le but qu'il se proposait n'est pas rempli.

Section III.

Des effets de la bonne ou de la mauvaise foi à l'égard des enfants nés du mariage.

SOMMAIRE.

627. *Si les deux époux étaient de bonne foi, le mariage putatif a les mêmes effets pour les enfants que s'il était valable.*
628. *Il a aussi tous ces effets quoiqu'un seul des époux fût de bonne foi.*
629. *Mais l'époux de mauvaise foi n'a sur eux aucune puissance, et sur leurs biens aucun droit.*
630. *Le droit ancien était semblable.*
631. *S'il n'y a bonne foi d'aucun côté, le mariage est nul.*
632. *Les enfants qui en sont nés ont les droits des enfants naturels.*
633. *Mais s'il y a eu bigamie ou inceste, les enfants n'ont droit qu'à des aliments.*
634. *Des devoirs des enfants naturels même incestueux ou adultérins envers leurs père et mère, quoique le mariage soit nul.*

627. Lorsque les deux époux étaient de bonne foi, les enfants nés du mariage sont considérés comme légitimes, et jouissent de tous les droits attachés à la légitimité.

Ils sont aussi soumis à toutes les obligations que la loi impose aux enfants légitimes à l'égard de leurs parents.

En un mot, leur état d'enfants légitimes, tel qu'il existait aux yeux de la société et devant la loi avant que le mariage fût annulé, n'éprouve pas la moindre altération, et tous les effets de ce titre, tous les avantages comme tous les devoirs qui y sont attachés, soit relativement à un des époux et à leurs familles, soit relativement aux tiers, subsistent dans toute leur force.

628. Si un seul des époux était de bonne foi, les enfants nés de l'union sont aussi réputés légitimes et peuvent invoquer tous les effets civils du mariage, non-seulement à l'égard de l'époux de bonne foi et de sa famille, mais encore à celui de l'époux qui était de mauvaise foi et des parents de celui-ci ou des tiers.

Ainsi ils porteront le nom de leur père quoique ce fût celui-ci qui eût sciemment contracté le mariage annulé. Ils auront le droit d'obtenir de lui pendant sa vie, protection, secours, aliments. Ils lui succèderont à sa mort. Ils succéderont aussi à leurs frères et sœurs nés du mariage nul ou de tout autre mariage. Ils succèderont enfin, dans l'ordre réglé par la loi, à tous leurs parents paternels comme à leurs parents maternels.

629. Au contraire ils ne seront pas soumis à la puissance civile du père coupable. Celui-ci, privé de tous les effets civils du mariage, ne pourra exiger d'eux l'accomplissement d'aucune des obligations imposées par la loi aux enfants légitimes.

Par la même raison, quoique dans ce cas les enfants succèdent à leur père, celui-ci est incapable de leur succéder. Le principe de la réciprocité du droit de successibilité faillit dans cette circonstance (1).

Ce principe est maintenu, d'ailleurs, en faveur des parents paternels, soit directs soit collatéraux, aux successions

(1) Il n'a pas lieu aussi entre l'adoptant et l'adopté. (Code civ., article 351.)

desquels ces enfants peuvent être appelés à cause de leur légitimité qu'ils conservent.

Il est superflu d'ajouter qu'à plus forte raison ces enfants, réputés légitimes à cause de la bonne foi de l'un des époux, conservent leur droit de successibilité aux biens de cet époux et de tous les parents de sa ligne, qui de leur côté ont aussi des droits semblables sur les biens des enfants.

Tous ces principes ne sont que le développement et la conséquence des dispositions des articles 201 et 202 du Code civil.

630. Telles étaient aussi les règles de l'ancien droit. Elles sont rappelées dans le Recueil de jurisprudence, par Gui Rousseau de Lacombe, au mot *Enfants*, n° 12, où il cite tous les auteurs qui ont professé cette doctrine, quelques lois romaines ou canoniques d'où elle a été tirée, et cinq arrêts qui l'ont appliquée à des espèces dans lesquelles un seul des époux était de bonne foi.

Pothier, dans son Traité du contrat de mariage, n° 439, l'enseigne aussi, et rapporte un arrêt du 14 février 1689, qui a jugé contre l'ordre de Malte, qu'un enfant né du mariage d'un profès qui avait caché sa qualité, devait avoir, à cause de la bonne foi de sa mère, les droits d'enfant légitime, et pouvait porter et le nom et les armes de son père.

Mais si les époux, même de bonne foi, étaient morts civilement, les enfants quoique réputés légitimes ne leur succéderaient pas. Les principes sur la mort civile s'y opposeraient. Car un mort civilement ne peut ni recueillir ni transmettre une succession. Les biens qu'il possède au moment où la mort civile l'a frappé sont devenus la propriété des successibles qu'il avait alors.

Ceux qu'il a acquis depuis appartiennent à l'État par droit de déshérence ; ses enfants nés, soit avant, soit pendant sa mort civile ne peuvent les obtenir que de la munificence du Roi. (Voir Code civil, art. 33.)

631. On a vu qu'il fallait qu'il y eût bonne foi au moins

de la part de l'un des époux pour que les enfants fussent considérés comme légitimes, et jouir des droits attachés à cette qualité.

Si cette bonne foi n'existe pas, le mariage étant annulé, quels seront l'état et le droit des enfants qui en seront provenus?

632. Leur état devra être celui d'enfants naturels.

Leurs droits seront réglés d'après cette qualité.

Comme enfants naturels, fussent-ils même incestueux ou adultérins, ils seraient autorisés à demander des aliments à leur père et à leur mère.

L'obligation de fournir des aliments à ses enfants, quelque soit le vice de leur naissance, est commandée par la nature, et c'est un devoir que la loi civile prescrit même en faveur des enfants adultérins ou incestueux. (Code civil, art. 762.)

Ce devoir, les père et mère sont tenus de le remplir même de leur vivant, si les besoins sont pressants, sinon des aliments sont assurés aux enfants sur les biens que les père et mère laissent à leur décès.

Mais à cette époque les droits de ces enfants naturels peuvent être plus étendus.

En effet, s'ils sont bâtards simples, c'est-à-dire nés *ex soluto* et *solutâ*, ils doivent obtenir sur les biens des auteurs de leurs jours une portion calculée sur la qualité et le nombre des héritiers légitimes conformément à l'article 757 du Code; c'est-à-dire qu'ils doivent obtenir, s'il y a des descendants légitimes, le tiers de la portion héréditaire qu'ils auraient obtenue eux-mêmes s'ils eussent eu ce titre, la moitié de cette portion, si les père et mère n'avaient que des ascendants ou des frères et sœurs, et les trois quarts si leurs héritiers étaient de degrés plus éloignés.

Ils devraient même recueillir la totalité, si les père et mère ne laissaient pas de parents au degré successible.

633. Mais si le mariage avait été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste, les enfants qui en seraient nés seraient

adultérins ou incestueux, et ce titre affligeant ne leur permettrait de réclamer que des aliments dont la valeur serait proportionnée, comme le dit l'article 763, aux facultés des père et mère, combinées avec le nombre, et la qualité de leurs héritiers légitimes.

Si les père et mère ou l'un d'eux étaient mort, civilement, comme ils ne pourraient pas échapper au droit de déshérence, les bâtards simples comme les incestueux ou les adultérins feraient prudemment de réclamer des aliments pendant la vie de leurs père et mère sur leurs biens présents, pour ne pas s'exposer aux incertitudes et aux difficultés d'une réclamation contre l'État.

634. Quelque faibles que soient les droits des enfants nés d'un mariage nul et contracté sans bonne foi de la part des deux époux, cependant leur qualité même d'enfants leur impose des devoirs envers leurs père et mère.

Bâtards simples ils sont soumis à la puissance naturelle de leurs père et mère; puissance qui autorise ceux-ci à les faire punir disciplinairement s'ils leur donnent des causes très-graves de mécontentement. (V. les articles 375, 376, 377, 378 et 383 du Code civil.)

Ils sont aussi tenus d'obtenir ou de demander leur consentement pour se marier. (V. l'article 148 du même Code.)

Incestueux même ou adultérins, si leurs devoirs ne sont pas prescrits littéralement par la loi civile, ils sont écrits dans la loi naturelle qui leur commande le respect, la soumission, même le tribut de leurs facultés envers leurs père et mère dans le besoin, comme elle charge ceux-ci de veiller à eux, de les protéger, de leur fournir des aliments.

Les observations que nous venons de faire sur les enfants nés d'un mariage contracté de mauvaise foi, et qui par ce motif ne jouissent pas des avantages de la légitimité, s'appliquent aussi et à plus forte raison à ceux qui sont réputés légitimes, même à l'égard de celui de leurs père et mère que sa mauvaise foi prive des effets civils du mariage.

Section IV.

Des effets de la bonne foi relativement aux enfants conçus ou nés avant la célébration du mariage putatif.

SOMMAIRE.

635. *Le mariage putatif légitime-t-il les enfants nés ou conçus antérieurement?*
Ancien droit. — Arrêt Maillard.
636. *Droit actuel. — Controverse.*
Solution en faveur des enfants.
637. Quid *si au moment de la conception de l'enfant il existait un empêchement dirimant connu des père et mère?*

635. C'était une opinion généralement reçue autrefois, qu'un mariage putatif ne pouvait pas légitimer des enfants nés antérieurement, si, à l'époque de leur naissance, le père et la mère ne pouvaient pas s'unir, lors même que les deux époux ou l'un d'eux alléguerait avoir ignoré l'empêchement existant lors de la cohabitation. Car, disaient les anciens auteurs, on ne peut jamais être de bonne foi dans le concubinage.

« La loi, dit d'Aguesseau, récompense l'innocence telle qu'elle se trouve dans celui qui contracte de bonne foi et par erreur de fait un mariage défendu; mais que la loi récompense une personne qui a voulu mal faire, parce qu'elle a cru faire un moindre mal, c'est ce qui ne peut pas être écouté (1). »

Pothier va plus loin : il pense qu'un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce que les parties auraient eu ensemble auparavant, parce que ce commerce étant criminel de la part de l'un comme de la part de l'autre, ne peut être purgé que par un véritable mariage.

(1) D'Aguesseau, 47e Plaidoyer.

L'auteur ne distingue pas dans son opinion, le cas où, au moment de la naissance des enfants, il n'aurait pas existé d'empêchement légal au mariage de leurs père et mère, de celui où ceux-ci n'auraient pu s'unir.

Cependant dans l'exemple qu'il cite l'empêchement existait, non-seulement au moment du mariage, mais encore à celui de la naissance antérieure de l'enfant. L'arrêt est du 15 mars 1674, il fut rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, absent depuis long-temps.

Sa femme qui le croyait mort avait eu des enfants d'un sieur Thibaud de la Boissière. Depuis et sur un certificat de mort donné par un capitaine, elle avait épousé le sieur Thibaud. Mais Jean Maillard se représenta après 40 années d'absence, et l'arrêt, en déclarant nul le mariage quoique contracté de bonne foi, déclara aussi illégitimes les enfants nés avant le mariage, mais au contraire maintint dans tous les droits de la légitimité les enfants nés pendant le mariage putatif.

Cet arrêt qui fit beaucoup d'éclat, lors duquel M. l'avocat-général Bignon avait porté la parole pendant huit audiences et qui n'intervint qu'après un mois de délibéré, est cité par tous les auteurs comme décidant qu'un mariage nul ne peut, quoique contracté de bonne foi, légitimer les enfants nés avant sa célébration.

Mais les faits démontrent que la question ne fut pas jugée pour le cas plus simple et moins défavorable où il n'y aurait pas eu d'empêchement au mariage au moment de la conception ou de la naissance des enfants.

Dans l'affaire Maillard il y avait empêchement légal, empêchement que ne pouvaient pas même ignorer les parties. Car, autrefois comme aujourd'hui, l'absence sans nouvelle d'un époux, quelque prolongée quelle fût, n'autorisait pas son épouse à contracter un nouveau mariage sans qu'elle justifiât de son décès par des preuves écrites ou orales suffisantes pour signaler sa bonne foi. Le chapitre *in pre-*

sentiâ, 19 *ex. de sponsalib.*, exigeait *certum nuntium* pour la bonne foi du second mariage de la femme.

Or, ce *certum nuntium*, qui résulta pour la femme Maillard du certificat attestant le décès de son mari, et qui l'autorisa à passer à de secondes noces, n'existait pas lors de la conception des enfants nés du commerce antérieur. On pouvait donc penser que le commerce illicite n'était pas même excusé par le projet et l'espoir d'une union prochaine en légitime mariage. Cette circonstance seule devait suffire aux magistrats pour leur faire repousser une légitimation dont l'exemple eût pu encourager de semblables désordres.

636. Mais en serait-il ainsi dans le cas plus favorable où deux jeunes personnes, qui croyaient à une union légitime et prochaine, auraient commis, dans l'égarement de leurs passions, une faute qu'ils avaient l'espérance de promptement réparer, et qui après avoir d'abord été séparés par des circonstances imprévues, se seraient ensuite réunies, et auraient contracté un mariage putatif dont un empêchement ignoré de l'un d'eux et récemment survenu ferait prononcer la nullité? Ce mariage putatif ne légitimerait-il pas un enfant né ou conçu à une époque où l'empêchement n'existait pas?

Cette question présente une difficulté sérieuse. Et il est peu surprenant qu'elle ait donné lieu à un partage d'opinions entre les meilleurs esprits.

Toullier, Vazeilles, Favard, pensent que le mariage putatif ne légitime pas les enfants nés d'un concubinage antérieur, quoiqu'il n'y eût pas au moment de la conception d'obstacle légal à l'union legitime. Tel est aussi l'avis de Proudhon (1).

Merlin résume les diverses autorités qui ont traité la question, et paraît aussi adopter la négative sans exprimer formellement une opinion personnelle.

(1) Toullier, t. 1, n° 601; Vazeilles, t. 1, n° 275; Favard, Répert., v° *Mariage*, sect. 5, § 3, n° 3; Proudhon, *Traité des personnes*, t. 2, p. 110; Merlin, Répert., v° *Légitimation*, sect. 2, § 2, n° 4.

Delvincourt et Duranton ont une opinion contraire (1), et cette opinion était autrefois celle d'un grand nombre d'auteurs ultramontains.

Des raisons puissantes appuient les deux systèmes.

Nous serions disposés à adopter l'avis favorable aux enfants.

L'équité commande ce dernier sentiment, la loi ne le repousse pas, et des principes généralement reconnus le protégent.

Il a toujours été de maxime que la bonne foi sert autant au possesseur que la vérité.

C'est en vertu de cette maxime que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, et même qu'il prescrit la propriété. Pourquoi n'aurait-elle pas la même force en faveur des enfants qui possèdent de bonne foi, en vertu du mariage, le titre d'enfants légitimes que ce mariage leur a attribué?

C'est aussi en vertu de cette maxime que le mariage putatif, quoique nul ou plutôt sans effets civils pour l'époux de mauvaise foi, est considéré comme valable et conserve tous ses effets à l'égard de celui des époux qui a été de bonne foi, et dans l'intérêt des enfants nés de cette union illicite. Pourquoi donc cette maxime serait-elle impuissante dans l'intérêt des enfants nés antérieurement et qu'un mariage contracté de bonne foi aurait déclaré légitimer?

Comment concevoir aussi que ces enfants, dont la naissance avait été peut-être la première, la principale cause du mariage, fussent précisément les seuls privés de ces avantages, tandis que leurs frères en jouiraient; et ne serait-ce pas le cas de dire avec Justinien : *Quomodò non est iniquissimum ipsam stirpem secundæ posteritatis priorem excludere cùm gratias agere suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt justi filii et nomen et ordinem consecuti?* L. 10, C. *de naturalib. lib.*

(1) Delvincourt sur les art. 201 et 202 du Code civil; Duranton, t. 2, n° 356.

Comment supposer aussi que la loi veuille les traiter plus durement que leur père et leur mère, seuls coupables de leur naissance, et qu'ils soient réduits à la triste condition d'enfants naturels, tandis que la mère qui les aurait conçus serait aux yeux de la loi épouse légitime, et ne perdrait aucun des droits attachés à ce titre, parce qu'elle serait protégée par sa bonne foi?

Mais cette bonne foi ne devrait-elle pas surtout protéger les enfants nés du commerce antérieur? Mais doivent-ils être seuls punis d'une faute qui n'est pas leur œuvre?

Mais si la célébration du mariage a effacé la faute pour la mère, pour le père, pour celui des époux qui a été de bonne foi, ne doit-elle pas l'avoir effacée surtout pour les fruits innocents d'un commerce irrégulier? Et s'il est vrai que la célébration du mariage purge la tache du commerce illicite, s'il est vrai qu'après cette célébration les enfants nés antérieurement sont considérés comme légitimes en vertu même des dispositions de la loi, comment peut-il se faire que sans aucun fait nouveau et qui leur soit personnel, sans qu'on n'ait rien à leur reprocher à eux-mêmes, la loi condamnant ce qu'elle avait approuvé, rétractant le bienfait qu'elle leur avait accordé, les prive de l'état qu'elle leur avait attribué, et les fasse rentrer dans l'humiliante classe des bâtards?

N'est-ce pas ici le cas d'invoquer en leur faveur la règle écrite dans la loi 85, § 1, ff. *de regulis juris* : *Non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exiterit à quo initium capere non potuerunt.*

On oppose avec Pothier l'opinion du Cardinal de Palerme, et celle de Barthole, *ad leg. jul. de adult.*, et l'on dit avec eux que la femme, qui épouse un homme qu'elle ignore être marié, est parfaitement innocente, tandis que celle qui, sans être épouse, a commerce avec un homme qu'elle le croit libre ou non, n'en commet pas moins une action blâmable: *Dat operam rei illicitæ.*

Mais l'opinion de ces auteurs est en opposition avec celle d'une foule d'autres docteurs ultramontains, tels que Bernard, le cardinal d'Ostie, Jean André, Antoine de Bulrio, etc.

Mais même l'argument frappe à côté de la difficulté.

Car nous supposons aussi dans l'examen de la question, que les deux personnes, desquelles est né un enfant naturel, étaient libres l'une et l'autre au moment de la conception de l'enfant ; et si le mariage postérieur de ces deux personnes légitime l'enfant ainsi né d'une œuvre illicite, pourvu qu'elles soient encore libres l'une et l'autre au moment du mariage, pourquoi ne le légitimerait-il pas si, l'un des deux époux étant empêché, l'autre époux est de bonne foi et contracte le mariage dans l'ignorance de l'empêchement ? Pourquoi ce mariage qui n'est pas nul d'une nullité absolue, qui n'est nul que relativement à l'époux de mauvaise foi, dont tous les effets civils subsistent relativement à l'époux qui a été trompé et aux enfants nés d'une union légale, pourquoi ne subsisterait-il pas aussi dans les effets de la légitimation qu'il avait produite, de la légitimation dont il avait été le but, dont il avait été la principale cause ? Pourquoi scinder, en un mot, les effets civils de ce mariage, les conserver pour l'un des époux sous prétexte qu'il a été de bonne foi quoi qu'il se fût d'abord livré au concubinage, et les détruire pour des enfants bien plus dignes, il semble, de la faveur de la loi ?

Où est, d'ailleurs, la disposition législative qui autorise cette division ? L'article 201 du Code déclare que le mariage, déclaré nul, produit néanmoins les effets civils tant *à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants*, s'il a été contracté de bonne foi. Cet article ne fait aucune distinction entre les enfants légitimes à cause de leur naissance postérieure à la célébration du mariage, et les enfants légitimés par le mariage même.

L'article suivant en s'occupant de la bonne foi de l'un

des époux, parle, il est vrai, *des enfants issus du mariage.*

Mais par la légitimité qu'opère la célébration du mariage tous les enfants sont censés issus du mariage, qu'ils soient nés avant ou qu'ils soient nés après, cette célébration donnant fictivement au mariage une rétroactivité qui en fait remonter les effets au moment de la conception des enfants nés antérieurement.

C'est ce qui résulte des articles 331, 332, 333 du Code.

Mais on ne supposera sans doute pas que le législateur ait entendu faire une différence, quant aux effets du mariage putatif, entre le cas où les deux époux ont été de bonne foi et celui où un seul d'eux l'aurait été ;

Mais, enfin, la conservation des effets civils du mariage, quant à celui-là seul des époux qui aurait été de bonne foi, suffirait pour conserver la légitimité aux enfants qui l'auraient reçue par la célébration. Car la légitimation des enfants nés avant le mariage, la puissance paternelle ou maternelle que cette légitimation confère, les droits d'usufruit légal attachés à cette puissance et les autres droits que la loi attribue aux pères et mères légitimes sur leurs enfants, font partie de ces effets civils dont l'époux serait cependant privé contrairement à la loi, dans le système que nous attaquons.

Ajoutons que lorsque le législateur s'est servi dans l'article 202, de l'expression *enfants issus du mariage*, il n'a certainement pas songé à l'objection que l'on en tire, et que même s'il eût entendu exclure les enfants légitimés par mariage subséquent du bénéfice des effets civils maintenus par les articles 201 et 202, dans le cas de bonne foi des deux époux où de l'un d'eux, il n'eût pas manqué de faire cette importante distinction. Son silence même est donc un argument en faveur de notre opinion.

Dira-t-on avec l'un des auteurs qui professent l'opinion contraire que les règles de la légitimation autorisée par l'article 331 du Code et celle de la légitimité admise par l'ar-

ticle 321, forment deux institutions différentes, et ne doivent pas être confondues?

L'objection est peu sérieuse. Toutes les parties d'un même corps de loi doivent se coordonner pour la solution des difficultés qu'elles présentent : *Incivile est nisi tola lege perspectâ judicare*. Cette axiome doit s'appliquer surtout à deux règles qui ont évidemment une grande corrélation et qui l'une et l'autre sont relatives au mariage et à ses effets civils.

Prétendra-t-on aussi que la légitimation n'est pas assez favorable pour s'étendre d'un cas à un autre?

Nous répondrons avec plus de justesse que les peines, que les déchéances doivent être restreintes, *odia restringenda*.

Le mariage, même dans les cas où la loi le prohibe, subsiste tant qu'un jugement ne l'a pas annulé. Le fait de la célébration du mariage a donc opéré la légitimation. Or, détruire cette légitimation en annulant le mariage à cause de la mauvaise foi des deux époux, tandis qu'on en maintiendrait les effets civils en faveur de l'époux de bonne foi, ne serait-ce pas étendre sur cet époux et sur ses enfants une peine que la loi a prononcée seulement contre l'époux coupable? Ne serait-ce pas violer l'axiôme *Odia restringenda* et méconnaître aussi cet autre axiôme dicté par la première des lois, par l'équité : *Favores ampliandi?* axiôme si vrai comme si applicable aux innocentes victimes que l'on voudrait frapper.

Enfin ce serait vainement que l'on argumenterait du droit ancien.

D'une part les opinions, autrefois comme aujourd'hui, étaient divisées sur la question, et la jurisprudence, non-seulement n'était pas fixée, mais même ne s'était manifestée par aucun arrêt; car celui du 16 février 1617, rapporté par Merlin, au mot *Légitimation*, avait été rendu dans une espèce où comme pour l'arrêt Maillard l'enfant né avant le mariage était adultérin.

D'une autre part ce serait méconnaître l'esprit de la lé-

gislation actuelle que de l'interpréter dans cette matière par les erreurs d'une législation ancienne sous laquelle, par des idées religieuses faussement appliquées, on croyait devoir punir dans les enfants les fautes de leur père.

Appliquons donc au mariage putatif la règle de droit et d'équité : *Fictio idem operatur in casu ficto quam veritas in casu vero*, et disons, avec Duranton, que l'enfant naturel, qui aurait pu être légitimé par un mariage valable, a pu l'être aussi par un mariage putatif que l'un des époux a contracté de bonne foi.

637. Mais si, au moment auquel remonte la conception de l'enfant, le père et la mère n'avaient pu contracter mariage sans qu'il y eût ou inceste ou bigamie et que cet empêchement leur eût été connu, le mariage putatif ne pourra produire la légitimation. Car elle ne serait pas opérée, même par un mariage valable (v. l'art. 331 du Code civil) ; et la fiction ne peut point avoir plus d'effet que la vérité.

On doit reconnaître avec Pothier que l'on ne peut appliquer à l'enfant né du concubinage ce qui est dit au titre *de Ingenuis*, aux Institutes de Justinien, que pour qu'un enfant soit de condition libre il suffit que sa mère ait eu la qualité de personne libre, soit au temps de la conception, soit au temps de la naissance de l'enfant, soit au temps intermédiaire.

Cette décision dictée par la faveur de la liberté était fondée, d'ailleurs, sur un juste motif. L'enfant qui était libre comme sa mère à l'une des trois époques ne devait pas équitablement naître esclave.

Ce motif ne se rencontre pas dans le cas qui nous occupe. Car c'est l'époque seule de la conception présumée que l'on doit considérer pour vérifier s'il existait alors un empêchement dirimant au mariage des père et mère ; et cette époque doit être examinée d'après les règles écrites dans les art. 312 et 314 du Code civil ; en sorte que, s'il était prouvé qu'il n'existait aucun empêchement légal au mariage des père et mère pendant le temps qui aurait couru depuis le

trois-centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, la légitimation pourrait avoir lieu par le mariage putatif comme par un mariage valable.

Par empêchement légal nous entendons seulement les empêchements prohibitifs absolus, c'est-à-dire l'existence d'un autre mariage et la parenté ou l'alliance des père et mère de l'enfant aux degrés prohibés; seuls cas prévus par l'article 331 pour paralyser la légitimation par mariage subséquent, seuls cas qui doivent aussi s'opposer à la légitimation par un mariage putatif (1).

Après avoir examiné l'influence d'un mariage putatif sur l'état des époux et sur celui des enfants nés avant ou pendant le mariage, l'ordre des idées nous conduit à considérer aussi celle d'un mariage valable sur l'état des enfants nés des deux époux avant le mariage, sur celui des enfants nés pendant le mariage et sur celui des enfants nés de l'un des époux seulement aux deux époques.

Cette recherche sera l'objet du titre suivant.

(1) Voir ce qui sera dit au titre suivant, chap. 1, de *la Légitimation*.

FIN DU TOME PREMIER.

BIBLIOTHEQUE ROYALE

TABLE

DES

Titres, Chapitres, Sections et Paragraphes

DU VOLUME.

Pages.

Préface. 1
Discours préliminaire. 1
Division de l'ouvrage. 39

PREMIÈRE PARTIE.

Traité du mariage et de ses effets. 40
Notions générales. *Ibid.*

TITRE PREMIER.

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. 45

CHAPITRE PREMIER.

Des empêchements. 48

SECTION PREMIÈRE.

De l'âge. 49

SECTION II.

De l'existence d'un autre mariage. 55

SECTION III.

De la parenté et de l'alliance. 71
§ Ier. Ligne directe. *Ibid.*
§ II. Ligne collatérale. 83

SECTION IV.

De l'adoption. 95

SECTION V.

De la mort civile. 99

SECTION VI.

De quelques autres cas d'empêchement. 113
§ Ier. Impuissance. 114

Pages.
§ II. Adultère. 119
§ III. Ordres sacrés. 121
§ IV. Diversité des religions; différence des couleurs. 128
§ V. Fiançailles. 132

CHAPITRE II.

Des empêchements relatifs et accidentels ou des conditions prescrites pour la validité du mariage. 135

SECTION PREMIÈRE.

Du consentement des contractants. 137
§ Ier. De l'erreur et du dol. 139
§ II. De la violence. 151
§ III. Des insensés, des interdits. 165
§ IV. Des sourds et muets. 175

SECTION II.

Du consentement de ceux dont dépendent les contractants. 180
§ Ier. Des conditions imposées aux enfants majeurs et légitimes. 181
Art. Ier. Des enfants majeurs auxquels est nécessaire le consentement de leurs ascendants. 186
Art. II. Des enfants majeurs qui peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants et des actes respectueux. 221
§ II. Des enfants mineurs. — Des enfants naturels. — Des enfants adoptifs.
Art. Ier. Des enfants mineurs. 250
Art. II. Des enfants naturels et adoptifs. 258
§ III. Des princes. — Des militaires. — Des esclaves. 264
Art. Ier. Des princes. 265
Art. II. Des militaires et marins. 268
Art. III. Des esclaves. 271

TITRE II.

Des oppositions au mariage. 273

CHAPITRE PREMIER.

Par quelles personnes et pour quelles causes peuvent être faites les oppositions au mariage. 276

CHAPITRE II.

Des formalités des oppositions. 305

CHAPITRE III.

Pages.
Des mains-levées des oppositions; quelles instances elles font naître et quels en sont les juges. 318

TITRE III.

Des formalités et de la preuve du mariage. 335

CHAPITRE PREMIER.

Des mariages célébrés en France. 336

SECTION PREMIÈRE.

Du domicile par rapport au mariage. 337

SECTION II.

Des formalités qui doivent précéder le mariage. 346
§ Ier. Par qui, dans quelles communes et en quel lieu doivent être faites les publications. 350
§ II. En quelle forme et en quel nombre doivent être faites les publications. 363
§ III. Du mode de constater les publications et de leurs effets. 369

SECTION III.

Des formalités de l'acte de mariage. 370
§ Ier. Du délai nécessaire, du fonctionnaire à choisir et du lieu prescrit pour la célébration du mariage. 371
§ II. Des vérifications préalables à la célébration du mariage et des pièces à produire à l'officier public. 375
§ III. Des formalités de la célébration du mariage et de l'acte qui le constate. 380
§ IV. Des mariages *in extremis* et de ceux faits par procureurs. 388

CHAPITRE II.

Des mariages contractés en pays étranger. 396

SECTION PREMIÈRE.

Des mariages célébrés à l'étranger par tout Français en général. *Ibid.*

SECTION II.

Du mariage des militaires français à l'étranger. 431

CHAPITRE III.

Des preuves du mariage. 440

SECTION PREMIÈRE.

Pages.

Des preuves du mariage dans l'intérêt des époux. 443
§ Ier. Premier genre de preuve exigé de l'époux. *Ibid.*
§ II. Des preuves supplétives de l'acte de célébration, autorisées entre époux dans certaines circonstances. 452
ARTICLE Ier. Des preuves supplétives lorsqu'il n'y a pas eu d'acte de célébration ou qu'ils ont disparu sans crime ni délit imputable à une personne connue. 454
ART. II. De la preuve supplétive de l'acte de célébration du mariage par l'effet d'une instruction criminelle. 467

SECTION II.

De la preuve du mariage dans l'intérêt des enfants. 473

TITRE IV.

Des nullités du mariage et des actions auxquelles ces nullités peuvent donner lieu. 488

CHAPITRE PREMIER.

Des causes de nullité. 489

SECTION PREMIÈRE.

Des nullités absolues. 490

SECTION II.

Des nullités relatives. 514

SECTION III.

Contraventions qui n'emportent pas nullité, et causes de nullité admises autrefois et non prévues par la loi nouvelle. 517
§ Ier. Des contraventions qui n'emportent pas nullité. *Ibid.*
§ II. Causes de nullité admises autrefois et non prévues aujourd'hui. 528

SECTION IV.

Des nullités perpétuelles, des nullités temporaires, de celles qui sont ou non susceptibles d'être réparées ou couvertes. 534
§ Ier. Des nullités perpétuelles et irréparables. *Ibid.*
§ II. Des nullités temporaires et réparables. 540

CHAPITRE II.

Des demandes en nullité. 546

SECTION PREMIÈRE.

Pages.

Qui peut former les demandes en nullité. Distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives. 547
§ Ier. Des actions qu'autorisent les nullités absolues. *Ibid.*
ART. Ier. Des demandes en nullité par les époux. 551
ART. II. Des demandes en nullité de la part des père et mère, des ascendants et de tous ceux qui y ont intérêt. 569
ART. III. Du ministère public dans les actions en nullité. 582
§ II. Des actions qu'autorisent les nullités relatives. 600
ART. Ier. De l'absence ou de l'irrégularité du consentement des contractants. 601
ART. II. De la nullité pour défaut du consentement des parents. 621
§ III. De la forme des actions en nullité et de la durée de certaines de ces actions. 658

CHAPITRE III.

Des effets des nullités du mariage. 660

SECTION PREMIÈRE.

Preuves, caractères et durée de la bonne foi. 664

SECTION II.

Des effets de la bonne foi à l'égard des époux. 677

SECTION III.

Des effets de la bonne foi à l'égard des enfants nés du mariage. 684

SECTION IV.

Des effets de la bonne foi relativement aux enfants conçus ou nés avant la célébration du mariage putatif. 689

BIBLIOTHÈQUE ROYALE

FIN DE LA TABLE DU VOLUME.

Riom, imp. de E. Leboyer.

Préface.
Discours préliminaire.
Division de l'ouvrage.
PREMIERE PARTIE.
Traité du mariage et de ses effets.
Notions générales.
TITRE PREMIER.
Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.
CHAPITRE PREMIER.
Des empêchements.
SECTION PREMIERE.
De l'âge.
SECTION II.
De l'existence d'un autre mariage.
SECTION III.
De la parenté et de l'alliance.
§ I^er^. Ligne directe.
§ II. Ligne collatérale.
SECTION IV.
De l'adoption.
SECTION V.
De la mort-civile.
SECTION VI.
De quelques autres cas d'empêchement.
§ I^er^. Impuissance.
§ II. Adultère.
§ III. Ordres sacrés.
§ IV. Diversité des religions; différence des couleurs.
§ V. Fiançailles.
CHAPITRE II.
Des empêchements relatifs et accidentels ou des conditions prescrites pour la validité du mariage.
SECTION PREMIERE.
Du consentement des contractants.
§ I^er^. De l'erreur et du dol.
§ II. De la violence.
§ III. Des insensés, des interdits.
§ IV. Des sourds et muets.
SECTION II.
Du consentement de ceux dont dépendent les contractants.
§ I^er^. Des conditions imposées aux enfants majeurs et légitimes.
ART. I^er^. Des enfants majeurs auxquels est nécessaire le consentement de leurs ascendants.
ART. II. Des enfants majeurs qui peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants et des actes respectueux.
§ II. Des enfants mineurs. - Des enfants naturels. - Des enfants adoptifs.
ART. I^er^. Des enfants mineurs.
ART. II. Des enfants naturels et adoptifs.
§ III. Des princes. - Des militaires. - Des esclaves.
ART. I^er^. Des princes.
ART. II. Des militaires et marins.
ART. III. Des esclaves.
TITRE II.
Des oppositions au mariage.
CHAPITRE PREMIER.
Par quelles personnes et pour quelles causes peuvent être faites les oppositions au mariage.
CHAPITRE II.
Des formalités des oppositions.
CHAPITRE III.
Des mains-levées des oppositions; quelles instances elles font naître et quels en sont les juges.
TITRE III.
Des formalités et de la preuve du mariage.
CHAPITRE PREMIER.
Des mariages célébrés en France.
SECTION PREMIERE.
Du domicile par rapport au mariage.
SECTION II.
Des formalités qui doivent précéder le mariage.
§ I^er^. Par qui, dans quelles communes et en quel lieu doivent être faites les publications.
§ II. En quelle forme et en quel nombre doivent être faites les publications.
§ III. Du mode de constater les publications et de leurs effets.
SECTION III.
Des formalités de l'acte de mariage.
§ I^er^. Du délai nécessaire, du fonctionnaire à choisir et du lieu prescrit pour la célébration du mariage.
§ II. Des vérifications préalables à la célébration du mariage et des pièces à produire à l'officier public.
§ III. Des formalités de la célébration du mariage et de l'acte qui le constate.
§ IV. Des mariages *in extremis* et de ceux faits par procureurs.
CHAPITRE II.
Des mariages contractés en pays étranger.
SECTION PREMIERE.
Des mariages célébrés à l'étranger par tout Français en général.
SECTION II.
Du mariage des militaires français à l'étranger.
CHAPITRE III.
Des preuves du mariage.
SECTION PREMIERE.
Des preuves du mariage dans l'intérêt des époux.
§ II^er^er. Premier genre de preuve exigé de l'époux.
§ II. Des preuves supplétives de l'acte de célébration, autorisées entre époux dans certaines circonstances.
ARTICLE I^er^. Des preuves supplétives lorsqu'il n'y a pas eu d'acte de célébration ou qu'ils ont disparu sans crime ni délit imputable à une personne connue.
ART. II. De la preuve supplétive de l'acte de célébration du mariage par l'effet d'une instruction criminelle.
SECTION II.
De la preuve du mariage dans l'intérêt des enfants.
TITRE IV.
Des nullités du mariage et des actions auxquelles ces nullités peuvent donner lieu.
CHAPITRE PREMIER.
Des causes de nullité.
SECTION PREMIERE.
Des nullités absolues.
SECTION II.
Des nullités relatives.
SECTION III.
Contraventions qui n'emportent pas nullité, et causes de nullité admises autrefois et non prévues par la loi nouvelle.
§ I^er^. Des contraventions qui n'emportent pas nullité.
§ II. Causes de nullité admises autrefois et non prévues aujourd'hui.

SECTION IV.
Des nullités perpétuelles, des nullités temporaires, de celles qui sont ou non susceptibles d'être réparées ou couvertes.
§ Ier. Des nullités perpétuelles et irréparables.
§ II. Des nullités temporaires et réparables.
CHAPITRE II.
Des demandes en nullité.
SECTION PREMIERE.
Qui peut former les demandes en nullité. Distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives.
§ Ier. Des actions qu'autorisent les nullités absolues.
ART. Ier. Des demandes en nullité par les époux.
ART. II. Des demandes en nullité de la part des père et mère, des ascendants et de tous ceux qui y ont intérêt.
ART. III. Du ministère public dans les actions en nullité.
§ II. Des actions qu'autorisent les nullités relatives.
ART. Ier. De l'absence ou de l'irrégularité du consentement des contractants.
ART. II. De la nullité pour défaut du consentement des parents.
§ III. De la forme des actions en nullité et de la durée de certaines de ces actions.
CHAPITRE III.
Des effets des nullités du mariage.
SECTION PREMIERE.
Preuves, caractères et durée de la bonne foi.
SECTION II.
Des effets de la bonne foi à l'égard des époux.
SECTION III.
Des effets de la bonne foi à l'égard des enfants nés du mariage.
SECTION IV.
Des effets de la bonne foi relativement aux enfants conçus ou nés avant la célébration du mariage putatif.
FIN DE LA TABLE DU VOLUME.