de l'ascendant. Il est vrai que le consentement des ascendants est aussi exigé dans l'intérêt des enfants mineurs; mais les ascendants seuls ont qualité pour exercer cette magistrature de famille; les héritiers, comme tels, n'ont aucun droit d'intervenir. Portalis dit très-bien que les ascendants remplissent un devoir en demandant la nullité du mariage que leurs descendants ont contracté sans avoir été entourés de la protection que la loi entend leur assurer. C'est un devoir moral; or, les héritiers succèdent bien aux droits et aux obligations juridiques du défunt, mais ils ne sont certes pas tenus de remplir les devoirs moraux qui lui incombaient. Voilà pourquoi ils ne peuvent pas même continuer l'action intentée. On doit appliquer ici à fortiori ce que nous avons dit de la première nullité relative

(nºs 449 et 450).

459. L'enfant mineur s'est marié sans le consentement du conseil de famille. Il est certain que le conseil de famille peut demander la nullité du mariage : l'article 182 est formel. Il y a ici quelque chose de spécial. Pour savoir si l'ascendant peut agir en nullité, il faut se reporter à l'époque de la célébration du mariage; si l'ascendant qui à ce moment devait consentir meurt, l'action s'éteint. Il n'en est pas de même du conseil de famille. Peu importe quels sont les collatéraux qui, lors de la célébration du mariage, auraient été appelés à siéger au conseil; quand même ils seraient tous morts, au moment où l'action en nullité doit être intentée, le conseil n'en aurait pas moins qualité. En effet, ce ne sont pas tels collatéraux considérés individuellement qui doivent consentir; c'est un corps moral, qui représente la famille, et que, pour cette raison, on appelle le conseil de famille. Peu importe le changement des membres qui le composent, le corps moral reste toujours identique. C'est ce corps moral qui est appelé à consentir, et c'est ce même corps moral qui intente l'action en nullité de mariage.

460. L'enfant naturel se marie sans le consentement d'un tuteur ad hoc, soit qu'il n'y ait pas eu de nomination de tuteur, soit que le tuteur n'ait pas été consulté. Le mariage est-il nul, et qui peut demander la nullité? Quand

il n'y a pas de tuteur ad hoc, on s'accorde à dire que le mariage ne peut être attaqué par un tuteur qui n'existe pas. Le mineur pourrait-il agir, en ce cas? C'est ce que nous verrons à l'instant. Si un tuteur a été nommé, pourra-t-il demander la nullité du mariage? On décide généralement que non, parce que, dit-on, le pouvoir de ce tuteur ne survit pas à la célébration du mariage (1). Ce motif nous paraît contraire au texte bien précis de l'article 182, combiné avec l'article 159. L'enfant naturel ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement du tuteur qui lui a été nommé; donc le consentement de ce tuteur était requis; dès lors il doit, en principe, avoir le droit de demander la nullité. Dire que son pouvoir ne survit pas à la célébration, c'est une subtilité qui est en opposition avec le texte de la loi. Celui qui a pouvoir de consentir a par cela même pouvoir d'agir en nullité, quand son consentement n'a pas été demandé; donc son pouvoir subsiste jusqu'à ce que la question de nullité ait été vidée.

Mais il y a une autre objection plus sérieuse qui s'adresse au tuteur et à l'enfant naturel lui-même. Il n'y a pas de nullité sans texte; il faut que la loi prononce la nullité, et il faut que la loi détermine les personnes qui peuvent la demander. Or, l'article 182 parle seulement du mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille; il ne dit rien du mariage contracté sans le consentement du tuteur ad hoc. Le silence de la loi décide la question. Vainement Marcadé objecte-t-il que, dans la théorie du code, le défaut de consentement entraîne nullité. Cela est vrai, mais dans les limites du texte qui établit ce principe; or, ce texte est précisément l'article 182, et cette disposition ne mentionne pas le tuteur ad hoc. On prétend que l'article 182 prévoit le cas du mariage contracté sans le consentement du tuteur ad hoc, par ces mots le conseil de famille, le tuteur n'étant que le délégué du conseil de famille. Cette interprétation est inadmissible. L'article 159 ne dit pas que

<sup>(1)</sup> Demolombe, t. III, p. 448, nº 278. Marcadé, t. Ier, p. 483, article 182,

l'enfant naturel doit avoir le consentement du conseil de famille pour se marier, et il ne pouvait pas l'exiger, puisque l'enfant naturel n'a pas de famille. La loi ne dit pas même par qui ce tuteur sera nommé; on peut soutenir. c'est notre opinion, que la nomination doit se faire par le tribunal. Toujours est-il que le tuteur ad hoc n'est pas le délégué du conseil de famille; ce n'est pas le conseil de famille qui consent par l'organe du tuteur; dès lors le texte de l'article 182 devient inapplicable, et il n'y en a pas d'autre. Il faut donc dire que le mariage de l'enfant naturel ne peut être attaqué par personne. C'est l'opinion de Zachariæ, et elle est incontestable dès que l'on admet les principes posés par la cour de cassation en matière de nullité de mariage. L'opinion contraire est généralement enseignée. Mais ceux qui la professent sont inconséquents. Demante seul est logique; il fonde la nullité sur la forme prohibitive de l'article 159. Nous avons rejeté ce principe avec la cour de cassation; la question doit donc être décidée par l'article 182, et, placée sur ce terrain, elle n'est pas douteuse (1).

Nous avouons volontiers que notre opinion est peu juridique au point de vue de la théorie. L'enfant naturel mineur est incapable; donc le mariage qu'il contracte devrait être nul, s'il n'a pas obtenu le consentement que la loi exige pour couvrir son incapacité. Est-ce par oubli que le législateur n'a pas parlé de l'enfant naturel dans l'article 182? Ce ne serait pas la seule fois que le législateur aurait oublié les malheureux enfants que, dans un intérêt social, la loi punit pour la faute de leurs parents. Toujours est-il que, dans l'espèce, la doctrine à laquelle cet oubli conduit n'est pas aussi absurde qu'elle en a l'air. Qu'estce après tout que l'appui que l'enfant trouve dans un étranger nommé tuteur? Dans la réalité des choses, n'est-ce pas une simple formalité? Et fallait-il, pour l'inobservation d'une formalité indifférente, permettre l'annulation du mariage? Il est vrai que, dans notre opinion, l'ar-

faut ajouter Demante, Cours analytique, t. Ier, p. 355, nº 260 bis, III.

ticle 159 manque entierement de sanction. L'article 156 n'est pas applicable, car il ne mentionne pas le consentement du tuteur ad hoc. De là cette conséquence absurde, que l'officier de l'état civil sera passible d'une amende, en vertu de l'article 157, quand l'enfant s'est marié sans faire d'actes respectueux à ses père et mère, tandis qu'il n'est passible d'aucune peine s'il procède à la célébration du mariage de l'enfant naturel, sans que le consentement du tuteur ait été donné. Nous voudrions également une sanction, mais le défaut de sanction est-il aussi absurde qu'on le dit? L'acte respectueux s'adresse aux père et mère, il y a là un devoir moral à remplir; tandis que c'est un étranger qui, dans l'article 159, est appelé à consentir; il y a là une formalité, mais pas de devoir fondé sur les liens du sang.

461. La nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou de la famille peut être couverte. D'abord l'action ne peut plus être intentée, ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était nécessaire, quand le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était requis. Pourquoi la nullité est-elle couverte par la confirmation des ascendants ou de la famille? Parce qu'elle est considérée comme étant d'intérêt privé. C'est l'application des principes généraux qui régissent la matière des nullités. La confirmation peut être expresse ou tacite. Cela encore est en harmonie avec les principes sur la manifestation de la volonté. La loi ne définit pas la confirmation tacite; ce point est donc abandonné à l'appréciation du juge. Dans l'ancien droit, il a été jugé que le père qui est parrain d'un enfant né du mariage nul, est censé confirmer le mariage (1). Et sous l'empire du code, la cour de Trèves a porté la même décision dans le cas où le père avait assisté à l'acte de naissance (2). Il v a encore confirmation, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était nécessaire; ce délai court à partir du mo-

<sup>(1)</sup> Les auteurs sont cités dans Dalloz, au mot Mariage, n°s 488-489, II

<sup>(1)</sup> Pothier, Traité du contrat de mariage, nº 446. (2) Dalloz, Répertoire, au mot Mariage, nº 492.

ment où ils ont eu connaissance du mariage (art. 183). Deux conditions sont prescrites pour que l'action de l'ascendant ne soit plus recevable : il faut qu'il ait eu connaissance du mariage postérieurement à la célébration qui en a été faite sans son consentement : il faut ensuite que depuis qu'il en a eu connaissance, il ait gardé le silence pendant un an. Il ne suffit donc pas, pour repousser l'action de l'ascendant, de lui opposer qu'il a gardé le silence pendant un an, et même pendant des années; il faut établir qu'il a eu connaissance du mariage au moins pendant un an avant sa célébration. Dans la fameuse affaire Summaripa, la cour de Paris avait déclaré le père non recevable à attaquer le mariage que sa fille avait contracté VINGT-TROIS ans auparavant, à une grande distance du pays où il se trouvait alors; elle se fondait sur ce qu'on ne pouvait pas supposer que Summaripa eût ignoré pendant vingt-trois ans le mariage de sa fille, contracté publiquement. Cet arrêt a été cassé, parce qu'il ne prononçait pas d'une manière expresse que le père eût connu le mariage de sa fille plus d'un an avant qu'il intentât sa demande (1).

462. Quand le mariage a été confirmé par les parents dont le consentement était requis, les époux ne peuvent plus intenter l'action en nullité. Cette disposition de l'article 183 paraît d'abord contraire au principe qui régit la renonciation; chacun peut bien renoncer à un droit qui est établi en sa faveur, mais sa renonciation ne peut pas enlever aux tiers le droit qu'ils ont de se prévaloir de la nullité de l'acte. Aussi l'article 1338 dit-il que la confirmation ne préjudicie pas au droit des tiers. Pourquoi donc la confirmation des parents enlève-t-elle à l'enfant le droit d'agir en nullité? C'est une conséquence juridique du principe qui exige le consentement. Si l'enfant peut demander la nullité, c'est que les parents qui devaient consentir n'ont pas donné leur consentement. Or, la confirmation équivaut au consentement; donc, dès que les parents con-

firment, le vice qui rendait le mariage nul est effacé; le mariage, étant pleinement valable, ne peut plus être attaqué par personne. L'enfant ne peut se prévaloir de l'article 1338, car il n'a pas de droit à lui, il le puise dans le défaut de consentement des ascendants ou de la famille. Dès que les parents consentent, son droit tombe.

463. Le conseil de famille peut aussi confirmer le mariage qui a été célébré sans son consentement. En droit. il n'y a pas de doute, puisque l'article 183 comprend le conseil de famille dans le terme général de parents, et dans cette expression : ceux dont le consentement était nécessaire. Mais l'application donne lieu à des difficultés. D'abord on conçoit difficilement que le conseil de famille, qui est un corps moral, confirme tacitement; en effet, la renonciation individuelle des collatéraux ne serait pas une confirmation; ce n'est pas tel ou tel collatéral qui doit confirmer, c'est le conseil. Il faudra donc une délibération, prise dans la forme ordinaire. On conçoit plus difficilement encore que le conseil confirme par cela seul qu'une année s'est écoulée sans réclamation de sa part depuis qu'il a eu connaissance du mariage. Comment un corps moral acquiert-il connaissance d'un fait? Duranton dit que les parents sont présumés avoir cette connaissance au jour où s'est accomplie la majorité (1). Cela est tout à fait inadmissible. Y a-t-il une présomption sans loi? Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi et décider que le conseil, comme tel, doit avoir acquis connaissance du mariage. Cela peut arriver, si l'époux mineur demande l'autorisation du conseil pour les actes juridiques qu'il est dans le cas de passer.

464. L'époux qui avait besoin du consentement peut aussi confirmer le mariage. Aux termes de l'article 183, il n'est plus recevable lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Qu'entendon par âge compétent? Il faut vraiment y mettre du bon vouloir, pour trouver là matière à controverse. Rien de plus clair que le texte de l'article 183: l'époux a l'âge

<sup>(1)</sup> Merlin, Répertoire, au mot Mariage, section VI, § 2, article 182, 1re question. Comparez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot Mariage, 2014

<sup>(1)</sup> Duranton, Cours de droit français, t. II, p. 254, nº 303.

compétent pour consentir par lui-même au mariage quand il a vingt et un ans, si c'est la femme, et vingt-cinq ans, si c'est l'homme. Voilà ce qu'un enfant répondrait à notre question. C'est vraiment rendre mauvais service à la science du droit que d'élever des controverses sur des points qui sont plus clairs que la lumière du jour. Mais de ce qu'il a plu à Toullier de contester ce qui est incontestable, nous ne nous croyons pas tenus de le combattre. Merlin a pris cette peine, et ce qu'il dit est sans réplique(1). Remarquons seulement que, dans une question aussi évidente, Duranton fait plier le droit devant les faits, en disant que si un individu âgé de vingt-quatre ans confirmait son mariage, il serait probablement reçu avec défaveur dans sa demande en nullité, parce que les tribunaux ont une grande latitude pour accueillir les fins de non-recevoir (2). N'est-ce pas provoquer, pour ainsi dire, les juges à se mettre au-dessus de la loi? Non, ils n'ont pas une grande latitude, car la loi définit les cas où il y a confirmation, et il n'appartient pas à l'interprète de s'écarter de cette définition.

465. Peut-il y avoir une autre confirmation tacite que celle qui est définie qar l'article 183? Cette question est au moins controversable. Toullier croit qu'il faut appliquer au mariage le principe général posé par l'article 1338, d'après lequel il y a confirmation lorsque l'obligation est exécutée volontairement après l'époque à laquelle elle pouvait être valablement confirmée (3). Ainsi il y aurait un créancier et un débiteur en fait de mariage! Quelle conception! Non, la cohabitation volontaire des époux n'emporte pas par elle-même confirmation. Il suffit de lire le chapitre des nullités pour se convaincre que la loi suit des principes spéciaux en cette matière. L'article 181 admet la cohabitation, mais il faut qu'elle ait été continuée pendant six mois; et ce n'est pas comme exécution volontaire du contrat que la loi admet la cohabitation, sans cela il

eût suffi d'une cohabitation d'un jour; elle l'admet comme marquant l'intention de renoncer à l'action en nullité. Il faut donc s'en tenir aux textes. Or, l'article 183, après avoir dit que les parents peuvent confirmer le mariage expressément outacitement, ne répète pas cette disposition quand il s'agit de l'époux; la loi définit le cas dans lequel il y a confirmation tacite de sa part, et par cela seul qu'elle le définit, elle le limite. Tout ce que l'on peut concéder, c'est que la confirmation expresse est de droit, comme étant l'application d'un principe général sur la manifestation du consentement.

Notons encore que Duranton, après avoir établi que la loi n'admet qu'un cas de confirmation tacite, ajoute, comme d'habitude, cette réserve, que dans l'insuffisance de la loi sur ces points, les décisions des tribunaux, quoique rendues en droit, ne seraient probablement l'objet d'aucune censure de la part de la cour suprême (1). Quoi! une cour déciderait que la confirmation tacite est admise en matière de mariage, conformément à l'article 1338, et la cour de cassation maintiendrait cette décision, tout en trouvant que la loi est interprétée à faux! M. Demolombe se contente de dire qu'il ne serait pas surpris qu'en fait, si les circonstances étaient favorables, la cohabitation fût considérée comme une confirmation; mais il croit que l'article 183 ne permet pas de l'admettre (2). Si la loi ne le permet pas, pourquoi supposer que les tribunaux le fassent? N'est-ce pas supposer que les tribunaux violent la loi, les faits et les circonstances aidant? Est-ce le fait qui domine le droit? ou est-ce le droit qui domine le fait?

466. La confirmation de l'époux éteint-elle l'action des parents? Non, le texte dit que la confirmation des parents éteint l'action de l'époux, ce qui est très-juridique. Mais il n'y a aucune raison pour décider que la renonciation de l'époux à un droit qui lui est accordé, prive les parents du droit qui leur appartient. Le droit des parents ne dépend pas de celui des enfants; leur autorité a été méprisée, il

<sup>(1)</sup> Merlin, Répertoire, au mot Mariage, section VI, § 2, article 183, 2 question.

 <sup>(2)</sup> Duranton, Cours de droit français, t. II, p. 263, nº 310.
(3) Toullier, Le Droit civil français, t. Ier, p. 516, nº 616.

 <sup>(1)</sup> Duranton, Cours de droit français, t. II, p. 267, nº 312
2) Demolombe, Cours de code Napoléon, t. II, p. 470, nº 283