faut qu'ils puissent la faire respecter ; ils doivent donc avoir le droit d'agir en nullité. Il y a cependant un motif de douter. L'époux confirme quand il a atteint l'âge où il peut consentir par lui-même au mariage. Or, sa confirmation ne vaut-elle pas consentement? et puisque son consentement suffit alors pour valider le mariage, peut-on permettre aux parents de le faire annuler? A peine annulé, le mariage pourrait être célébré malgré les parents! Ne serait-ce pas se jouer des nullités? Sans doute le législateur aurait pu prendre ces raisons en considération, et décider que l'action des ascendants serait éteinte par la majorité de l'enfant. Mais la question est de savoir si le législateur l'a fait. M. Demolombe le dit (1). Qu'on veuille bien nous montrer le texte qui déclare l'action des parents éteinte par la majorité des enfants! Si les enfants ont leur droit, les parents ont le leur. Il faudrait une décision formelle pour subordonner le droit des parents à celui des enfants. Des raisons ne suffisent pas. La loi ouvre l'action ; à elle seule il appartient de l'éteindre.

SECTION III. — Des nullités absolues.

§ Ier. *De l'impuberté.*

467. L'impuberté est une cause de nullité absolue (art. 184), parce que c'est pour des motifs d'ordre public et d'intérêt social que la loi exige un certain âge pour se marier. Toutefois cette cause de nullité n'est pas aussi grave que l'inceste et la bigamie ; l'impuberté cesse nécessairement, elle peut même ne plus exister de fait, quoique la loi la présume, tandis que l'infamie et le crime subsistent toujours. De là résulte que la nullité résultant de l'impuberté a des caractères spéciaux qui en font une nullité à part, absolue en un sens, relative en un autre sens.

Le mariage peut être attaqué, dit l'article 184, par les *époux eux-mêmes*, donc sans distinction par l'époux impubère et par l'époux pubère, alors même que celui-ci aurait

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 472, n° 291.

connu l'âge de son conjoint. Duranton dit que la question peut être sérieusement controversée quant à l'époux impubère. Lui-même donne cependant des motifs péremptoires pour l'affirmative, qui est, du reste, l'opinion générale. L'article 183, qui ouvre l'action, dit : les *époux eux-mêmes*. Y a-t-il une disposition qui fasse exception à ce texte général? Non; eh bien, dès lors la question est décidée. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. La loi veut ouvrir l'action à tous les intéressés, parce que la nullité est d'intérêt public, et le législateur a pensé que plus il y aurait de chances d'annulation, moins les futurs époux seraient disposés à se mettre au-dessus de la loi. Il est vrai que l'article 186 déclare non recevables les parents qui ont consenti au mariage, et les époux aussi ont consenti. Mais quelle différence entre des parents qui ont l'expérience de l'âge et les époux dont l'un est encore un enfant, et qui tous deux ont pour excuse l'entraînement de la passion! L'impubère peut encore invoquer le principe qui permet à l'incapable de se prévaloir de son incapacité; la loi le permet même dans les nullités relatives (art. 182); à plus forte raison devait-elle le permettre quand il s'agit d'une nullité absolue. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour mettre hors de toute controverse un point qui est décidé par le texte même de la loi (1).

468. Ces conséquences tiennent au caractère absolu de la nullité d'impuberté ; en voici qui découlent du caractère relatif de cette nullité. Elle peut se couvrir dans deux cas, tandis que les nullités absolues ne se couvrent jamais, pas même par la prescription. Le mariage ne peut plus être attaqué pour cause d'impuberté, dit l'article 185, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux qui n'avait pas l'âge *requis* a atteint l'âge compétent. Portalis nous dira les raisons de cette disposition spéciale : « Le défaut d'âge est réparable. Il serait donc absurde qu'il servît de prétexte pour attaquer un mariage, lorsqu'il s'est déjà écoulé un délai de six mois, après que les époux auraient atteint l'âge compétent. Alors la nullité n'existe

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 272 et suiv., nos 315 et 316.

plus : l'effet ne doit pas survivre à sa cause. » On peut même s'étonner que la loi permette d'attaquer le mariage dans ce délai de six mois. Portalis répond à l'objection, que la loi doit donner un délai utile pour exercer l'action.

Que faut-il entendre, dans l'article 185, par les mots *âge compétent?* Cette question est si simple, dit Merlin, et la solution en est si facile, qu'il y a lieu de s'étonner qu'elle ait fait la matière d'un procès. L'article 185 appelle encore l'*âge compétent*, l'âge *requis ;* et quel est l'âge *requis*, alors qu'il s'agit de puberté? On est honteux de poser la question, puisqu'il suffit de lire l'article 144 pour y trouver la réponse. Cependant la question a été portée jusque devant la cour de cassation. La cour suprême donna une leçon à ces plaideurs téméraires, en décidant que l'âge compétent dont parle l'article 185 est *évidemment* l'âge fixé par l'article 144 (1).

On demande encore s'il faut que pendant six mois la femme ait cohabité avec son mari, si c'est elle qui n'avait pas l'âge compétent. La réponse se trouve dans le code; il n'exige pas cette condition; et l'interprète peut-il établir des conditions que la loi ne prescrit point (2)? Ajoutons qu'il n'y avait aucune raison d'exiger la cohabitation. Ceci est le point important de la question. Quand la loi veut la cohabitation, c'est comme une marque de l'intention que les époux ont de confirmer leur mariage (art. 181). S'agit-il, dans l'article 185, de confirmer le mariage? Du tout, la confirmation ne se conçoit même pas, puisque la nullité est absolue, c'est-à-dire d'intérêt public; l'époux peut ne pas intenter l'action qui lui appartient, mais il ne peut pas renoncer à une action qui est établie, non dans son intérêt, mais dans l'intérêt de la société. Pourquoi donc l'époux qui garde le silence pendant six mois est-il non recevable? C'est une question de prescription, comme le dit Portalis; quand la loi accorde une action, il faut bien qu'elle détermine un délai dans lequel l'action doit être intentée.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 185, 1re question.

(2) C'est l'opinion générale, Proudhon seul est d'un avis contraire (Dalloz cite les auteurs, au mot *Mariage*, n° 533).

469. On demande si l'époux qui a atteint l'âge compétent peut confirmer le mariage, soit expressément, soit tacitement. Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Confirmer, c'est renoncer à un droit accordé par la loi. La renonciation se conçoit quand il s'agit d'un intérêt privé; elle est impossible quand il s'agit d'un droit d'intérêt général, Or, la nullité fondée sur l'impuberté étant absolue, est par cela même d'intérêt général, ce qui décide la question. Les auteurs distinguent entre la confirmation tacite et la confirmation expresse; ils sont presque unanimes à repousser la confirmation tacite, parce qu'ils considèrent le silence de l'époux pendant le délai de six mois comme une confirmation tacite ; ce qui, en matière de nullité de mariage, impliquerait l'intention de ne pas admettre d'autre confirmation tacite (1). C'est, à notre avis, une mauvaise raison, car le délai de six mois n'est pas une confirmation, mais une prescription. Sur la confirmation expresse, il y a controverse. Si l'on admettait, en cette matière, le principe de la confirmation, il faudrait décider que la confirmation expresse est valable comme étant de droit commun. Mais nous nions le principe. On objecte que l'époux arrivé à l'âge compétent peut contracter un mariage valable; on en conclut que l'approbation qu'il donne au mariage qu'il a contracté, alors qu'il était impubère, équivaut au consentement qu'il donnerait à un nouveau mariage. Cela serait très-juste si la nullité était relative, c'est-à-dire d'intérêt privé. Mais quand l'intérêt social est en cause, il n'est plus vrai de dire que la confirmation efface le vice. Vainement dira-t-on que le vice n'existe plus, que l'impubère étant devenu pubère, le mariage doit être valable, s'il est confirmé; Portalis n'a-t-il pas dit que l'effet ne peut survivre à la cause? Notre réponse est écrite dans la loi; elle n'admet pas le principe, formulé par Portalis, d'une manière absolue; dès que l'époux est devenu pubère, la cause de la nullité cesse et néanmoins l'action en nullité n'est pas éteinte; pour qu'elle le soit, il faut que tous les intéressés gardent le silence pendant six mois.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 369, n° 268 *bis*, I.

Après tout, la confirmation donnée par l'époux serait inutile, en supposant même qu'elle pût se faire. Elle est inutile quant à l'époux; s'il ne veut pas attaquer le mariage, il n'a qu'à garder le silence pendant six mois. Elle est surtout inutile à l'égard des autres parties intéressées. Il est impossible d'admettre, avec M. Demolombe, que la confirmation expresse de l'époux éteindrait l'action du ministère public et des autres intéressés. Lui-même hésite. « Je serais bien tenté de dire, même alors, dit-il, que l'effet ne doit pas survivre à sa cause (1). » Ce motif de douter est à l'adresse du législateur; quant à l'interprète, il est en face d'une nullité absolue, d'intérêt social; conçoit-on que le ministère public, qui a six mois pour agir, soit déclaré non recevable parce que l'époux a confirmé le mariage? Cela est contraire aux principes, et cela est aussi contraire au texte de l'article 185. La loi ouvre une action à tous ceux qui y ont intérêt, ainsi qu'au ministère public (art. 184); elle donne à tous six mois pour agir; dès lors son action ne peut pas être entravée par l'époux. Le législateur seul, qui donne l'action, peut l'éteindre (2).

470. La nullité est encore couverte « lorsque la femme qui n'avait pas l'âge compétent a conçu avant l'échéance de six mois (art. 185). » Portalis dit que la loi ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature; la fiction doit céder à la réalité. Que faut-il entendre par ces mots de l'article 185 : *avant l'échéance de six mois?* Portalis dit que ce sont les six mois donnés pour exercer l'action en nullité (3), c'est-à-dire les six mois dont il est parlé dans le n° 1 de l'article 185. Il eût été plus correct de dire : *des* six mois. Mais il n'y a aucun doute sur le sens de la loi.

Si la femme avait l'*âge requis*, si elle était pubère, tandis que le mari est impubère, la grossesse de la femme ne produirait pas de fin de non-recevoir contre le mari. Le texte est formel, et la raison de la différence que la loi met entre le mari impubère et la femme impubère, est

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 507, n° 318.
(2) Notre opinion est celle de Vazeille, *Traité du mariage*, t. Ier, p. 383, n° 247, et de Zachariæ, édition Vergé et Massé, t. Ier, p. 204, note 20.
(3) Exposé des motifs, n° 46 (Locré, t. II, p. 393).

sensible. Quand la femme conçoit avant l'expiration du délai de six mois, il est certain qu'elle est pubère, la grossesse étant un fait qui peut se prouver avec le même degré de certitude que les faits en général. Il n'en est pas de même de la puberté du mari. De ce que sa femme conçoit, on ne peut pas conclure que lui soit pubère; la paternité est toujours incertaine, et elle l'est surtout quand le mari n'a pas atteint l'âge de puberté légale.

471. Aux termes de l'article 186, le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté par un impubère, ne sont point recevables à en demander la nullité. Pourquoi la loi les déclare-t-elle non recevables? Est-ce parce que leur consentement est considéré comme une confirmation? Non, c'est une espèce de peine. « Il ne faut pas, dit Portalis, qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être joués des lois. » On a dit qu'il résulte de cette disposition, que l'action en nullité des parents appelés à consentir au mariage est un droit illusoire. En effet, s'ils ont donné leur consentement, ils ne peuvent plus agir. Ne l'ont-ils pas donné, ils ont l'action en nullité pour défaut de consentement; dès lors à quoi bon l'action en nullité pour défaut d'âge? M. Valette répond avec raison que cette dernière action leur sera utile, si la première est prescrite, et elle se prescrit par un an depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage (art. 182 et 183). Elle le sera encore, même dans le cas où les ascendants auraient consenti au mariage; s'ils meurent, l'action pourra être exercée par les ascendants qui n'auront pas donné leur consentement (1), car la nullité étant d'ordre public, elle appartient à tous les ascendants; tous ont un intérêt moral à ce que leurs descendants ne vivent pas dans une union que la loi réprouve dans l'intérêt de la société.

Que faut-il dire si les ascendants qui ne sont pas appelés à consentir au mariage, l'ont néanmoins approuvé? Cette approbation les rendra-t-elle non recevables? Il est évident

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 438, note.

qu'on ne peut pas leur opposer l'article 186; ils n'ont pas *consenti* au mariage de l'impubère; on ne peut pas dire d'eux qu'ils se sont joués de la loi, puisque la loi ne leur donnait aucune mission. On ne pourrait donc les déclarer non recevables que si l'on considérait leur approbation comme une confirmation. Mais la nullité étant d'intérêt général, il n'y a pas lieu à effacer le vice par une confirmation quelconque. L'approbation que les parents donneraient au mariage serait donc inopérante (1).

§ II. *De la bigamie.*

472. C'est la plus grave de toutes les causes de nullité, puisqu'elle constitue un crime. Mais ce caractère de l'action en nullité fondée sur la bigamie donne lieu à une difficulté. Le crime se prescrit; aux termes de l'article 637 du code d'instruction criminelle, l'action publique et l'*action civile* résultant d'un crime se prescrivent après dix années révolues, à compter du jour où le crime a été commis. Faut-il conclure de là qu'après dix ans l'action en nullité ne peut plus être intentée? Au premier abord, on serait tenté de le croire. L'action ne naît-elle pas du crime? n'est-ce donc pas une action civile dans le sens de la disposition que nous venons de citer? Merlin répond parfaitement à l'objection. Non, la demande en nullité du mariage n'est pas une action civile, dans le sens du code d'instruction criminelle. L'action civile tend à réparer le dommage résultant d'un délit; c'est une action en dommages-intérêts, fondée sur l'article 1382, lequel oblige tous ceux qui causent un dommage par leur fait à le réparer. Est-ce que la demande en nullité de mariage, quand il y a bigamie, est une action en dommages-intérêts? Non, certes. Ce n'est pas un intérêt d'argent qui est en cause, c'est un intérêt social. Vainement dit-on que la société est désintéressée quand le crime est prescrit, puisque l'action publique est éteinte. On répond, et la réponse est péremptoire, que la demande en nullité ne se fonde pas sur le code pénal; elle découle de l'article 147, qui porte que l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Qu'importe donc que le bigame ne puisse plus être puni? Il n'en est pas moins vrai qu'il est engagé dans les liens de deux mariages, ce qui donne ouverture à la demande en nullité (1). La jurisprudence est conforme à cette doctrine (2). A vrai dire, il n'y a pas même de question.

(1) Demolombe, t. III, p. 513, n° 322. Voyez, en sens contraire, Vazeille, *du Mariage*, t. Ier, n° 244, p. 378.

473. Le demandeur qui agit en nullité doit prouver l'existence du premier mariage, car c'est là le fondement de sa demande. Il y a un arrêt contraire de la cour de Paris. Une action en divorce était intentée pour cause d'adultère par le mari contre sa femme. Celle-ci opposa la nullité de son mariage, fondée sur ce que son mari était engagé dans les liens d'un premier mariage quand il en avait contracté un second. Le mari avoua sa première union, mais soutint qu'elle était irrégulière et qu'elle avait été dissoute. La cour de Paris admit la nullité du second mariage, sans que l'existence du premier eût été légalement constatée (3). Merlin a raison de s'élever contre cette décision; elle favoriserait le divorce par consentement mutuel et par fraude à la loi. Cela prouve que les tribunaux ont tort de s'écarter de la rigueur des principes.

De son côté, le défendeur peut opposer la nullité du premier mariage; dans ce cas, dit l'article 189, la validité ou la nullité du premier mariage doit être jugée préalablement. C'est une question préjudicielle. Il est très-vrai que, malgré la nullité du premier mariage, le second a été contracté illégalement; car le mariage, bien que nul, produit ses effets tant qu'il n'a pas été annulé. Mais si, malgré cet empêchement, le mariage a été célébré, la loi le maintient si la nullité du premier est démontrée. L'époux est coupable, mais l'intérêt de la société l'emporte sur sa faute; il faut éviter les annulations inutiles, et dans l'es-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 184, 5e question.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 524.
(3) Arrêt du 2 décembre 1816 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 545).

pèce l'annulation serait dérisoire, puisque les époux pourraient contracter un second mariage après avoir fait annuler le premier. Mieux vaut maintenir leur union.

§ III. *De l'inceste.*

474. L'inceste n'est pas un crime, mais c'est une action honteuse; il importe que le mariage incestueux soit annulé, afin d'assurer la pureté des mœurs dans le sein des familles. Toutefois, il y a des empêchements dérivant de la parenté ou de l'alliance qui peuvent être levés par des dispenses. Sous ce rapport, l'inceste est un vice moins grave que la bigamie. Faut-il en conclure que la dispense qui serait accordée postérieurement au mariage empêcherait l'action en nullité? Dans l'ancien droit, l'on admettait cette fin de non-recevoir, et en théorie on pourrait la soutenir. Le projet de code allait plus loin, il refusait l'action en nullité dans les cas où il y avait lieu à dispense. Cette disposition fut rejetée, et avec raison. Le législateur doit se montrer sévère, parce que la sévérité est le seul frein contre les liaisons immorales et honteuses que le relâchement de la loi favoriserait nécessairement. C'est donc en vain que l'on dirait que, la dispense levant l'empêchement, il faut appliquer la maxime que, la cause cessant, l'effet doit cesser. La cause ne cesse pas, en ce sens que l'intérêt des bonnes mœurs exige une sanction sévère, et il n'y en a pas d'autre que l'annulation. On objecte que la prohibition qui n'est établie que sauf dispense est conditionnelle, que la dispense étant accordée, la condition rétroagit (1). Défions-nous des conditions que l'on imagine pour le besoin de la cause. L'empêchement est fondé sur un intérêt moral, le plus grand de tous les intérêts sociaux : qui oserait dire que cet intérêt disparaît quand il y a dispense? Demante avoue que ce serait une doctrine dangereuse; il faut dire plus, elle est aussi illogique qu'immorale.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 368, n° 267 *bis*, I. Comparez Demolombe, t. III, p. 523, n° 334.

§ IV. *De la clandestinité.*

N° 1. DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

475. L'article 165 dit que le mariage sera célébré publiquement. Quand les formalités prescrites par la loi pour assurer la publicité du mariage n'ont pas été remplies, il y a vice de clandestinité. Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage secret. Dans l'ancien droit, le mariage que l'on affectait de tenir secret jusqu'à la mort de l'un des conjoints était privé des effets civils. La déclaration de 1639 parle de ces mariages avec un grand mépris : ils ressentent plutôt la honte d'un concubinage, dit le législateur, que la dignité d'une union légitime (1). Portalis nous explique les motifs de la défaveur qui frappait des mariages que l'on supposait néanmoins légalement contractés : on voulait prévenir les alliances inégales qui blessaient l'orgueil des grands noms ou qui ne pouvaient se concilier avec l'ambition d'une grande fortune. L'orateur du gouvernement dit que ces considérations n'auront plus d'influence dans les mœurs nouvelles (2). Il arrive parfois que les époux cherchent à tenir leur mariage caché, ce qui est très-compatible avec la publicité qui entoure la célébration du mariage; un mariage contracté à l'étranger peut être public, et cependant être ignoré là où les époux vont s'établir. Il est évident que ce mariage produira tous ses effets civils; notre législation ne connaît plus de mariages secrets, en ce sens qu'aucune peine n'est attachée au secret dont les époux auraient trouvé bon de couvrir leur union. Un arrêt de la cour d'Agen décide qu'un mariage valablement contracté, bien que constamment tenu secret par les époux et resté ignoré des tiers, produit tous ses effets entre les époux; mais l'arrêt ajoute que le mariage ne peut être opposé aux tiers qui ont pu et dû l'ignorer (3). Cela est vrai, avec une

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 426.
(2) Exposé des motifs, n° 38 (Locré, t. II, p. 389).
(3) Arrêt du 18 novembre 1822 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 385, 2°).