qui prouve le mariage. Mais la question devient douteuse, s'il y a eu une célébration régulière; par exemple, une personne en état de démence s'est mariée devant l'officier de l'état civil, l'acte est inscrit sur les registres. Un enfant naît de cette union, un acte de naissance est dressé. Pourra-t-il invoquer ces actes pour prouver sa filiation? Nous croyons qu'il le peut. Il est vrai que, dans la rigueur des principes, l'acte dressé pour constater la célébration d'un mariage non existant est également inexistant, et comme tel il ne peut produire aucun effet. L'objection est sérieuse. Mais ne peut-on pas répondre qu'il y a un titre, et que foi doit rester au titre jusqu'à ce que le juge ait déclaré qu'il n'y a pas de mariage? Et en supposant que le mariage soit déclaré inexistant, toujours est-il qu'il y a un acte inscrit sur les registres de l'état civil, qui prouve authentiquement l'union que deux personnes ont contractée, union de fait, soit; mais le fait ne suffit-il pas pour établir la filiation, si on le combine avec le fait de la naissance, lequel est également établi d'une manière authentique? Nous le croyons. Qu'on ne dise pas que nous, qui prêchons la logique à toute occasion, nous sommes inconséquents, en attribuant un effet au mariage inexistant; ce n'est pas au mariage que nous l'attribuons, c'est à deux faits constatés par des actes authentiques. Si l'état des enfants est constaté, pourront-ils réclamer le bénéfice du mariage putatif? Nous examinerons cette question plus loin (n° 515).

SECTION II. — Des nullités relatives.

§ Ier. *Vices de consentement.*

448. Quand il n'y a point de consentement, dit l'article 146, il n'y a point de mariage. La loi ne dit pas que le mariage est nul, il n'existe pas. Il en est autrement si le consentement a été donné, mais s'il est vicié par l'erreur ou la violence. Dans ce cas, le mariage est nul. L'erreur donne lieu à un doute; on peut soutenir que s'il y a erreur dans la personne, le mariage est non existant. Nous avons examiné la question plus haut (n° 291); il nous reste à parler des vices qui entraînent la nullité du mariage. La nullité est relative. Aux termes de l'article 180, le mariage ne peut être attaqué que par les époux dont le consentement n'a pas été libre, ou qui ont été induits en erreur. Pourquoi l'erreur et la violence ne produisent-elles qu'une nullité relative?

Portalis répond que le défaut de liberté est un fait dont le premier juge est la personne qui prétend n'avoir pas été libre. « Des tiers, dit-il, peuvent avoir été témoins des procédés extérieurs, desquels on se croit autorisé à conclure qu'il y a eu violence ou contrainte; mais ils ne peuvent jamais apprécier l'impression continue ou passagère qui a été ou qui n'a pas été opérée par ces procédés. » Cela est vrai, à plus forte raison, de l'erreur. Ce premier motif, que l'on donne d'ordinaire pour expliquer le caractère relatif de la nullité qui résulte d'un vice de consentement, n'est pas décisif. Ce n'est qu'une difficulté de preuve, mais cette difficulté n'est pas une impossibilité. Aussi la loi admet-elle, en matière d'obligations, toute personne intéressée à se prévaloir des vices qui en annulant le consentement, annulent en même temps le contrat. Il doit donc y avoir un autre motif.

« Quel est celui, dit Portalis, qui aurait le droit de soutenir que je n'ai pas été libre quand, malgré les apparences, j'assure l'avoir été? Dans une affaire aussi personnelle, mon témoignage ne serait-il pas supérieur à tout

autre témoignage (1)? » Oui, si l'intérêt de l'époux violenté ou trompé était seul en cause. Mais pourquoi, si des tiers y sont intéressés, ne leur permet-on pas d'attaquer le mariage? La vraie raison est que la société n'a aucun intérêt à ce qu'on annule un mariage pour vice de consentement; la société est, au contraire, intéressée à ce que le mariage soit maintenu, parce que l'annulation est une cause de trouble dans le sein des familles. Voilà pourquoi la loi limite l'action et ne l'accorde qu'aux principaux intéressés.

449. Les héritiers des époux ont-ils le droit d'intenter l'action? Tout le monde est d'accord qu'ils ne l'ont pas. Mais il importe de préciser la vraie raison de décider. On dit d'ordinaire que l'action est personnelle de sa nature, en invoquant les motifs que Portalis a donnés pour justifier le caractère relatif de la nullité. C'est confondre deux ordres d'idées très-distincts. De ce que la nullité est relative, il ne suit pas que les héritiers ne puissent pas la demander. Les héritiers ne succèdent-ils pas à tous les droits et actions de leurs auteurs? Pourquoi donc ne succèdent-ils pas au droit qu'avait le défunt de demander la nullité du mariage? Telle est la vraie question. On admet une exception à une règle générale. Y a-t-il un texte qui nous y autorise? On cite les termes restrictifs de l'article 180 : « Le mariage *ne peut* être attaqué *que* par les époux dont le consentement n'a pas été libre; il *ne peut* l'être *que* par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » Mais, encore une fois, ces termes restrictifs ne prouvent qu'une chose, c'est que la nullité est relative; ils ne décident pas que l'action en nullité ne peut pas passer aux héritiers. Duranton ne trouve d'autre raison que le principe posé par la cour de cassation : ceux-là seuls auxquels la loi a expressément donné le droit d'attaquer le mariage peuvent en demander la nullité (2). Ce principe, pas plus que le texte de l'article 180, n'exclut les héritiers, car ce n'est pas en leur nom qu'ils agissent, c'est comme représentant la personne du défunt. Il n'y a point d'exception à ce principe dans nos textes. Faut-il donc appliquer la règle? Non, la règle ne peut pas recevoir son application à la demande en nullité de mariage, parce que la règle suppose des droits pécuniaires qui se trouvent dans le domaine du défunt, et qui passent avec ce domaine à ses héritiers. Est-ce que le droit d'agir en nullité du mariage est un droit pécuniaire? fait-il partie des biens? Non, certes; c'est un droit essentiellement moral; voilà pourquoi il est attaché à la personne de l'époux; il doit donc s'éteindre à sa mort.

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 42 (Locré, t. II, p. 391).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 231, n° 270.

450. Mais que faut-il décider si l'action a été intentée et si l'époux meurt avant la prononciation du jugement? L'opinion commune est que l'action intentée passe aux héritiers. On invoque une maxime du droit romain, admise comme un adage, c'est que les actions qui étaient personnelles avant d'avoir été intentées cessent de l'être du moment où elles sont portées devant les tribunaux. Marcadé repousse la règle romaine avec une espèce de dédain : « Toutes les règles romaines réunies, dit-il, ne pourraient rien en face de la volonté expresse du législateur, qui déclare que l'époux est le seul au profit duquel il permette de briser le contrat de mariage (1). » Nous partageons l'avis de Marcadé sur le fond du débat, mais nous ne partageons pas son dédain pour les règles romaines. Sans doute, si le législateur avait exprimé sa volonté, l'interprète ne pourrait pas lui opposer un principe, quelque vrai qu'il fût. Mais où est cette expression si certaine de ce que veut la loi? Les termes de l'article 180 ne peuvent pas même être invoqués pour exclure les héritiers, alors que le défunt n'a pas intenté l'action; à plus forte raison ne décident-ils pas la question de la transmission de l'action intentée. Dans le silence de la loi, c'est bien aux principes qu'il faut recourir. La règle romaine est fondée en raison quand il s'agit d'intérêts pécuniaires; dès que l'action est intentée, alors même qu'elle est purement personnelle, elle entre dans le domaine du demandeur, elle fait partie de ses biens, elle doit donc se transmettre à ses héritiers.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 478, article 131, n° 7.

Mais le principe s'applique-t-il aux actions essentiellement morales? Non, ces actions ne forment jamais un bien, elles ne font donc pas partie du patrimoine; dès lors elles ne peuvent pas passer aux héritiers.

Il y a toutefois des objections sérieuses. Aux termes de l'article 330, l'action en réclamation d'état, commencée par l'enfant, peut être suivie par les héritiers. Voilà l'application de la maxime romaine à une action morale; donc, dit-on, la maxime est absolue dans l'esprit de la loi. L'article 329 répond à l'objection. Il permet aux héritiers d'intenter l'action, si l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité. Le code ne considère donc pas l'action comme purement morale; en effet, tous les droits pécuniaires de l'enfant et de ses héritiers dépendent de son état. On conçoit donc que le législateur permette aux héritiers d'intenter l'action; à plus forte raison doivent-ils avoir le droit de la suivre quand elle est commencée.

On objecte encore l'article 957, qui décide que l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude passe aux héritiers du donateur quand elle a été intentée. Nouvelle application, dit-on, de la règle romaine à une action morale. Non, l'action n'est pas essentiellement morale, elle n'a qu'un élément moral, c'est qu'elle est fondée sur une injure, mais l'objet de la demande est pécuniaire; aussi la loi dit-elle que les héritiers peuvent l'intenter quand le donateur décède dans l'année du délit (1).

451. La nullité peut se couvrir. D'après l'article 181, « la demande 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. » C'est une confirmation tacite. La nullité n'étant que relative, celui qui a le droit de la demander y peut renoncer; car il renonce à un droit qui est établi en sa faveur. Ce que l'on a fait dans le principe par contrainte ou par erreur, dit Portalis, on peut dans la suite le confirmer par raison et par choix. La loi détermine les conditions sous lesquelles il y a confirmation. Il faut d'abord que les époux cohabitent depuis qu'ils sont devenus libres ou qu'ils ont reconnu l'erreur; c'est cette cohabitation qui implique l'intention d'approuver le mariage; s'ils avaient le dessein d'en demander la nullité, évidemment ils cesseraient de cohabiter; l'intention contraire ne peut pas même se supposer, non-seulement d'après les principes de droit, mais elle serait encore profondément immorale; la cohabitation deviendrait un concubinage, si elle était continuée alors que les époux ont l'intention de demander la nullité de leur union. Pourquoi donc la loi exige-t-elle que la cohabitation soit continuée pendant six mois? Le délai est long, trop long peut-être. Mais il y avait un autre écueil, un autre danger. Si le délai était très-court, pourrait-on dire avec certitude que le fait de cohabitation implique approbation? Le délai de six mois ne commence à courir qu'à partir du moment où « l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. » Cette condition découle de l'essence même de la confirmation; si elle se faisait lorsque l'époux est encore sous l'empire de la violence ou de l'erreur, elle serait viciée par les mêmes causes qui vicient le mariage.

(1) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. III, p. 416, n° 259.

452. La preuve donne lieu à une difficulté. On suppose que l'époux violenté ou trompé demande la nullité du mariage un an après la célébration. Suffira-t-il qu'il prouve la violence ou l'erreur? ou doit-il prouver aussi qu'il est encore dans le délai utile pour intenter l'action; c'est-à-dire que la violence a cessé depuis moins de six mois, ou que six mois ne se sont pas écoulés depuis qu'il a reconnu l'erreur? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que c'est au demandeur à prouver qu'il est encore dans le délai utile pour former son action. Il nous semble que cette opinion est en opposition avec les principes qui régissent la preuve. L'époux demandeur fonde son action sur un vice de consentement; il suffit donc qu'il prouve la violence ou l'erreur au moment de la célébration du mariage. C'est l'époux défendeur qui lui oppose que le mariage a été confirmé par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la cessation de la violence, ou depuis la dé-

couverte de l'erreur; n'est-ce pas à lui, qui devient demandeur quant à son exception, à prouver les faits qui en sont le fondement?

Un arrêt de la cour de Bordeaux répond à l'objection (1). L'action en nullité de mariage pour vice de consentement ne peut plus être intentée toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que la violence a cessé, ou que l'erreur a été reconnue; il ne suffit donc pas que le demandeur prouve l'existence du vice lors de la célébration; il faut de plus qu'il prouve à quelle époque les vices ont cessé; car c'est dans les six mois à partir de ce moment qu'il doit intenter son action; il doit donc prouver qu'il est dans ce délai. Ceci est le vrai point de la difficulté. Est-ce au demandeur à prouver qu'il est encore dans le délai prescrit par la loi pour agir? En principe, non, car la prescription est une exception, que le défendeur oppose au demandeur, c'est donc à lui à prouver que le demandeur n'est plus dans le délai légal. Cette règle doit recevoir son application à l'espèce, puisque la loi n'y déroge pas.

453. Y a-t-il une autre confirmation que celle qui est définie par l'article 181? On est d'accord pour décider qu'il ne peut pas y avoir d'autre confirmation tacite. La définition que le législateur en donne est limitative de son essence; si elle était explicative, elle n'aurait plus de raison d'être. A quoi bon préciser avec tant de soin les conditions requises pour qu'il y ait confirmation tacite, si le législateur permettait au juge d'admettre d'autres confirmations, lesquelles seraient abandonnées à son appréciation? Il y avait, au contraire, une raison déterminante pour limiter la confirmation tacite au cas prévu par la loi. Rien n'est plus difficile à prouver qu'une volonté tacite, car les faits que l'on invoque sont le plus souvent susceptibles d'une interprétation diverse : cela est vrai surtout quand il s'agit de vices du consentement. Telle est aussi l'opinion générale. Seulement Duranton croit que la grossesse de la femme, jointe à d'autres faits caractéristiques

(1) Arrêt du 20 février 1867 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1868, 2, 19).

d'une approbation volontaire, constitueraient une fin de non-recevoir (1). Nous repoussons de toutes nos forces ces accommodements avec les faits. Que l'on décide, oui ou non, si la confirmation tacite est admissible en dehors des cas prévus par l'article 181. Ne l'est-elle pas, il n'y a plus à transiger avec les faits; il faut la repousser toujours et dans tous les cas.

On demande si la confirmation expresse serait admise. Nous sommes étonnés de ce que l'on pose la question. Pourquoi la loi admet-elle la confirmation tacite? Parce qu'il s'agit d'une nullité relative, parce que l'époux peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur. La confirmation est donc l'application d'un principe général. Or, qu'est-ce que la confirmation? Une manifestation de volonté. Et la volonté, comment se manifeste-t-elle? D'une manière expresse ou d'une manière tacite. Le législateur rejette parfois la volonté tacite, parce que la preuve en est incertaine et donne lieu à des contestations et à des procès. Mais jamais il ne lui arrive de rejeter la volonté expresse alors qu'il admet la volonté tacite. Est-il nécessaire d'en dire la raison? Peut-il encore y avoir un doute quand la volonté est déclarée en termes exprès? Il faudrait une disposition formelle dans la loi pour que l'on ⌈ût admettre qu'elle déroge à des principes aussi élémentaires. Il est vrai que l'article 183 mentionne la confirmation expresse, tandis que l'article 181 n'en parle pas. Mais qui ignore que le code n'est pas rédigé avec une exactitude mathématique? C'est précisément pour cette raison que les arguments tirés du silence de la loi ont si peu de valeur. Si nous nous arrêtons un moment sur une question qui réellement n'en est pas une, c'est qu'il importe de maintenir les principes sans lesquels la science du droit cesse d'être une science. On objecte que la confirmation expresse pourrait être l'effet d'un mouvement irréfléchi. La réponse est simple et péremptoire. Il n'y a de volonté que celle qui est sérieuse. Celui qui a confirmé le mariage d'une manière expresse prétend-il que son consentement est vicié, il sera

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p 238, n° 279.

admis à le prouver. Mais de ce qu'il peut arriver que la confirmation expresse soit viciée, conclura-t-on que le législateur a dû et a voulu la repousser en règle générale? C'est là une étrange façon de raisonner (1)!

454. L'action en nullité s'éteint-elle par la prescription? On suppose qu'après la célébration du mariage, les époux se sont séparés et qu'ils sont restés séparés sans demander la nullité de leur union. Si la séparation dure pendant le temps requis pour la prescription, l'action sera-t-elle prescrite? L'affirmative est généralement admise, et avec raison. Toute action se prescrit, à moins que la loi ne la déclare imprescriptible. Or, il n'y a pas de texte qui s'oppose à la prescription de l'action en nullité de mariage pour vice de consentement. Serait-elle de sa nature imprescriptible? On dit que c'est une question d'état, et que l'état ne se prescrit pas (art. 328) (2). Non, la nullité n'implique pas une question d'état; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle est d'ordre public, parce que le mariage est d'ordre public; mais personne n'a jamais soutenu que les actions qui concernent l'ordre public soient imprescriptibles. Demante insiste et dit que les époux vivant séparés, plus est long l'espace de temps écoulé sans cohabitation, moins on peut en induire l'intention de confirmer le mariage, et plus il serait injuste de déclarer l'action éteinte. Cela suppose que la prescription est fondée sur une confirmation. Telle n'est certes pas la prescription de trente ans. Si le législateur l'admet, c'est pour mettre fin aux procès et à l'incertitude, au trouble qui naîtraient de droits que l'on pourrait toujours exercer. Ces motifs s'appliquent à l'action en nullité de mariage : elle reste donc sous l'empire du droit commun, et partant elle est prescriptible.

Reste à savoir quelle est la prescription : est-ce la prescription générale de trente ans (art. 2262), ou est-ce la prescription spéciale de dix ans (art. 1304)? Au premier abord, on serait tenté de décider qu'il faut appliquer l'article 1304, qui porte : « Dans tous les cas où l'action en

(1) Marcadé défend l'opinion générale contre Demante et Mourlon (t. Ier, p. 480, article 182, n° 2).
(2) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 361, 263 *bis*, II.

nullité ou en rescision n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Le mariage n'est-il pas un contrat? Dès lors n'est-il pas régi par cette disposition? Non, il n'y a pas lieu à la prescription de dix ans. La raison de décider n'est pas, comme on le dit, que l'article 1304 ne concerne que les actions fondées sur un intérêt pécuniaire (1); on pourrait en dire autant de l'article 2262, et il en résulterait que l'action en nullité de mariage serait imprescriptible. La vraie raison de décider se trouve dans la nature particulière de la prescription de dix ans : c'est une confirmation tacite, or le code n'admet d'autre confirmation tacite que celle qui est établie par l'article 181.

Puisque l'article 1304 est écarté par l'article 181, reste la prescription générale de trente ans. M. Demolombe donne la préférence à l'article 1304, parce qu'il est particulièrement applicable aux actions qui nécessitent un examen de faits et une appréciation de preuves, et que le temps rend toujours cette appréciation plus difficile et plus incertaine (2). Nous citons cet étrange raisonnement pour mettre nos lecteurs en garde contre la phraséologie juridique. Que l'on veuille bien préciser les *faits* et les *circonstances* qu'il s'agit d'apprécier dans l'application de l'article 1304! Il est d'ailleurs inapplicable par cela seul qu'il est fondé sur une confirmation tacite (3).

§ II. *Défaut de consentement des ascendants ou de la famille.*

455. Les ascendants sont appelés à consentir au mariage, ainsi que le conseil de famille. Si l'enfant s'est marié sans ce consentement, son mariage est nul. Les ascendants doivent encore être consultés par l'enfant à tout âge; mais le défaut d'actes respectueux n'entraîne pas la nullité; le code ne la prononce pas, et il n'y a pas de nullité sans

(1) C'est le dire de Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 481, n° 3 de l'article 181.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 430, n° 218.
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 263, note 18, § 462.