sentement au futur époux majeur quant au mariage

(art. 157).

Si les parents qui doivent consentir ou donner leur conseil sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les futurs époux doivent produire les actes qui constatent le décès, l'absence ou l'aliénation mentale. Nous avons déjà mentionné l'avis du conseil d'Etat du 24 messidor an XIII, qui a pour objet de faciliter cette preuve. Il y en a un autre, en date du 19 mars 1808, qui permet de corriger de légères irrégularités des actes de l'état civil, sans recourir à une procédure en rectification (1).

4. Une expédition authentique des dispenses d'âge, de

parenté ou d'alliance qui auraient été accordées. 5. L'acte constatant le décès du premier conjoint ou le divorce, si le futur époux a été engagé dans les liens d'un

mariage antérieur.

6. Les certificats exigés pour les militaires et les certificats constatant que le futur époux a satisfait à la loi sur la milice.

7. L'acte ou le jugement portant mainlevée de l'opposi-

tion, s'il en a été formé.

8. Le certificat constatant que les publications ont été faites conformément à la loi, et s'il y a une dispense, l'acte qui l'accorde.

§ V. Célébration du mariage.

425. Le mariage se célèbre, au jour désigné par les parties, dans la maison commune (art. 75). Dans le projet soumis au conseil d'Etat, il y avait un article ainsi conçu: « En cas d'empêchement, le sous-préfet pourra autoriser l'officier de l'état civil à se transporter au domicile des parties pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. " Cette disposition fut retranchée. Qu'en faut-il conclure? Que régulièrement le mariage doit se célébrer à l'hôtel de ville, cela est évident, puisque la loi le dit. Il est encore certain que l'officier public ne peut pas être forcé à

célébrer le mariage au domicile des parties. Mais a-t-il le droit de le faire? Il ya un cas où l'affirmative est évidente. c'est pour le mariage in extremis. Il peut y avoir d'autres empêchements, une maladie qui n'est pas mortelle. Dans les campagnes, parfois, il n'y a pas de maison commune, c'est un cabaret qui tient lieu d'hôtel de ville. Quand il y a un motif légitime, quel qu'il soit, le mariage peut être célébré au domicile des parties. C'est l'opinion générale(1); elle se fonde sur les principes qui régissent la nullité du mariage. Nous y reviendrons.

426. " Le mariage sera célébré publiquement, » dit l'article 165, c'est-à-dire les portes ouvertes, de manière que le public y puisse assister. C'est encore pour donner de la publicité au mariage que la loi exige la présence de quatre témoins (art. 75), lesquels doivent réunir les conditions prescrites au titre des Actes de l'état civil (art. 37).

L'officier civil donne lecture aux parties, en présence des témoins, des pièces qu'elles ont dû lui remettre : elles constatent leur état et l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Il importe que les parties aient la preuve que rien ne s'oppose à la validité de leur mariage. Il faut aussi qu'elles connaissent les obligations qu'elles vont contracter; voilà pourquoi la loi veut que l'officier public fasse lecture aux futurs époux du chapitre VI du titre du Mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux.

Toutes ces solennités ont pour but d'appeler l'attention sérieuse des futurs époux sur les engagements qu'ils vont contracter, de les éclairer tout ensemble et d'assurer leur liberté. C'est la raison pour laquelle tout doit se faire au grand jour de la publicité, en présence d'un officier public, organe de la société, en présence de témoins, en présence des concitoyens des parties contractantes. Il y a un point essentiel, c'est la liberté entière des futurs époux, car c'est leur consentement qui fait le mariage. Le premier consul a insisté sur ce point lors de la discussion au conseil d'Etat. "S'il ne fallait que constater le mariage, dit-il-

⁽¹⁾ Voyez ces avis dans Dalloz, au mot Mariage, nos 356, 357.

⁽¹⁾ Demolombe, Cours de code Napoléon, t. III, p. 313, nº 206.

il suffirait d'employer le ministère d'un notaire, mais un contrat qui crée une nouvelle famille doit être formé avec solennité: la fille dont on aurait forcé les inclinations pourra réclamer en face du public, protégée par la présence de l'officier de l'état civil et par celle des témoins (1).

Enfin, l'officier public reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; puis il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage (art. 75). « Cela est bien sec. dit le premier consul : voyez les prêtres! "Il y a une profonde vérité dans ces paroles. Le mariage ne se contracte pas uniquement en présence de la société humaine, il se contracte, avant tout, en présence de Dieu. C'est devant Dieu que les futurs époux se sont unis, avant de se présenter devant l'officier de l'état civil. Joilà pourquoi il faut que des cérémonies religieuses accompagnent le mariage, et, nous n'hésitons pas à le dire, ces solennités ont plus de valeur à nos yeux que le sec cérémonial de la loi. Non que nous voulions donner au prêtre une autorité que la raison lui refuse. Nous ne disons pas que le mariage se fait par le prêtre, il se fait par Dieu; c'est Dieu qui unit les âmes, et c'est le lien des âmes qui fait l'essence du mariage.

427. On demande si les futurs époux doivent comparaître en personne devant l'officier de l'état civil, ou s'ils peuvent se faire représenter par un fondé de procuration. Merlin dit que tout homme peut, en thèse générale, faire par un fondé de pouvoir ce qu'il peut faire par lui-même, à moins que la l'in ne le lui interdise. Notre question se réduit donc à savoir si la loi fait une exception pour le mariage. Or, dans l'ancien droit, le mariage par procureur était permis, et il n'y a pas, dans le code, de texte qui le défende. Dès lors le mariage reste dans la règle générale (2). Est-il bien vrai qu'il n'y a point de texte? D'abord l'article 36 suppose qu'il y a des cas où les parties intéressées sont obligées de comparaître en personne; l'arti-

cle 294 établit une de ces exceptions, et l'article 75 en consacre une seconde pour le mariage. Il est vrai que l'article 75 ne dit pas en termes formels que le mariage ne peut pas se faire par procureur; mais il n'y a pas une seule formalité prescrite par la loi qui n'implique la présence des futurs époux. Nous n'insisterons que sur un point, mais il est essentiel. Le premier consul a dit que les solennités du mariage avaient pour but de garantir la liberté des parties contractantes; et comment cette liberté serait-elle assurée si l'époux violenté pouvait se faire représenter par un fondé de pouvoir? Cela est décisif (1). Il y a une autre considération qui nous paraît également décisive. Les mineurs, en général, n'interviennent pas dans les actes qui les concernent; c'est le tuteur qui les représente dans tous les actes civils, dit l'article 450. Cependant quand le mineur se marie, il n'est pas représenté par son tuteur; la loi ne veut pas même que le tuteur parle au nom de son pupille, quand il s'agit des conventions matrimoniales concernant les biens : c'est le mineur qui les consent, et il n'est pas assisté de son tuteur, il est assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage (art. 1398). Ainsi voilà des incapables qui ont un mandataire légal, pour tous les actes de la vie civile; et cependant la loi ne permet pas à ce mandataire général d'agir au nom du mineur, quand celui-ci se marie, pas même quand le mineur fait un contrat par-devant notaire. Cela ne prouve-t-il pas à l'évidence que, dans l'esprit de la loi, le mariage doit se contracter en personne? Si elle admettait le mariage par procureur, elle aurait dû l'admettre pour les mineurs, qui agissent toujours par procureur. Si elle ne veut pas que le mineur soit représenté par son tuteur, conçoit-on qu'elle lui permette de se faire représenter par un fondé de pouvoir? Et si elle ne le permet pas aux mineurs, le permettra-t-elle aux majeurs?

428. L'article 75 dit que l'officier de l'état civil dressera acte sur-le-champ de la célébration du mariage. Cet

⁽¹⁾ Séance du conseil d'Etat du 14 fructidor an IX, n° 24 (Locré, t. II. p. 47).
(2) Merlin, Répertoire, au mot Mariage, section IV, § 1, article ler, question 4°.

⁽¹⁾ C'est l'opinion commune (voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot Mariage, n° 372); elle a été consacrée par un arrêt de la cour de Bastia du 2 avril 1849 (Dalloz, Recueil périodique, 1849, 2, 80).

acte est-il requis pour l'existence ou pour la validité du mariage? Dans l'ancien droit, on admettait, sans doute aucun, que le mariage se parfait par le consentement des parties, pourvu qu'il soit donné en présence de l'officier qui a mission de le recevoir. De là suit, dit Pothier, que le mariage existe avant que l'acte ait été rédigé; l'acte n'est requis que pour la preuve (1). Ces principes sont aussi ceux de notre droit moderne. Ni le texte ni l'esprit de la loi ne font de l'acte de célébration une condition requise, soit pour l'existence, soit pour la validité du mariage. Le défaut d'acte n'entraînerait pas la nullité du mariage; cela résulte des principes que le code établit sur la nullité du mariage, et que nous allons exposer. Quant à l'influence que l'acte de célébration peut exercer sur l'existence du mariage, le code ne dit rien: nous avons traité la question plus haut (nº 279).

429. L'article 76 énumère les énonciations que doit contenir l'acte de mariage. Nous renvoyons au texte. L'acte est-il nul pour inobservation des formalités prescrites par l'article 76? Cette question se décide par les principes qui régissent les actes de l'état civil. Nous les avons exposés au commencement de ce volume (n° 21-27). La règle est qu'il n'y a pas de nullité. Un arrêt de la cour de Montpellier a décidé que l'acte de mariage n'est pas nul, lorsqu'il n'est pas signé par l'une des parties comparantes. Les considérants impliquent que la décision de la cour eut été différente si l'officier public n'avait pas signé (2). En effet, sans signature de l'officier qui a mission d'imprimer l'authenticité à l'acte, il n'y a pas d'acte. Un arrêt de la cour de Liége a décidé qu'il n'y avait pas nullité quand l'acte ne désignait pas la commune où le mariage a été célébré (3). Cela est de toute évidence; l'article 76 ne prescrit pas cette énonciation; et comment un acte serait-il nul pour défaut d'une énonciation que la loi n'exige point?

La loi hypothécaire belge a ajouté une énonciation à

(1) Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 378. (2) Arrêt du 4 février 1840 (Dalloz. Répertoire, au mot Mariage, n° 568, 5°).

(3) Arrêt du 4 février 1819 (Pasicrisie, 1819, 283).

celles que l'acte doit contenir, en vertu de l'article 76. Elle veut que l'acte énonce « la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues. » Nous reviendrons sur cette disposition quand nous expliquerons la loi hypothécaire.

CHAPITRE IV.

NULLITÉ DU MARIAGE.

SECTION I. - Principes généraux.

§ Ier. Des mariages nuls.

Nº 1. QUAND LE MARIAGE EST-IL NUL ? ET QUI PEUT DEMANDER LA NULLITÉ.

430. La cour de cassation a posé, dans plusieurs arrêts, deux principes fondamentaux en matière de nullité de mariage : « La nullité ne peut être prononcée que sur un texte formel, et seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer le texte (1). " Le premier principe est spécial au mariage. Dans les autres matières, on admet qu'il y a nullité alors même que la loi ne la prononce pas formellement, en se fondant sur la volonté tacite du législateur. Pourquoi n'y a-t-il pas de nullité dite virtuelle, en fait de mariage? La cour de cassation répond que le code consacre un chapitre spécial aux demandes en nullité de mariage; tous les cas de nullité y sont prévus; d'où résulte que la loi est essentiellement restrictive et limitative : pas de nullité sans texte qui l'établisse en termes formels. Il ne suffit donc pas qu'une loi soit prohibitive pour que son inobservation entraîne la

⁽¹⁾ Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, Recueil périodique, 1845, 1, 100). Arrêt du 12 novembre 1839 Dalloz, au mot Mariage, nº 514).