SECTION III. Du consentement des ascendants et de la famille.

§ Ier. *Consentement des ascendants.*

N° I. DANS QUELS CAS LE CONSENTEMENT DES ASCENDANTS EST-IL NÉCESSAIRE POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE?

311. D'après le droit canonique, le consentement des père et mère n'était pas nécessaire pour la validité du mariage, alors même que les enfants étaient mineurs. Merlin dit que cette règle, consacrée par le concile de Trente, n'était pas observée en France : l'ordonnance de Blois défendait aux curés « de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaissait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt (1). » Quelle est la raison de cette différence entre le droit canonique et le droit civil? Nous n'hésitons pas à le dire : Le droit civil, en ce point, est bien plus moral que le droit canon. L'Eglise sacrifie tout au sacrement; l'enfant de douze ans est considéré comme capable de recevoir le sacrement de mariage; dès lors l'Eglise passe outre, en méconnaissant l'autorité paternelle, disons mieux, au préjudice des enfants qui se marient en foulant aux pieds le respect qu'ils doivent à leurs père et mère.

Il y a des raisons décisives, toutes puisées dans l'intérêt même des enfants, qui s'opposent à ce qu'ils contractent mariage sans le consentement de leurs ascendants. Tant qu'ils sont mineurs, la loi aurait pu et dû leur défendre de se marier; incapables des actes ordinaires de la vie, ne pouvant disposer de la moindre partie de leurs biens, comment seraient-ils capables de disposer de leur liberté, de leur avenir? Si la loi permet le mariage aux mineurs, ce ne peut être que dans un intérêt de moralité; mais la loi a beau déclarer que le mariage peut avoir lieu à l'âge

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Empêchements de mariage*, § 5, article 2, n° 2.

de quinze ou de dix-huit ans, il n'en est pas moins vrai que les enfants de cet âge sont incapables de comprendre la gravité des engagements qu'ils contractent. Il faut donc suppléer à leur incapacité, il faut la couvrir.

Tel est le but du consentement des ascendants tant que les enfants n'ont pas atteint la majorité. Devenus majeurs, ils sont capables de tous les actes de la vie civile, dit l'article 488, mais il ajoute, sauf la restriction portée au titre du Mariage. En effet, la loi prolonge la majorité pour les fils de famille; ils ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants, tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis. La loi maintient la majorité ordinaire pour les filles; mais elle veut que les uns et les autres, alors même qu'ils seraient majeurs pour le mariage, demandent le conseil de leurs ascendants, à quelque âge qu'ils se marient. Voilà des dispositions tout à fait exceptionnelles. Elles viennent à l'appui de ce que nous avons dit et répété, que le mariage n'est pas un contrat régi par les principes généraux de droit. Pourquoi le fils de famille, majeur de vingt et un ans, capable comme tel de tous les actes de la vie civile, est-il incapable de se marier? Pourquoi les filles et les fils doivent-ils toujours demander le conseil de leurs ascendants? Portalis répond : Parce que « les mariages sont, de toutes les actions de la vie, celles desquelles dépend le bonheur ou le malheur de la vie entière des époux, et qui ont une plus grande influence sur le sort des familles, sur les mœurs générales et sur l'ordre public (1). » Cette raison est bonne, mais elle est trop absolue. En effet il y a des cas où les enfants, des majeurs de vingt et un ans peuvent se marier sans consentement de qui que ce soit, sans demander conseil à personne : c'est quand ils n'ont plus d'ascendants (art. 160). Il faut donc qu'il y ait encore une autre raison qui justifie le principe en vertu duquel la majorité ordinaire est prolongée. C'est d'abord le respect que les enfants doivent toujours à leurs ascendants, respect qui les oblige à demander leur consentement ou du moins

(1) Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. II, p. 382).

leur conseil, quand ils veulent se marier. C'est ensuite l'intérêt moral qu'ont les ascendants à l'union que leurs enfants se proposent de contracter. Ils ont pour eux l'expérience, ils ont l'affection ; à ce double titre, ils doivent être appelés à donner leur consentement ou leur conseil. C'est donc une garantie pour les enfants tout ensemble et pour la famille, et par suite pour la société. Si la loi revient à la majorité ordinaire quand il s'agit du consentement du conseil de famille, c'est qu'elle ne pouvait pas avoir la même confiance dans les collatéraux que dans les ascendants.

312. L'article 148 porte : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs *père et mère :* en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. » Il résulte du texte que la mère doit consentir aussi bien que le père. Il est vrai que le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage (art. 373), mais le consentement des père et mère n'est pas requis, à raison de la puissance paternelle; ce qui le prouve, c'est que les ascendants, qui n'ont pas cette puissance, sont néanmoins appelés à consentir au mariage. Pourquoi, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit-il? Portalis répond à la question : « Dans une société de deux personnes, toute délibération, toute décision deviendrait impossible, 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). » On peut ajouter qu'ici l'idée de puissance reparaît. Entre les deux associés qui sont en désaccord, la loi devait se décider pour celui qui exerce tout ensemble la puissance paternelle et la puissance maritale. De ce que le consentement du père suffit en cas de dissentiment, faut-il conclure que l'enfant ne doit produire que le consentement de son père? Non, car la loi veut que l'officier de l'état civil énonce dans l'acte de mariage le consentement des père et mère (art. 76, n° 4).

(1) Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. II, p. 382)

Il faut donc que l'enfant qui ne produit que le consentement du père prouve qu'il a demandé le consentement de sa mère, et que celle-ci l'a refusé. Cela résulte du texte : *en cas de dissentiment*, dit l'article 148. Or, pour qu'il y ait *dissentiment*, il faut que la mère ait refusé de consentir. Dès lors, ce fait doit être prouvé. On demande comment le dissentiment sera établi, et l'on répond que l'enfant fera un acte respectueux (1). Il nous semble que l'on doit suivre pour le dissentiment les mêmes formes que pour le consentement; la mère peut donc manifester son dissentiment en comparaissant devant l'officier de l'état civil, ou par acte authentique. Si elle refusait de constater son dissentiment, il faudrait recourir à un acte d'huissier. Les notaires ne seraient pas compétents; ce n'est que par exception qu'ils ont qualité pour signifier des actes respectueux, et la demande de consentement n'est pas un acte respectueux.

Si l'enfant ne produit pas la preuve du dissentiment de sa mère, que devra faire l'officier de l'état civil? Il ne pourra pas procéder au mariage. S'il passait outre, il encourrait la peine établie par l'article 264 de notre code pénal, aux termes duquel l'officier de l'état civil est puni d'une amende de vingt-six francs à cinq cents francs, s'il a procédé à la célébration des mariages sans s'être assuré de l'existence des consentements. La loi aurait dû ajouter : ou du refus de la mère de consentir; néanmoins le texte nous paraît applicable au refus de consentement, car en principe la mère doit consentir, donc l'officier de l'état civil doit s'assurer de son consentement.

On demande si la mère peut former opposition au mariage dans le cas où l'enfant n'a pas demandé son consentement? La question est controversée, nous l'examinerons plus loin, en traitant de l'opposition. A notre avis, elle n'a pas ce droit. Tout ce qu'elle pourrait faire, ce serait de donner connaissance de ce fait à l'officier de l'état civil. Mais quand même elle garderait le silence, l'offi-

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 396, note *b*, suivi par Demolombe, t. III, p. 62, n° 38

çier devrait surseoir. L'opinion contraire de Duranton est inadmissible. Il y a présomption, dit-il, que le mariage lui est agréable, par cela seul qu'elle ne forme pas opposition (1). Il faut se défier des présomptions que les auteurs imaginent pour le besoin de leur cause. Quand la loi prescrit des formes solennelles, il ne peut pas être question de présomptions. Or, le consentement, en fait de mariage, est un acte solennel. Nous y reviendrons.

313. Aux termes de l'article 149, « si l'un des père et mère est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » Quand y a-t-il impossibilité de manifester sa volonté? D'abord en cas d'absence, c'est-à-dire si l'un des père et mère a disparu de son domicile sans donner de ses nouvelles. Comment prouvera-t-on l'absence? Quand il y a déclaration d'absence, le jugement qui la prononce prouvera évidemment l'impossibilité de consentir. Mais comment se fera la preuve, quand il y a seulement présomption d'absence? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. L'article 155 prévoit la difficulté pour le cas où il y a lieu de faire des actes respectueux, et il décide qu'un acte de notoriété délivré par le juge de paix suffira pour constater l'absence. Peut-on appliquer cette disposition par analogie au cas où le père, appelé à consentir, serait présumé absent? Non, car il n'y a pas analogie, le consentement étant nécessaire pour la validité du mariage, tandis que le mariage ne serait pas nul à défaut d'actes respectueux. Mais faut-il aller plus loin et décider que pendant la présomption d'absence, le consentement de l'absent est requis et que si l'enfant ne peut l'obtenir, il devra attendre la déclaration d'absence, ou l'époque de sa majorité? Ce serait dépasser, nous semble-t-il, les exigences de la loi. Elle se contente du consentement de l'un des père et mère, quand l'autre est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Or, n'est-il pas évident que le père qui a disparu, dont on ne connaît pas la résidence, qui ne donne pas de ses nouvelles, est dans l'impossibilité de manifester sa

(1) Duranton, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 62, note 3, n° 77.

volonté? Il s'élève déjà quelques doutes sur son existence, et l'on exigerait le consentement d'un homme qui peut-être est mort! Il y a donc impossibilité de consentir. Reste à savoir comment se fera la preuve. S'il est intervenu des jugements en vertu de l'article 112, ils prouveront la présomption d'absence, et par suite l'impossibilité de consentir. S'il n'y a pas eu de jugement, l'enfant devra s'adresser au tribunal, pour que l'absence soit judiciairement constatée (1).

Que faut-il décider si l'un des père et mère n'est pas présent, s'il est en voyage dans des pays lointains? Le consentement du conjoint présent suffira-t-il? M. Demolombe commence par établir qu'il n'y a pas, en ce cas, d'*impossibilité* dans le sens de la loi; il cite l'arrêt intervenu dans la fameuse affaire de la demoiselle Summaripa, qui se maria sans le consentement de son père, absent, à la vérité, lors du mariage, mais sans que son existence fût douteuse; le mariage fut annulé vingt-trois ans plus tard, pour défaut de consentement du père. près avoir si bien posé le principe, M. Demolombe en dévie, selon son habitude, en subordonnant le droit au fait. « Si cependant, dit-il, les communications étaient interrompues, *s'il y avait impossibilité de se procurer le consentement de l'ascendant*, lors même que son existence serait certaine, je crois qu'il appartiendrait aux magistrats d'apprécier les circonstances et d'autoriser la célébration du mariage avec le seul consentement de l'ascendant présent (2). » M. Demolombe cite une loi romaine, alors qu'il avait sous les yeux le texte du code qui condamne son opinion. L'article 148 ne dit pas que le consentement de l'ascendant présent suffit *quand il est impossible de se procurer le consentement de l'autre;* il dit que l'un des père et mère doit être *dans l'impossibilité de manifester sa volonté*, ce qui est bien différent. Or, quand le père est éloigné, quelle que soit la difficulté des communications, peut-on dire qu'il soit dans l'impossibilité de *manifester* sa volonté? Il peut lui être difficile, impos-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 392 et suiv., n° 2.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 66, n° 42.

sible même de *transmettre* l'expression de sa volonté, mais il ne lui est certes pas impossible de la *manifester*. Si l'on consultait le texte de la loi, au lieu de se laisser dominer par les faits et les circonstances, il y a bien des questions qui cesseraient d'être controversées.

314. L'aliénation mentale est encore une cause d'*impossibilité* de manifester sa volonté. Mais il y a des difficultés sur le mode de preuve. Quand le père ou la mère sont interdits, on décide que le jugement qui a prononcé l'interdiction est une preuve de l'impossibilité *légale* de manifester sa volonté. Demante dit que cela est *incontestable* (1); en effet, dit Marcadé, le jugement d'interdiction est une preuve *évidente* de l'impossibilité, non pas réelle, mais légale, où l'interdit est de manifester sa volonté, puisque l'interdiction le rend, aux yeux de la loi, incapable d'avoir une volonté (2). Cela ne nous paraît pas si évident ni si incontestable. Le code ne dit pas que l'interdit est frappé d'incapacité légale d'avoir une volonté, il dit seulement que si l'interdit passe des actes postérieurs à l'interdiction, ils sont nuls de droit. Et quels sont ces actes? La loi veut empêcher l'interdit de se ruiner lui et sa famille; il s'agit donc d'actes concernant son patrimoine, d'actes d'intérêt pécuniaire. Qu'est-ce que cette incapacité a de commun avec la faculté de consentir au mariage? Si l'interdit a des intervalles lucides, on ne peut pas dire qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté; la jurisprudence admet qu'il peut se marier, et il ne pourrait pas consentir au mariage de ses enfants!

On va plus loin; on décide que l'interdiction légale entraîne aussi l'impossibilité de manifester sa volonté (3). Ouvrons notre code pénal. Nous y lisons que l'interdiction légale prive l'interdit de l'exercice de certains droits civils et politiques; il ne peut ni être tuteur ni faire partie d'un conseil de famille. Est-ce que cela l'empêche d'avoir une volonté et de la manifester? N'est-il pas de principe élémentaire que la capacité de consentir est la règle et que

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 312, n° 213 *bis*, IV.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 393, n° 3.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 69, n° 44.

les incapacités sont de stricte interprétation? Certes, il faudrait un texte bien formel pour qu'une personne fût frappée de l'incapacité légale de manifester sa volonté. Où est ce texte?

L'aliénation mentale donne encore lieu à une autre difficulté. Il est rare que l'interdiction soit prononcée; si l'aliéné n'est pas interdit, il reste sous l'empire du droit commun. Dès lors, il peut consentir au mariage de ses enfants, quand il est dans un intervalle lucide. S'il n'y a pas d'intervalle lucide, il sera dans l'impossibilité de manifester sa volonté; mais comment la prouvera-t-on? La plupart des aliénés sont placés dans un hospice ou dans un établissement privé; la loi veille à ce que la collocation ne se fasse que lorsque la maladie est certaine; un certificat constatant l'admission suffirait donc pour prouver l'aliénation mentale, et par suite l'impossibilité de consentir. Seulement, dans notre opinion, il faut ajouter cette réserve, que l'aliéné pourrait consentir s'il avait des intervalles lucides.

Il se peut que l'aliéné reste dans le sein de sa famille; comment constatera-t-on, en ce cas, l'impossibilité où il se trouve de manifester sa volonté? Les auteurs sont divisés. Les uns se contentent d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix, les autres exigent un jugement d'interdiction. Nous croyons que c'est exiger trop peu ou trop. Il s'agit de constater une maladie mentale; or, on sait combien cela est difficile. Certes le juge de paix et les témoins qu'il entendrait n'ont aucune mission pour cela. Un jugement d'interdiction serait certes la preuve la plus sûre; mais la loi ne l'exigeant pas, ce serait dépasser la rigueur que d'en faire une condition. Il nous semble qu'un jugement constatant l'aliénation mentale et par suite l'impossibilité d'exprimer sa volonté suffirait (1). La cour de Poitiers a décidé la question en ce sens (2).

315. Le survivant des père et mère conserve-t-il le droit de consentir, alors qu'il n'est pas tuteur? Il nous

(1) C'est l'avis de Demolombe, t. III, p. 67, n° 43.
(2) Arrêt du 11 mars 1830 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 105)