donne à l'appréciation du juge. Doit-on admettre le même principe pour l'incompétence? Au premier abord, la question paraît absurde. Il y a des degrés dans la publicité et dans la clandestinité; un mariage peut être plus ou moins public, plus ou moins clandestin. Mais peut-on dire d'un officier public qu'il est plus ou moins incompétent? Il n'y a pas là de nuances, il n'y a pas de question de fait, il y a une question de droit : l'officier civil est compétent ou il ne l'est pas. S'il ne l'est pas, il y a vice, cause de nullité, et rien, dans ce cas, ne peut être abandonné au pouvoir discrétionnaire du magistrat. Cependant il est certain que l'article 193 donne au juge le même pouvoir pour l'incompétence que pour le défaut de publicité. En effet, il parle de contraventions *aux règles* prescrites par l'article 165; or, cet article établit deux règles : la célébration publique et la présence de l'officier civil du domicile de l'une des parties. Mais comment expliquer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans une matière qui paraît exclure toute appréciation des faits? Le juge peut-il décider que l'officier civil est compétent, alors que réellement il est incompétent? C'est ici le cas de rappeler la remarque de Demante et la théorie de Marcadé. En tant que la compétence se lie à la publicité, on conçoit que le juge ait un pouvoir d'appréciation. Si un officier civil célèbre hors de sa commune le mariage de deux personnes qui sont domiciliées dans cette commune, il y a incompétence territoriale, et par suite une cause de nullité. Mais supposons que la célébration ait eu lieu à la maison de campagne de l'une des parties, dans un lieu où elle est parfaitement connue, où la publicité a été entière, le juge maintiendra le mariage. Si, au contraire, il y avait dans le fait de la célébration hors de la commune une intention de clandestinité, il pourrait l'annuler. Dans le cas d'incompétence personnelle, il y a une raison de plus pour donner au juge un pouvoir d'appréciation. La doctrine est toujours divisée sur la question de savoir si le mariage peut être célébré au domicile de droit ou s'il doit l'être au domicile de fait. Annulera-t-on un mariage s'il a été célébré au domicile de droit? Non, certes. Mais si les parties n'avaient aucun

domicile là où le mariage a été célébré, le juge pourrait prononcer la nullité (1).

Que faudrait-il décider s'il y avait tout ensemble incompétence personnelle et incompétence territoriale? Merlin dit que dans ce cas il y aurait nullité absolue; l'officier civil ne serait plus qu'un simple particulier, et partant sans qualité aucune pour célébrer le mariage (2). Cette décision nous étonne. Merlin enseigne que l'incompétence territoriale n'est pas une cause de nullité; il n'y a donc, en réalité, qu'une seule incompétence à raison des personnes; or, cette cause de nullité est abandonnée à l'appréciation du juge par l'article 193. Alors même qu'il y aurait un double vice à raison de l'incompétence personnelle et territoriale de l'officier public, il faudrait encore admettre, en droit, le pouvoir discrétionnaire du juge, car l'article 193 ne distingue pas.

§ V. *Y a t-il d'autres causes de nullité?*

484. Si l'on admet le principe posé par la cour de cassation, la question ne peut pas même être posée. Il n'y a pas d'autres nullités que celles qui sont établies dans le chapitre IV de notre titre, donc il ne saurait y avoir de nullité virtuelle résultant des termes prohibitifs ou irritants de la loi; l'empêchement sera simplement prohibitif, mais non dirimant.

Il y a un de ces empêchements au titre du Mariage. La femme, dit l'article 228, *ne peut* contracter un nouveau mariage *qu'après dix mois* révolus depuis la dissolution du mariage précédent. Si le mariage avait été célébré malgré cette prohibition, pourrait-il être annulé? La négative est admise par tout le monde, même par ceux qui repoussent le principe de la cour de cassation (3). Il est donc inutile d'insister (4).

(1) C'est l'opinion commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (Dalloz, au mot *Mariage*, nos 561 et 562.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI. § 2, article 191, 2e question.

(3) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 360, n° 260 *bis*, IV. Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 405.

(4) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, nos 969 et 967)

Au titre du Divorce, la loi établit plusieurs empêchements. Nous les avons fait connaître (n° 366). Sont-ils prohibitifs ou dirimants? L'opinion commune est qu'ils ne sont que prohibitifs. D'après le principe de la cour de cassation, cela ne fait pas même de doute. Il y a des auteurs qui admettent la nullité, notamment dans le cas de l'article 298. La loi met une énergie singulière à prohiber le mariage, quand le divorce est prononcé pour cause d'adultère : elle dit que « l'époux coupable ne pourra *jamais* se marier avec son complice. » Certes, comme sanction de cette prohibition si irritante, le législateur aurait dû prononcer la nullité. Nous regrettons qu'il ne l'ait pas fait, car la conscience se soulève contre le scandale d'un mariage aussi immoral. Mais l'interprète peut-il combler la lacune? Nous ne le croyons pas, car il devrait faire la loi; il devrait décider si la nullité est absolue ou relative ; il devrait décider par qui elle peut être demandée, si elle peut se couvrir, dans quel délai l'action doit être intentée. Le législateur ayant gardé le silence sur tous ces points, il nous paraît impossible d'admettre l'action en nullité. Vainement dit-on que l'article 298, placé au titre du Divorce, ne peut pas être régi par le chapitre IV du titre du Mariage (1). Nous avons répondu d'avance à l'objection. Si le législateur avait voulu admettre des nullités non prévues par le chapitre IV, il aurait dû les organiser, comme il l'a fait pour les nullités que ce chapitre établit. Il l'aurait fait, si son intention avait été de sanctionner, par la peine de nullité, les empêchements résultant du divorce. Donc par cela seul qu'il ne l'a pas fait, il faut conclure qu'il n'y a pas de nullité (2).

Nous disons la même chose des empêchements qui découlent de l'adoption (art. 348). Il y a cependant ici une raison de douter. L'article 348, peut-on dire, ne fait qu'appliquer à la parenté adoptive les prohibitions établies par les articles 161, 162 et 163 pour la parenté

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 407, note *b*.
(2) Jugement du tribunal d'Anvers du 29 avril 1864 (Dalloz, *Recueil*, 1864, 3, 45).

naturelle; de là suit qu'il y a nullité, non pas en vertu de l'article 348, mais en vertu des articles 161 et 184. Mais on répond, et la réponse est péremptoire, que la parenté résultant de l'adoption est une parenté fictive; or, appartient-il à l'interprète d'appliquer à la fiction ce que la loi dit de la réalité? Non, car ce serait étendre des nullités; cela ne se peut pas, surtout en matière de mariage. Sans doute, il y a de l'analogie entre la parenté fictive et la parenté naturelle; il y a de graves motifs de morale qui ont engagé le législateur à établir les prohibitions de l'article 348; mais des motifs de morale ne suffisent pas pour annuler un mariage. Il y a aussi des motifs d'ordre public qui s'opposent à l'annulation des mariages. C'est au législateur à décider quels sont les motifs qui doivent l'emporter. Telle est l'opinion commune (1).

485. Le mariage contracté par procureur est-il nul? Nous avons enseigné que le mariage ne peut pas être célébré par procureur; mais s'il l'a été, pourra-t-il être annulé? L'affirmative est consacrée par un arrêt de la cour de Bastia (2). Il se fonde sur un principe incontestable, c'est que le consentement des futurs époux doit être exprimé au moment solennel où leur union est célébrée. Or, une procuration prouve bien que, lorsqu'elle a été donnée, la personne absente avait l'intention de contracter mariage, mais elle ne garantit pas que cette intention ait persisté au moment de la célébration. Ici, il y a erreur, à notre avis. La volonté manifestée par le mandat subsiste aussi longtemps que le mandant ne l'a pas révoquée; par cela seul qu'il ne la révoque pas, il y a volonté au moment où le mariage se célèbre. Tout ce que l'on peut discuter, c'est si cette volonté a été exprimée dans les formes prescrites par la loi, et si, à raison de l'inobservation de ces formes, le mariage est nul. Nous n'admettons pas la nullité parce que la loi ne la prononce pas.

Il y aurait plus que nullité, il y aurait inexistence du mariage si la procuration avait été révoquée et si le man-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 526, n° 338.
(2) Arrêt du 2 avril 1849 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1849, 2, 80).

dataire avait donné son consentement, dans l'ignorance de cette révocation. En effet, dans ce cas, il n'y aurait pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de mariage. Il va sans dire que l'on ne pourrait pas, dans l'espèce, appliquer l'article 2005, d'après lequel la révocation du mandat notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation (1).

486. Marcadé a imaginé une nouvelle cause de nullité. Il suppose qu'une jeune personne, attachée à la religion catholique, accepte la main d'un jeune homme qui fait profession de la même foi. Après la célébration civile du mariage, le mari refuse de faire bénir son union par l'Eglise. La femme, dit Marcadé, pourra demander la nullité du mariage pour erreur sur la personne. Il y a, en effet, erreur sur une qualité principale de la personne, puisque la femme a cru et voulu épouser un homme ayant au moins quelques sentiments religieux, tandis que son mari pousse l'hostilité contre le catholicisme jusqu'à l'impiété. Nous citons presque textuellement les paroles de l'auteur, pour qu'on ne croie pas que nous voulons nous moquer de lui. Nous respectons les croyances que nous ne partageons pas, et nous n'approuvons certes pas la conduite du jeune homme qui déguise ses sentiments en jouant le catholique. Mais la question est une question de droit. Pour ne pas trouver la décision trop absurde, il faut se rappeler la doctrine enseignée par Marcadé sur le sens de l'article 180. Il suffit, d'après lui, qu'il y ait erreur sur la qualité pour que le mariage soit nul. Nous ne rentrerons pas dans le débat. Il nous semble que l'application que Marcadé fait de son principe n'est pas de nature à le recommander. Il y aurait erreur sur la personne si, au lieu d'un catholique, on épousait un libre penseur! Décidément cela n'est pas sérieux.

La question s'est présentée devant la cour de Montpellier. Un mariage célébré en 1815 n'avait pas été suivi de la solennité religieuse; la femme refusa de cohabiter avec

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 307, note 23, § 467.

son mari. En 1846, elle demanda une pension alimentaire. Le mari répondit qu'il était prêt à recevoir sa femme chez lui, que dès lors il n'y avait pas lieu de lui payer une pension. Cela supposait la validité du mariage. La cour accueillit cette défense et décida que le refus du mari de célébrer le mariage religieux serait *peut-être tout au plus* une injure grave, qui pourrait autoriser une demande en séparation de corps. La cour rejeta donc implicitement la singulière théorie de Marcadé (1).

La même question a été agitée devant la cour de Lyon; elle a décidé en termes formels que la circonstance que les époux n'auraient pas reçu la bénédiction nuptiale ne peut autoriser l'annulation d'un mariage régulièrement contracté (2).

§ VI. *De l'action en nullité.*

487. Qui peut intenter l'action en nullité quand elle est absolue? « Tout mariage, répond l'article 184, contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. » L'article 191 reproduit le même principe pour le cas de clandestinité : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. »

488. La loi place en première ligne les époux, sans distinguer l'époux qui est en faute de celui qui est innocent et de bonne foi. Nous en avons dit la raison. La société est intéressée à ce que les mariages contractés au mépris de l'ordre public soient annulés. Dès lors, on ne peut plus objecter au demandeur la maxime que personne

(1) Arrêt du 4 mai 1847 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 2, 83).
(2) Arrêt du 10 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 211).