truit. Le majeur est libre de disposer de sa personne; l'empêcher d'user de cette liberté, c'est la violer. Sans doute, il en peut abuser. Mais la liberté, par son essence, n'implique-t-elle pas la faculté de l'abus? La liberté de ne faire que le bien aboutirait à la servitude, car il faudrait à l'homme un guide qui l'empêchât de dévier de la voie du devoir. Que deviendrait alors sa liberté? Une servitude déguisée.

La question a été décidée en ce sens par la cour de cassation. Une jeune fille, mêlée dès sa plus tendre enfance aux querelles qui troublaient le ménage de ses parents, vécut séparée de son père depuis l'âge de neuf ans, sous la domination de son aïeule maternelle, qui conserva toujours les animosités et les rancunes que la mort de sa fille aurait dû éteindre. A peine majeure, elle somma son père de consentir au mariage qu'elle voulait contracter sous l'inspiration de son aïeule. Le père y forma opposition. Sous l'empire des faits que nous venons de résumer, la cour de Montpellier décida que pendant trois mois il serait sursis à la célébration du mariage; que, durant ce temps d'épreuve, la jeune fille se retirerait chez son père ou dans une maison tierce, à son choix, et qu'elle recevrait son père chaque fois qu'il jugerait convenable de lui apporter ses conseils. La cour dit, à l'appui de cette décision, que les tribunaux, saisis de l'opposition et pouvant y faire droit, ont par cela même la faculté de prescrire les mesures nécessaires pour sauvegarder l'autorité paternelle et garantir la liberté du consentement. C'était encore une fois une lutte entre les faits et la loi. La cour de cassation cassa l'arrêt de Montpellier pour excès de pouvoir. Il est certain que l'autorité paternelle était invoquée à tort. Quand l'enfant a atteint sa majorité, il n'y a plus de puissance paternelle. A la vérité, il doit toujours respect à ses père et mère, mais la loi a pris soin de définir à quoi l'enfant est tenu, à raison de ce respect, quand il se marie; dès qu'il fait des actes respectueux, il a le droit de contracter mariage. Le père peut encore former opposition, mais la loi veut que la demande en mainlevée soit jugée dans les plus brefs délais; elle ne donne pas au tribunal le droit de surseoir

pendant un temps plus ou moins long à la célébration du mariage, ni de prescrire de nouvelles épreuves. Une pareille décision, dit la cour suprême, porte atteinte à la liberté qu'a l'enfant de contracter mariage quand il a satisfait à toutes les prescriptions légales (1).

401. Un père forme opposition au mariage de sa fille pour cause de démence; le tribunal peut-il, par application de l'article 174, prononcer mainlevée pure et simple de l'opposition, ou doit-il admettre l'opposant à provoquer l'interdiction? A première vue, on serait tenté de croire que le texte de la loi ainsi que son esprit décident la question en faveur de l'ascendant. En effet, le code donne aux ascendants un pouvoir illimité d'opposition, tandis qu'il circonscrit le droit des collatéraux dans des limites très-étroites; craignant que, même dans ces limites, les collatéraux n'abusent du droit qu'il leur accorde en alléguant la folie, il permet au tribunal de réprimer cet abus en prononçant immédiatement la mainlevée. Mais, dit un arrêt de la cour de Bruxelles, ces limitations ne sont ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi, lorsqu'il s'agit de l'opposition des ascendants; le législateur présume que chez eux l'affection seule dicte l'opposition qu'ils forment, tandis que trop souvent les collatéraux n'écoutent que leur intérêt. Merlin dit que cet arrêt paraît avoir saisi le véritable esprit du code civil (2). La jurisprudence française s'est prononcée dans un sens contraire, ainsi que la doctrine, et nous croyons que c'est avec raison. Si le texte ne parle pas des ascendants, c'est par une raison très-simple; ils ne doivent pas motiver leur opposition, et d'ordinaire ils ne le font pas; dès lors la loi ne pouvait pas prévoir le cas où un père motiverait son opposition sur la démence du futur époux. Mais s'il le fait, le tribunal ne peut-il pas de suite rejeter cette opposition, s'il la croit mal fondée? C'est le droit commun en matière d'opposition et même en toute matière. Pourquoi le juge permettrait-il d'entamer une procédure, alors qu'il est convaincu d'avance que l'oppo-

(1) Arrêt du 8 décembre 1856 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 1, 436).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, article 174, n° 6 (t. XXII, p. 105 et suiv.).

sition n'est pas sérieuse? Ce serait le forcer à arrêter un mariage, alors que le vrai esprit de la loi en permet la célébration (1).

402. L'opposition des ascendants a encore soulevé une autre difficulté. Un père fait opposition au mariage de son fils majeur de vingt-cinq ans, en la fondant sur une demande intentée en justice et ayant pour objet de donner un conseil à son fils pour cause de prodigalité. L'opposition a été accueillie par la cour de Caen, en ce sens qu'il serait sursis au mariage pendant quatre mois, temps suffisant pour faire statuer sur l'instance. Il est vrai que la prodigalité n'est pas un empêchement au mariage, mais quand le prodigue est placé sous conseil, il ne peut disposer de ses biens qu'avec son assistance. Or, n'importe-t-il pas que cette assistance soit assurée au prodigue, précisément dans le contrat où sa faiblesse le porterait à disposer à tort et à travers de sa fortune? Cela est vrai, mais cela autorise-t-il le tribunal à arrêter la célébration du mariage, alors qu'il n'y a aucun empêchement légal? L'arrêt de Caen invoque le texte et l'esprit de la loi. De texte, il n'y en a pas; quant à l'esprit de la loi, il n'est pas douteux. Elle veut que la procédure en mainlevée se fasse avec une rapidité tout exceptionnelle (art. 177,178). Dès lors, c'est un devoir pour le juge de prononcer la mainlevée de suite, dès qu'il n'y a pas d'empêchement légal. Dalloz, qui approuve la décision de la cour de Caen, avoue qu'il y a ici un peu d'arbitraire; mais, dit-il, est-ce trop, quand il s'agit du bonheur des enfants, d'accorder, sous la tutelle des tribunaux, un pareil effet à la puissance paternelle (2)? Cela s'appelle décider les questions de droit par des mots. Répétons que la puissance paternelle n'était pas en cause, puisque l'enfant était majeur de vingt-cinq ans. Reste donc l'arbitraire avoué. Qu'il y en ait peu ou beauconp, qu'importe? Le juge qui se permet le moindre arbitraire est coupable; et le jurisconsulte ne doit pas oublier que les lois sont faites pour éviter l'arbitraire.

(1) Ainsi décidé par deux arrêts de Caen, du 12 octobre 1857 et du 5 janvier 1858 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 2, 82). Comparez Demolombe, t. III, p. 233, n° 141.

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 266.

N° 3. DU JUGEMENT DE MAINLEVÉE.

403. L'article 177 dit que le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée. S'il y a appel, ajoute l'article 178, il y sera statué dans les dix jours de la citation. Pourquoi la loi prescrit-elle cette célérité tout à fait exceptionnelle? Les dispositions que nous venons de transcrire prouvent que le législateur tient à garantir le droit de ceux contre lesquels l'opposition est dirigée. Y a-t-il un empêchement légal, il est juste que le mariage soit arrêté. Mais s'il n'y en a pas, il est tout aussi juste que le mariage puisse être célébré. C'est plus qu'une question d'équité. Quand il n'existe pas d'empêchement, ni dirimant ni prohibitif, le droit de contracter mariage est absolu; or, ce droit pourrait être compromis par un long retard, l'expérience prouvant, comme le dit Toullier, que les retardements font souvent échouer les mariages. Preuve que les tribunaux, loin de se servir de l'opposition pour arrêter les mariages, doivent écarter les obstacles mal fondés qu'on leur oppose; à plus forte raison, ne doivent-ils pas créer des obstacles que la loi ignore.

Faut-il conclure des articles 177 et 178 que l'instance est périmée par cela seul qu'il n'y est pas statué dans les dix jours? La cour de cassation a décidé avec raison la négative; en effet la loi ne prononce pas la péremption, et il n'y avait pas lieu à la prononcer; car c'est uniquement dans l'intérêt de ceux qui demandent la mainlevée que la loi prescrit les brefs délais. D'où suit que ceux qui ont formé l'opposition ne peuvent jamais s'en prévaloir (1).

404. On demande si le recours en cassation est suspensif. La loi qui a institué la cour de cassation répond à la question. Elle porte que « la demande en cassation n'arrête pas l'exécution du jugement, et que, dans aucun cas et sous aucun prétexte, il ne pourra être accordé de surséance. » Il est vrai qu'il y a quelques exceptions à

(1) Arrêt du 4 novembre 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 312).

cette règle. Il y en a une en matière de divorce (art. 263). On s'en est prévalu pour soutenir qu'il en devait être de même, par identité de raison, en matière d'opposition. En effet, si l'arrêt vient à être cassé, et si le mariage a été célébré, que fera-t-on? Annulera-t-on le mariage? Quel trouble dans les familles! Le maintiendra-t-on? Voilà un mariage déclaré illégal par la cour suprême, qui sera légal! Quelle atteinte portée à l'autorité de la loi!

Merlin fait une réponse péremptoire à ce raisonnement. En matière de lois exceptionnelles, on ne raisonne pas par analogie ni par identité de motifs. Y a-t-il d'ailleurs analogie? Non. Le législateur n'a autorisé le divorce qu'à regret; il devait donc suspendre l'exécution de l'arrêt qui l'admet. Au contraire, il favorise le mariage et il a hâte en quelque sorte d'écarter les oppositions qui l'entravent; il devait donc maintenir la règle en vertu de laquelle le pourvoi en cassation n'est pas suspensif. La jurisprudence est d'accord avec la doctrine (1).

405. Si, après un arrêt qui prononce la mainlevée, le mariage est célébré, et si ensuite la cour de cassation casse l'arrêt, le mariage sera-t-il aussi annulé? Marcadé l'a soutenu. La cassation d'un arrêt, dit-il, met cet arrêt au néant et le fait réputer non avenu; il opère donc nullité de tout ce qui a été fait en vertu de l'arrêt cassé. Or, le mariage a été célébré en vertu de l'arrêt qui a prononcé la mainlevée, donc il doit tomber avec cet arrêt (2). Cette opinion est une de ces doctrines singulières que Marcadé a imaginées, et qui lui ont donné la réputation d'un esprit original. Il y a une originalité de mauvais aloi, c'est celle qui va à la recherche d'opinions nouvelles; la science du droit comporte peu d'innovations, elle est essentiellement traditionnelle, et quand il y a lieu à innover, c'est le législateur qui le fait et non l'interprète. La mission du jurisconsulte n'est donc pas de faire la chasse aux nouveautés; elle est plus modeste, mais aussi plus sûre : il doit appliquer les principes aux questions qui se présentent dans l'application de la loi, et ces principes, il les puise dans la loi même et dans la tradition. Voyons donc si Marcadé a fait une juste application des principes.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Opposition*, article 178, n° 3 (t XXII, p. 111). La question a été décidée en ce sens par un arrêt de Rouen du 7 décembre 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 5, 308, n° 9).
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 447, n° 2 de l'article 178.

Son opinion n'a pas trouvé faveur. On l'a combattue, en signalant les graves inconvénients, les conséquences absurdes qui en résultent. Quoi! dit-on, un arrêt prononce la mainlevée d'une opposition, il n'y a plus d'obstacle au mariage, l'officier de l'état civil le célèbre et il est obligé de le célébrer. Puis intervient un arrêt de cassation qui casse et annule le mariage. Quel trouble, quel bouleversement dans les familles! Ce n'est pas tout. La cour devant laquelle l'affaire est renvoyée peut prononcer de nouveau la mainlevée, et de nouveau le mariage pourra, devra être célébré, et il sera valable jusqu'à ce qu'un second arrêt de cassation vienne l'annuler une seconde fois. Se joue-t-on ainsi d'un contrat qui est la base de la moralité, le fondement de l'ordre social? Supposons que, malgré un arrêt qui maintient l'opposition, le mariage soit célébré, il sera néanmoins valable, à moins qu'il n'y ait un empêchement dirimant qui l'annule; et l'on veut que le mariage soit cassé, alors qu'il est célébré en vertu d'un arrêt (1)!

Tout cela est vrai, mais Marcadé ne pourrait-il pas répondre : « Les inconvénients que vous signalez découlent du principe que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif en matière d'opposition. C'est au législateur à y porter remède. Quant à l'interprète, il n'a pas à se préoccuper des avantages ni des inconvénients que présente une loi, il doit l'appliquer telle qu'elle est. Ce n'est donc pas par les conséquences qui dérivent de la cassation, qu'il faut combattre mon opinion; prouvez-moi que mon raisonnement est faux. » Nous croyons, en effet, que l'argumentation de Marcadé porte à faux. Sans doute, la cassation de l'arrêt entraîne l'annulation de tout ce qui s'est fait en exécution de cet arrêt. Mais qu'entend-on par *exécution?* C'est l'exécution forcée qu'un créancier poursuit contre son débiteur, et à laquelle celui-ci ne peut pas

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 267, n° 170.

échapper, puisque le pourvoi n'est pas suspensif. Quand ensuite l'arrêt est cassé, les choses sont replacées, et elles peuvent l'être, dans l'état où elles étaient avant l'arrêt; car il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires à régler. Peut-on en dire autant d'un arrêt qui prononce la mainlevée d'une opposition? Y a-t-il là une exécution forcée que l'une des parties poursuit contre l'autre? Non, certes, car un seul des futurs époux est en cause; et l'arrêt se borne à décider qu'il n'y a pas d'obstacle légal à son mariage. Est-ce à dire que le mariage, s'il se célèbre, sera l'exécution forcée de l'arrêt? La question ne peut pas même être posée. Dès lors, quand l'arrêt est cassé, on ne peut pas dire que le mariage doit tomber, comme ayant été célébré en exécution de l'arrêt. Et cela est aussi fondé en raison. On conçoit que la cassation annule ce qui a dû se faire par suite de l'exécution forcée de l'arrêt. On ne conçoit pas qu'il annule ce qui aurait pu, à la rigueur, se faire sans l'arrêt. Le mariage sera donc maintenu.

406. Si l'opposition est rejetée comme nulle en la forme, peut-elle être renouvelée? On admet assez généralement l'affirmative, et avec raison. C'est le droit commun. Il faudrait donc une disposition formelle qui défendît toute opposition nouvelle. On cite les articles 177 et 178, qui prescrivent de juger les demandes en mainlevée dans les plus brefs délais : donc l'esprit de la loi défend, dit-on, de renouveler sans cesse les oppositions. La conséquence n'est pas logique. De ce que la loi veut qu'une instance soit promptement vidée, cela ne prouve pas qu'il ne puisse y avoir une instance nouvelle.

Nous croyons qu'il en est de même, si la demande en mainlevée a été rejetée au fond. Ce point est cependant controversé; on dit qu'il est impossible d'admettre des oppositions successives qui retarderaient indéfiniment la célébration du mariage. Nous répondons que cet argument s'adresse au législateur; dans le silence de la loi, les tribunaux doivent recevoir toute action, et on ne peut opposer que les fins de non-recevoir consacrées par la loi. Il faudrait donc un texte qui n'existe pas. Mais est-il vrai que la loi permet des oppositions sans cesse renouvelées?

Il y a des opposants qui ne peuvent alléguer qu'une seule cause : c'est le conjoint; si son opposition est rejetée, il ne la peut certes pas renouveler, car on le repousserait par l'exception de chose jugée. Les collatéraux, le tuteur et le curateur peuvent former opposition pour deux causes seulement; il pourra donc tout au plus y avoir deux oppositions, ce qui sera encore très-rare. Restent les ascendants : si leur opposition n'est pas motivée, ils ne peuvent en faire une nouvelle non motivée, on les repousserait encore par l'autorité de la chose jugée. Que s'ils allèguent un empêchement et s'ils succombent, ils pourront à la rigueur en alléguer un autre, mais ces débats aussi ont leur terme, car les empêchements sont limités et peu nombreux (1).

N° 4. DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

407. « Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts. » (Art. 179.) L'opposition peut être tracassière, méchante; dans ce cas, il y a dol, et partant responsabilité. Il se peut aussi que l'opposition ne soit pas doleuse, cela n'empêchera pas le tribunal de condamner l'opposant à des dommages-intérêts. Portalis le dit : « N'importe qu'il n'y ait eu qu'imprudence ou erreur dans la personne qui a cru devoir se rendre opposante : il n'y a point à balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. » La loi est conçue en ce sens, elle donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire. Il y a exception pour les ascendants. Non que leur opposition ne puisse être injuste; les parents peuvent avoir leurs préjugés, comme les enfants ont leurs passions. Si la loi ne veut pas qu'on les condamne à des dommages-intérêts, c'est, dit Portalis, que le père est déjà trop malheureux de la résistance de son enfant et de l'union qu'il va contracter. Le punir encore en lui

(1) Comparez Demolombe, t. III, p. 274, n° 176. Voyez, en sens contraire, un arrêt de Gand du 27 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 151).

infligeant une condamnation, ce serait le punir pour avoir fait ce qu'il considère comme un devoir (1).

On a soutenu que les ascendants ne devaient pas être condamnés aux dépens, ou qu'au moins les dépens devaient être partagés. Voilà, encore une fois, une de ces opinions qui, à force de vouloir favoriser l'opposition des ascendants, violent la loi. Le code de procédure est on ne peut plus explicite. « Toute partie qui succombera, dit l'article 130, sera condamnée aux dépens. » Y a-t-il une exception en faveur des ascendants? S'il n'y en a pas, l'interprète peut-il en créer une, en disant que les ascendants ne pouvant pas être condamnés à des dommages-intérêts, ne peuvent par cela même être condamnés aux dépens? Ce serait faire la loi ou la modifier, ce qui revient au même. Autre chose sont les dépens, autre chose les dommages-intérêts. L'article 179 du code civil est donc très-conciliable avec l'article 130 du code de procédure, ce qui décide la question, si question il y a. Quant à la compensation des dépens, il faut dire qu'elle est facultative, mais non obligatoire. Nous avons encore un texte; aux termes de l'article 131, les dépens *pourront* être compensés, en tout ou en partie, entre ascendants et descendants. C'est au tribunal à voir s'il y a lieu d'user de cette faculté (2).

408. Faut-il, pour l'évaluation des dommages-intérêts, appliquer les principes posés au titre des Obligations? Un arrêt de la cour de Bruxelles décide qu'il n'y a pas lieu à l'application des principes généraux (3). Il suffit de lire l'article 1149 pour s'en convaincre. On y lit que « les dommages et intérêts dus au *créancier* sont, en général, de la perte qu'il a faite et du *gain* dont il a été privé. » Peut-on dire que le futur époux est un *créancier?* peut-on dire qu'il a été privé d'un *gain?* Nous supposons que l'opposition a fait manquer le mariage; est-ce le cas de supputer le profit que cette union aurait procuré? Le mariage et l'opposition qui y est faite ne sont pas une question de dette

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 36 (Locré, t. II, p. 388).
(2) Demolombe, t. III, p. 273, n° 175. Arrêt de Bruxelles du 26 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 176)
(3) Arrêt du 29 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 331).

ni de créance; il s'agit d'intérêts moraux. Si la loi permet de condamner les opposants à des dommages-intérêts, c'est une espèce de peine qu'elle prononce contre ceux qui par malice ou légèreté arrêtent un mariage. Les tribunaux jugeront d'après leur prudence.

SECTION VI. — Des formalités prescrites pour la célébration du mariage.

§ Ier. *Principes généraux.*

409. Le mariage est un contrat, en ce sens qu'il exige le concours du consentement des futurs époux. Mais le seul consentement ne suffit point, il doit être exprimé dans les formes prescrites par la loi. Le mariage est donc un acte solennel. C'est en présence d'un officier public que les futurs époux doivent consentir; c'est l'officier public qui prononce que les futurs époux sont mariés. Ainsi le consentement ne suffit pas; il faut la solennité. Il est inutile d'insister sur les raisons pour lesquelles le législateur a fait du mariage un acte solennel. Il y a même des contrats et des actes d'intérêt privé que la loi prescrit de recevoir dans les formes qu'elle établit : tels sont les contrats de donation et d'hypothèques, telles sont les conventions matrimoniales et les testaments. Si pour les conventions concernant les biens des futurs époux, la loi exige des solennités, à plus forte raison a-t-elle dû prescrire des formes solennelles pour le mariage, qui est le fondement de la société, la base de la moralité privée et publique.

Faut-il appliquer au mariage les principes qui régissent les contrats et actes solennels? Le code, en parlant des donations nulles en la forme, dit qu'elles doivent être refaites en la forme légale, que le donateur ne peut par aucun acte confirmatif réparer les vices qui l'infectent. C'est dire que les solennités sont requises pour l'existence même de la donation. Ce principe reçoit-il son application au mariage? Nous avons d'avance répondu à la question, en traitant des conditions requises pour l'existence du