321. Quand le consentement doit-il être donné? C'est au moment même où le mariage se célèbre que l'enfant mineur doit être assisté de son ascendant, à titre d'incapable. Si le consentement est donné par acte, il faut que l'ascendant le maintienne jusqu'au moment de la célébration. Jusque-là, il peut le révoquer, car il s'agit d'une manifestation de volonté purement unilatérale. De là suit que si l'ascendant venait à mourir ou s'il était frappé d'aliénation mentale, son consentement tomberait, et il faudrait à l'enfant le consentement de l'ascendant appelé à consentir au mariage, à défaut de celui qui est prédécédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Sur le principe, tout le monde est d'accord, et il ne saurait y avoir le moindre doute. Mais dans l'application, il y a des auteurs qui hésitent et qui finissent par s'écarter de la rigueur des principes qu'ils ont pour mission de maintenir. L'un suppose que l'ascendant révoque son consentement par acte notarié, mais ne notifie sa révocation qu'à l'enfant; le mariage est célébré. M. Demolombe est d'avis que ce mariage ne pourra pas être annulé, à raison de la bonne foi de l'autre époux (1). Qu'est-ce que la bonne foi a de commun avec le consentement? Il existe ou il n'existe pas; s'il est révoqué, il n'y a pas de consentement, et le mariage peut-il être valable sans le consentement des ascendants?

Marcadé suppose que le père, après avoir consenti, meurt. La mère est appelée à consentir; elle garde le silence; ce silence, dit-il, est une confirmation du consentement donné par le père (2). M. Demolombe et Zachariæ ont raison de rejeter cette opinion plus qu'étrange. Le consentement doit se donner lors de la célébration du mariage, et ce consentement est un acte solennel; il faut ou une déclaration en présence de l'officier de l'état civil, ou un acte authentique; le consentement ne peut donc pas se donner par voie de silence. Ce silence vaut confirmation, dit-on. Nous répondons que la confirmation suppose un acte vicié, et nul à raison du vice qui l'infecte. Où est,

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 85, n° 57.
(2) Marcadé, t. I^er^, p. 396, n° 5. Demolombe, t. III, p. 85, n° 58. Zachariæ, t. III, p. 267, note 38, § 462.

dans l'espèce, le vice qui annule le consentement du père? Ce consentement n'existe pas, et peut-on confirmer le néant? Si l'on admettait la confirmation, ce serait le père qui consentirait. Or, le père est mort. Est-ce qu'un mort consent?

322. Si l'ascendant appelé à consentir refuse son consentement, y a-t-il lieu à recours devant les tribunaux? Dans l'ancien droit, on décidait que le juge pouvait, sur un avis du conseil de famille, autoriser le mineur à passer outre à la célébration du mariage, quand les parents ne donnaient aucune raison de leur refus ou en donnaient de mauvaises. Mais on n'admettait pas cette espèce d'appel comme règle; on ne permettait au juge de casser le refus que dans le cas où l'injustice en serait évidente. Pothier en rapporte plusieurs exemples (1). Cela était contraire aux vrais principes; car il en résultait que le juge consentait au mariage, tandis que, d'après la loi, c'est l'ascendant qui doit consentir. Sous l'empire du code, la question ne peut pas même être posée. Nos tribunaux ne jouissent plus de la latitude de pouvoir qu'on leur reconnaissait sous l'ancien régime : la loi est leur règle, et il ne leur est jamais permis d'en dévier.

§ II. *Du conseil des ascendants.*

N° 1. DES ACTES RESPECTUEUX.

323. Les fils ont besoin du consentement de leurs ascendants, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et les filles ont besoin de ce consentement jusqu'à l'âge de vingt et un ans. Quand ils ont atteint cette majorité, le consentement n'est plus requis pour la validité du mariage. Toutefois la loi veut qu'avant de se marier, les enfants demandent le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leurs père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 151). Pourquoi la loi oblige-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 332.

t-elle les enfants à demander le conseil de leurs ascendants, alors qu'ils sont parvenus à l'âge où ils peuvent se marier sans leur consentement? Les raisons que l'on donne ne sont pas toutes également décisives. Il faut d'abord écarter l'autorité paternelle, puisque, dans notre droit, elle cesse à la majorité des enfants. Le respect même qu'ils doivent à leurs ascendants n'est pas un motif déterminant, du moins au point de vue légal. On dit que les enfants doivent, à tout âge, honneur et respect à leurs ascendants. La loi le dit pour les père et mère (art. 371), elle ne le dit pas pour les aïeuls et aïeules. C'est donc le respect moral qu'il faut invoquer pour justifier, à ce point de vue, la nécessité du conseil. Il y a d'autres raisons, et, avant tout, l'intérêt de l'enfant. Même âgé de vingt et un ans ou de vingt-cinq ans, il peut se laisser entraîner par la passion qui aveugle, et contracter des liens qui seront peut-être le sujet d'amers regrets. Ce qui prouve que c'est là un des motifs déterminants, c'est que la loi veut que la demande de conseil soit renouvelée trois fois, tant que les fils ou les filles n'ont pas atteint l'âge de trente ou de vingt-cinq ans; tandis que, après cet âge, elle se contente d'une demande unique (art. 152 et 153). Enfin le législateur a tenu compte de l'intérêt de la famille, dont les ascendants sont les représentants par excellence. On lit dans le rapport du tribun Gillet : « Puisque le mariage est destiné à étendre les rameaux de la famille et que, par lui, les pères voient naître de leurs enfants un nouvel ordre de descendants, il est juste qu'ils ne demeurent pas étrangers à ce contrat, de qui dépend l'existence de leur postérité (1). »

Dans l'ancien droit, on donnait le nom de *sommation respectueuse* à ces demandes de conseil (2). Le code Napoléon dit que les enfants demanderont le *conseil* de leurs ascendants, par un *acte respectueux et formel;* de là l'expression d'*actes respectueux*, qui a remplacé celle de

(1) Gillet, Rapport au Tribunat, n° 1 (Locré, t. II, p. 429). Comparez l'Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, n° 1 (Locré, t. II, p. 423 et suiv.).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Sommation respectueuse.*

sommation respectueuse. On doit, dit Bigot-Préameneu, éviter l'expression même de *sommation*, qui désigne mal un acte de soumission et de respect. En effet, le mot de *sommation* éveille l'idée d'un acte judiciaire emportant contrainte; ce sont les officiers ministériels chargés d'exécuter les ordres rigoureux de la justice qui *somment* les débiteurs de remplir leurs obligations. Ici, il ne s'agit ni de dette, ni de débiteur. Voilà pourquoi la loi a voulu écarter toute apparence de formes judiciaires. Ce ne sont pas les huissiers qui signifient les actes respectueux, la loi confie cette mission délicate aux notaires; par la nature même de leurs fonctions, ils sont dépositaires des secrets des familles; ce sont des amis qui serviront d'intermédiaires entre les enfants et leurs parents, et pourront, par leur influence, calmer les passions et ramener un rapprochement, et par suite la paix et la concorde (1).

324. A qui les enfants doivent-ils demander conseil? L'article 151 répond : « A leur père et à leur mère. » Cela suppose le refus des père et mère. Si le père consent, le mariage peut avoir lieu, sauf à prouver le dissentiment de la mère; et cette preuve n'exige point des actes respectueux proprement dits (2). Que si les père et mère refusent, l'enfant doit adresser un acte respectueux à l'un et à l'autre. Le texte est formel. Il est vrai que le consentement du père suffit pour le mariage; mais ici, il ne s'agit plus du consentement, il s'agit du *conseil* des ascendants; or, les motifs pour lesquels la loi exige le conseil du père s'appliquent également à la mère.

Lorsque les père et mère sont décédés, dit l'article 151, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les enfants doivent demander le conseil de leurs aïeuls et aïeules. La loi ne prévoit que le cas d'ascendants du même degré; alors tous doivent être consultés. Il va sans dire que s'il y a des bisaïeuls et des aïeuls, l'enfant ne doit demander que le conseil des aïeuls, c'est-à-dire de ceux

(1) Exposé des motifs, n° 5 (Locré, t. II, p. 426).
(2) Voyez plus haut, p. 421, n° 312.

qui seraient appelés à consentir à son mariage, s'il était mineur de vingt-cinq ou de vingt et un ans.

325. La loi prévoit le cas où l'ascendant à qui devrait être fait l'acte respectueux est absent. Elle décide qu'il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui a déclaré l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui a ordonné l'enquête. S'il n'y a pas encore eu de jugement, c'est-à-dire si l'on se trouve dans la première période de l'absence, il suffira d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu; cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix (art. 155).

L'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII donne une nouvelle facilité pour la preuve de l'absence des ascendants. Si l'on ne peut pas la prouver, conformément à l'article 155 du code, parce que l'on ignore le dernier domicile des ascendants, dans ce cas, il sera procédé au mariage, sur la déclaration assermentée des futurs époux que le lieu du dernier domicile des ascendants leur est inconnu. Cette déclaration doit être certifiée, sous serment, par les quatre témoins qui assistent au mariage.

On suit également les dispositions du même avis, quant à la preuve du décès des ascendants.

326. L'article 155 a donné lieu à d'étranges questions (1). On suppose que la mère est morte et le père absent, mais que l'aïeul vit; on demande si les futurs époux peuvent se marier en prouvant l'absence de leur père, et sans faire d'actes respectueux à leur grand-père. D'après le texte de la loi, dit-on, il faut décider la question affirmativement. En effet, l'article 155 dit : « 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, etc. » Nous disons que c'est là une étrange question. Quel est l'objet de l'article 155? Est-ce de déterminer à quels ascendants l'enfant doit demander conseil? Du tout; c'est l'article 151 qui décide ce point,

(1) Comparez Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 403 et suiv., nos 1 et 2.

et sa décision, conforme au bon sens, est que si le père et la mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant doit demander le conseil de ses aïeuls et aïeules. Reste à constater cette impossibilité quand il y a absence. Tel est l'objet de l'article 155, complété par l'avis du conseil d'Etat de l'an XIII.

On demande encore si les enfants peuvent se marier sans faire d'actes respectueux, quand il n'y a pas d'ascendant en état de manifester sa volonté. Question plus étrange encore. A qui les enfants s'adresseraient-ils quand il n'y a personne là qui puisse leur répondre? Demanderont-ils conseil à un absent, à un aliéné? L'impossibilité de manifester sa volonté est assimilée à la mort, et quand tous les ascendants sont morts, il va sans dire, nous semble-t-il, que les futurs époux n'ont besoin ni de leur consentement, ni de leur conseil. Des questions pareilles ne devraient pas même être soulevées.

327. Les actes respectueux doivent être faits trois fois par les fils âgés de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente, et par les filles âgées de plus de vingt et un et de moins de vingt-cinq. Après trente ou vingt-cinq ans, il ne faut plus qu'un seul acte respectueux. Telle est la décision des articles 152 et 153. Dans cette dernière disposition, il y a un vice de rédaction; il porte : « 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. » La loi ne distingue pas entre les fils et les filles; dès lors, pourrait-on dire, l'interprète ne peut pas distinguer, et il faut par conséquent conclure des termes généraux de l'article 153, que les filles doivent faire trois actes respectueux, tant qu'elles n'ont pas atteint l'âge de trente ans. Cette interprétation est repoussée, et avec raison, par la doctrine et par la jurisprudence. La distinction que l'article 153 a négligé de faire se trouve dans l'article 152, lequel dit clairement que la fille ne doit renouveler les actes respectueux que depuis l'âge de vingt et un ans jusqu'à vingt-cinq. Donc la fille, comme le fils, peut se marier, après un acte respectueux, quand elle a atteint l'âge où elle n'est plus tenue de le répéter. C'est

ainsi que Bigot-Préameneu a expliqué la loi, et le bon sens suffirait pour justifier cette interprétation (1).

L'orateur du gouvernement nous dit aussi pourquoi l'acte respectueux doit être renouvelé jusqu'à vingt-cinq ou trente ans, et pourquoi un seul acte respectueux suffit après cet âge. D'après l'article 152, le renouvellement se fait de mois en mois, et le mariage ne peut être célébré qu'un mois après le troisième acte. Il faut, dit Bigot-Préameneu, donner aux parents et aux enfants l'occasion et le temps de s'expliquer; mais, d'un autre côté, il ne faut pas que le mariage soit suspendu trop longtemps. N'oublions pas que le consentement des ascendants n'est plus nécessaire, que les enfants sont majeurs quant au mariage, qu'ils ont donc le droit de se marier. Il ne faut pas que l'exercice de ce droit soit entravé et peut-être empêché par de trop longs délais. C'est pour concilier tous les intérêts que la loi prescrit le renouvellement des actes respectueux, mais en fixant de brefs délais. Le but du législateur est de veiller à ce que les enfants ne se livrent pas au premier mouvement de leur passion. A mesure que les enfants avancent en âge, ce danger est moins à craindre; voilà pourquoi, après trente ou vingt-cinq ans, il peut être passé outre à la célébration du mariage sur un seul acte respectueux (2).

328. Comment faut-il compter le délai d'un mois qui doit s'écouler entre chaque acte respectueux? Merlin a traité cette question avec la science et l'ampleur qui lui sont particulières (3); nous nous bornons à résumer ses décisions. L'article 1033 du code de procédure porte que le jour de la signification ni celui de l'échéance ne comptent pas dans le calcul des délais fixés pour les ajournements, citations, *sommations* et autres actes faits à personne ou domicile. Faut-il appliquer cette règle aux actes respectueux qui sont aussi qualifiés de *sommations?* Non,

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 2, 3e question.
(2) Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. II, p. 426).
(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 2, 1re question; *Répertoire*, au mot *Délai*, section Ire, § 3, et au mot *Mois*. Comparez Dalloz, au mot *Mariage*, nos 142 et 143.

car l'article 1033 ne concerne que les actes de procédure; il est donc étranger aux demandes de conseil, actes dans lesquels on a voulu éviter toute forme judiciaire. Dès lors, la question doit se décider par le texte de l'article 152 et par les principes généraux. Or, la loi disant que les actes doivent être renouvelés *de mois en mois*, il faut compter de quantième à quantième, de sorte qu'un acte respectueux fait le 1er juin peut être renouvelé le 1er juillet suivant, tandis que, d'après le code de procédure, il ne pourrait l'être que le 2.

Faut-il que le mois soit rigoureusement de trente jours? Non, on suit le calendrier grégorien, d'après lequel les mois sont d'inégale durée. C'est donc date pour date que les mois se comptent : l'acte respectueux fait le 3 février peut être renouvelé le 3 mars.

Les actes respectueux peuvent, du reste, se faire après l'expiration du mois; cela est irrégulier, il est vrai, mais la loi ne prononce pas la nullité, et l'irrégularité n'est pas assez grave pour que l'interprète puisse admettre la nullité, en se fondant sur la volonté du législateur. De même, le mariage peut être célébré plus d'un mois après le dernier acte respectueux. La loi ne contient aucune disposition prohibitive, et le juge ne peut pas en créer.

N° 2. EN QUOI CONSISTE L'ACTE RESPECTUEUX.

329. Chose singulière! on ne sait pas en quoi consiste l'acte respectueux; du moins la question est controversée, bien que, à notre avis, il n'y ait pas lieu à controverse. Dans la pratique notariale, on distingue l'acte respectueux et l'acte de notification. Quand les notaires sont accompagnés de l'enfant qui demande conseil à son ascendant, il suffit d'un seul acte pour exprimer la demande et en constater la notification. Si l'enfant n'est pas présent, on exige deux actes; d'abord l'acte respectueux, rédigé dans l'étude du notaire, en présence de l'enfant qui le requiert; puis l'acte de notification, qui se fait au domicile de l'as-

cendant et auquel l'enfant ne doit pas assister. Il y a des arrêts en ce sens (1).

Nous préférons l'opinion contraire, consacrée par un arrêt de la cour de Bruxelles (2). La demande de conseil et la notification ne font qu'un seul et même acte. Qu'est-ce, en effet, que l'acte respectueux? L'article 151 nous le dit. C'est l'enfant qui demande conseil à ses ascendants. Comment cela se fait-il? *Par un acte respectueux et formel.* Qui rédige cet acte? Le notaire; c'est lui qui le notifie, dit l'article 154, et qui en dresse procès-verbal. Qu'est-ce que *notifier l'acte respectueux?* C'est demander le conseil de l'ascendant au nom de l'enfant. La demande de conseil est donc l'essence de l'acte respectueux; le procès-verbal n'est requis que pour constater que le conseil a été demandé. Tout se passe par conséquent au domicile de l'ascendant. Il y a une contradiction dans l'opinion contraire. Quand l'enfant est présent, on se contente d'un acte. Or, l'enfant est toujours présent, soit en personne, soit représenté par le notaire. Pour être logique, il faudrait toujours exiger deux actes. Cela serait absurde quand l'enfant se présente en personne pour demander conseil. La chose est tout aussi absurde quand l'enfant se présente par l'organe du notaire (3).

330. Si l'enfant n'accompagne pas le notaire, faut-il qu'il lui donne un pouvoir par un mandat exprès? Il y a des arrêts pour et contre. Les cours de Belgique se prononcent pour la négative (4). Il va sans dire que le notaire doit être requis par l'enfant, et par conséquent il faut un mandat. Mais la question est de savoir s'il faut que ce pouvoir soit constaté par un acte. Rappelons-nous que le notaire remplace l'huissier. Or, faut-il que, pour chaque acte que l'huissier signifie, il soit muni d'un pouvoir spécial constaté par acte notarié? Personne n'a jamais songé à une pareille exigence, par la raison très-simple que les officiers ministériels impriment l'authenticité aux déclarations qu'ils ont mission de faire; quand donc un huissier fait une sommation en déclarant qu'il la fait au nom de telle personne, foi est due à cette énonciation. Ce qui est vrai des huissiers est vrai du notaire. Cela est au-dessus de tout doute, dit Merlin (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 152.
(2) Arrêt du 11 juin 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 257).
(3) Demolombe adopte cet avis, mais avec un *peut-être* (*Cours de code Napoléon*, t. III, p. 105, n° 75).
(4) Arrêt de Gand du 29 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1858. 2, 262). Arrêts de Liége du 10 décembre 1828 et du 23 décembre 1829 (*Pasicrisie*, 1828, 370; 1829, 338). Arrêts de Bruxelles du 24 mars 1820 et du 27 janvier 182 (*Pasicrisie*, 1820, 94: 1827, 37).

A plus forte raison ne faut-il pas que l'enfant se fasse représenter par un fondé de pouvoir spécial. On est étonné qu'une cour ait décidé le contraire. La mission du notaire n'est-elle pas de représenter l'enfant? A quoi bon dès lors un second représentant? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en ce sens (2).

331. Nous avons supposé jusqu'ici que la présence de l'enfant, lors de la notification de l'acte respectueux, n'était pas requise. La question est aussi controversée, et sur ce point il y a au moins lieu à discussion. Pothier enseigne formellement que l'enfant doit se transporter chez ses père ou mère avec deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et là, les requérir de lui donner leur consentement, de laquelle réquisition le notaire dresse un acte. C'est ce que, dit Pothier, on appelle *sommation respectueuse* (3). Le code ne s'exprime pas ainsi, il est vrai, mais il semble exiger que les enfants demandent le conseil de leurs ascendants (art. 151). Cela résulte de l'exposé des motifs. « La loi, dit Bigot-Préameneu, cherche à éclairer les père et mère 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

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Acte respectueux*, § 3, 10e question.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 150.
(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 340.