que le mariage soit annulé, quand la nullité est d'ordre public; voilà pourquoi elle fait appel à tous les intérêts, à l'intérêt moral de la famille, à l'intérêt pécuniaire de ceux qui n'ont pas le droit d'agir au nom de la famille. La loi étant générale, et dans son texte et dans son esprit, il faudrait une disposition formelle pour qu'on pût la restreindre. On oppose l'article 187 qui applique le principe général de l'article 184, en expliquant ce qu'il faut entendre par « ceux qui y ont intérêt; » or, l'article 187 ne parle que des collatéraux et des enfants nés d'un autre mariage, il restreint donc, dit-on, la disposition générale de l'article 184. La cour de Douai a jugé en ce sens : elle pose comme principe, résultant des articles 184 et 187, que la nullité ne peut être demandée que par la famille et par le ministère public; la cour écarte les tiers créanciers, bien qu'ils aient un intérêt pécuniaire, parce qu'il ne convient pas qu'au nom d'un intérêt d'argent, on porte le trouble dans les familles et qu'on lèse des droits acquis. Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême décida que l'arrêt avait fait une juste application des principes tracés par le chapitre IV de notre titre (1). Cette décision n'a pas grand poids, car elle n'est réellement pas motivée; on n'y cite pas même les articles du code. Quant à la cour de Douai, elle affirme, mais elle ne prouve pas. De ce que l'article 187 ne parle que des collatéraux et des enfants, peut-on conclure qu'eux seuls ont qualité d'agir, au nom d'un intérêt né et actuel? Au point de vue des principes, la question n'en est pas une. Où est la différence entre l'intérêt pécuniaire d'un créancier et l'intérêt pécuniaire d'un collatéral? Si celui-ci peut agir, ce n'est pas parce qu'il est parent; en cette qualité, il n'a pas d'action; c'est uniquement parce qu'il a un intérêt né et actuel. Or, le créancier aussi a un intérêt né et actuel, il doit donc avoir le même droit.

Il y a cependant une difficulté de texte. On peut dire que si l'article 187 avait entendu accorder l'action aux

(1) Arrêt du 12 novembre 1839 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 514).

tiers créanciers, il aurait parlé en termes généraux des intéressés; s'il ne parle que des collatéraux et des enfants, c'est que, dans la pensée du législateur, l'action ne doit pas appartenir à d'autres personnes. L'argument est un de ces arguments *à contrario* tirés du silence de la loi, qui n'ont pas grande valeur quand ils sont contraires aux principes. Le silence de la loi ne prouve pas que la disposition soit restrictive; tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi est mal rédigée. Notre conclusion est que les créanciers peuvent agir, en vertu du principe général posé par l'article 184. Leur intérêt doit être né et actuel; l'article 184 ne le dit pas, mais cela résulte des principes généraux de droit; ils n'ont d'action qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire; or, par sa nature, l'intérêt pécuniaire est né et actuel. La loi le dit d'ailleurs des collatéraux (art. 187); à plus forte raison en est-il ainsi des tiers créanciers. Il a été jugé en ce sens que les créanciers du mari ont qualité pour attaquer le mariage de leur débiteur dans le but de faire tomber l'hypothèque légale de la femme (1).

495. Dans tous les cas de nullité absolue, l'action appartient au ministère public (art. 184 et 191). C'est une conséquence du principe que l'ordre public est intéressé à l'annulation des mariages, quand la nullité est absolue. L'article 190 règle l'exercice du droit qui appartient au ministère public; dans les cas prévus par l'article 184, il « *peut et doit* demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer. » Quel est le sens de cette singulière expression *peut et doit?* L'opinion commune est que, dans les cas prévus par l'article 184, le ministère public est obligé d'agir, et cela se comprend, dit-on, car il s'agit de l'impuberté, de la bigamie et de l'inceste, c'est-à-dire de causes de nullité qui intéressent essentiellement l'ordre public. On oppose cette action obligatoire du ministère public à l'action facultative qui lui appartient en cas de clandestinité. « Tout mariage,

(1) Arrêt de la cour de Metz du 7 février 1854 (Dalloz, *Recueil*, 1854, 2, 217).

dit l'article 191, qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, *peut* être attaqué par le ministère public. » On conçoit que, dans ce cas, le procureur du roi ne soit pas tenu d'agir, car la clandestinité est de sa nature un vice qui n'a rien d'absolu comme l'inceste ou la bigamie; le juge a un pouvoir discrétionnaire pour l'admettre ou la rejeter, dès lors l'officier du ministère public doit avoir la même latitude pour intenter l'action ou ne pas l'intenter (1).

Sur ce dernier point, il ne saurait y avoir un doute. Le texte et l'esprit de la loi concourent pour rendre l'action du ministère public facultative, en cas de clandestinité. Mais est-il vrai que son action soit obligatoire quand il y a vice d'impuberté, de bigamie ou d'inceste? Si elle l'était, pourquoi la loi aurait-elle dit qu'il *peut* agir? S'il le *doit*, n'est-il pas de toute évidence qu'il le *peut*? Nous croyons que cette expression de l'article 190 se rapporte aux articles 187 et 188 qui le précèdent, et non à l'article 191 qui le suit. Voici la théorie de la loi. L'article 184 commence par donner l'action à toute partie intéressée. Puis viennent des dispositions qui expliquent en quoi consiste cet intérêt et quel droit il donne : les ascendants ont un intérêt moral, et par suite ils peuvent agir du vivant des époux : tandis que les collatéraux n'ont qu'un intérêt d'argent, lequel ne leur donne le droit d'agir qu'après le décès des époux. Quant au ministère public, il *peut* agir du vivant des époux, comme les ascendants, car il agit au nom d'un intérêt moral; et il *doit* aussi agir de leur vivant, car son action a pour objet de mettre fin au scandale qui naît d'un crime ou d'une action honteuse; dès lors, elle n'a plus de raison d'être après la mort des époux. Cette interprétation, basée sur le texte des articles 187, 188 et 191, est aussi fondée en raison. Le ministère public doit avoir une certaine latitude, car il n'agit pas au criminel, il agit au civil. Son action a pour but de rompre une union scandaleuse. Or, il peut n'y avoir aucun scandale. La bigamie est certes le vice le plus grave;

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 518.

néanmoins il se peut que ce vice soit ignoré du public; le procureur du roi va-t-il demander la nullité d'un mariage que l'époux blessé dans ses affections et dans ses intérêts n'attaque pas? Ne serait-ce pas faire naître le scandale, alors que sa mission est de le faire cesser? Il y a un crime sans doute, mais il y a aussi l'intérêt des enfants, il y a l'intérêt du second conjoint. Il faut que le ministère public ait le droit de peser toutes ces considérations et d'agir d'après les circonstances (1).

Cette opinion a pour elle l'autorité de Portalis, si grande en cette matière. « Le ministère public, dit-il, *peut* s'élever d'office contre un mariage infecté de quelqu'une des nullités qui appartiennent au droit public : l'objet de ce magistrat doit être de faire cesser le scandale d'un tel mariage, et de faire prononcer la séparation des époux. Mais gardons-nous de donner à cette censure, confiée au ministère public pour l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive, et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même. »

496. Il résulte des paroles que nous venons de transcrire que le ministère public ne doit pas agir quand il n'y a point de scandale. Faut-il en conclure qu'il n'a plus le droit d'agir, lorsque l'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, décède? C'est l'opinion commune (2). Il n'y a plus de scandale, dit-on. Le mariage pourrait avoir lieu, maintenant que la mort a rompu la première union; l'époux coupable cesse de vivre dans l'adultère et dans la bigamie. Tout cela est vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le ministère public fera bien de s'abstenir. C'est une règle de prudence que l'inter-

(1) C'est l'opinion de Zachariæ, t. III, § 461, p. 254, note 21.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 497, n° 310.

prête lui donne, mais il n'a pas le droit de créer une fin de non-recevoir contre l'action publique. Le législateur seul a ce droit; or, la loi ne dit pas que le ministère public est non recevable quand le scandale cesse. Cela décide la question.

497. On demande si le ministère public peut se pourvoir en appel contre un jugement qui a prononcé la nullité du mariage? L'annulation a été prononcée par suite d'une collusion frauduleuse des parties. Certes, la morale et l'honnêteté publiques exigent que, dans ce cas, le mariage soit validé, afin d'empêcher un divorce par consentement mutuel sous couleur d'une action en nullité de mariage. Mais le ministère public a-t-il le droit d'agir d'office en cette matière? Il est certain que le code civil ne lui donne pas ce droit. La loi du 24 août 1790 (titre VIII, art. 2) pose comme règle générale qu'au civil le ministère public agira « non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition dans les procès dont les juges auront été saisis. » Une conséquence évidente de ce principe est que le ministère public n'a le droit d'agir d'office en matière civile que dans les cas où une loi formelle le lui accorde. Le code consacre-t-il une de ces exceptions? Oui, répond Merlin, mais une seule, c'est qu'aux termes des articles 184 et 191, le ministère public peut demander la nullité du mariage. Cette exception confirme la règle. Donc le ministère public ne peut pas agir pour faire valider un mariage déclaré nul (1).

Cependant deux cours d'appel ont admis l'action du ministère public, en invoquant les articles 184 et 191, ces mêmes dispositions qui condamnent la doctrine que ces arrêts consacrent. Merlin critique vivement les décisions des cours de Bruxelles et de Pau. Il convient que dans les deux procès il y avait un concert frauduleux tendant à rompre un mariage qui, en réalité, était valable. Il avoue que juger autrement, c'eût été un scandale affligeant. Mais à qui en eût été la faute? A l'imperfection de la loi, et les magistrats ne doivent jamais s'écarter de la loi, quelque

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 3, n° 3.

imparfaite, quelque vicieuse même qu'elle leur paraisse. Une fois cette règle méconnue, ajoute Merlin, il n'y a plus d'ordre social, il n'y a plus que confusion et anarchie.

498. Merlin dit que le législateur, averti par les arrêts de Bruxelles et de Pau, remédia au mal et combla la lacune par la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire. L'article 46 de cette loi commence par poser le principe que « le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. » Il faut donc une loi pour donner au ministère public le droit d'agir d'office. Le même article 46 lui accorde ce droit quand l'ordre public est en cause : « Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements ; *il poursuit d'office cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*. » Merlin soutient qu'en vertu de cette disposition, le ministère public peut agir en validité d'un mariage déclaré nul, toutes les fois que l'ordre public y est intéressé. Il suffit de comparer les textes des lois de 1790 et de 1810, pour se convaincre que le législateur de 1810 a voulu innover, en étendant la sphère d'action du ministère public. La loi de 1790 lui ouvrait la *voie d'action*, pour faire exécuter d'*office* les dispositions des *jugements* qui intéressent l'*ordre public*. La loi de 1810 ajoute le mot *lois;* elle étend donc à l'exécution des *lois*, en tant qu'elles intéressent l'ordre public, le droit d'agir d'office au civil, que la loi de 1790 restreignait aux *jugements*. Cette extension n'est pas limitée aux cas particuliers qui seraient déterminés par la loi ; elle est générale, absolue; donc dès qu'une loi intéresse l'ordre public, le procureur impérial peut agir d'office. Or, qui est-ce qui intéresse plus l'ordre public que le maintien d'un mariage régulièrement contracté, que les époux cherchent à annuler pour se livrer à leurs passions?

Un arrêt de la cour de Grenoble déclara le ministère public recevable à demander la validité d'un mariage que le premier juge, trompé par la collusion des époux, avait déclaré nul. La cour se fonda sur la loi de 1810, mais son arrêt fut cassé. Et un second arrêt de la cour suprême jugea dans le même sens (1). Ces deux décisions firent une

(1) Voyez les arrêts dans Merlin et dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 521.

impression pénible à Merlin; il les combat avec une vivacité qu'il ne met pas d'ordinaire quand il lui arrive de critiquer la doctrine de la cour de cassation. La controverse sur le sens de la loi de 1810 s'est renouvelée, et elle est toujours pendante; nous avons déjà rencontré la question à deux reprises (nos 32 et 387). En principe, nous partageons l'avis de Merlin. Nous allons résumer les motifs sur lesquels il l'appuie. C'est, avant tout, le texte de l'article 46; l'innovation qu'il apporte à la loi de 1790 ne peut pas être contestée, elle est écrite dans la loi de 1810 et elle doit avoir un sens. Or, dans le système de la cour de cassation, elle n'en a plus. Voici ce que la cour fait dire au législateur. Le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi; c'est la disposition formelle de l'article 46, premier alinéa. Si le second ajoute qu'il poursuit d'office l'exécution des lois, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, il faut interpréter cette disposition dans le sens de la règle, c'est-à-dire qu'il a le droit d'agir d'office, quand l'ordre public est intéressé, mais seulement dans les cas spécifiés par la loi. Eh bien, si tel est le sens de la deuxième disposition de l'article 46, l'innovation disparaît, on efface le mot *lois* de l'article 46; il y est, en effet, parfaitement inutile, car il va sans dire que des lois particulières peuvent donner au ministère public le droit d'agir d'office en matière d'ordre public. Si le législateur de 1810 n'a voulu dire que cela, il n'a rien dit. Peut-on ainsi retrancher d'une loi un mot qui y a été mis à dessein? Peut-on rendre illusoire une innovation que le législateur a voulu faire? Non, l'interprète n'a pas ce pouvoir; il doit s'en tenir au texte, et le texte de la loi de 1810 est formel.

On objecte que le deuxième alinéa de l'article 46, ainsi interprété, annule le premier. Que dit le premier? Que le ministère public ne peut agir d'office que dans *les cas spécifiés par la loi*. Que fait-on dire au second? Que le ministère public peut agir d'office dans tous les cas où l'ordre public est intéressé, et sans que ces cas doivent être spécifiés par la loi. La contradiction n'est-elle pas flagrante? Il n'y a qu'un moyen de concilier les deux dispositions, dit-on, c'est d'interpréter la seconde par la première. Nous répondons que ce n'est pas concilier les deux dispositions, que c'est effacer la deuxième au profit de la première. Est-il vrai que, dans la doctrine de Merlin, la règle posée par le premier alinéa est détruite par le second? C'est demander si l'exception détruit la règle. Le deuxième alinéa consacre une exception; l'exception est très-large, il est vrai, très-vague, et par conséquent très-dangereuse. Mais enfin elle ne détruit pas la règle; il y a des cas où l'ordre public n'est pas intéressé; il faut alors une disposition formelle pour que le ministère public ait le droit d'agir. Il en est ainsi en matière d'absence : pendant la présomption d'absence, le ministère public peut agir d'office, parce qu'il y a une disposition expresse qui lui donne ce droit (art. 114). L'article 1057 lui donne le même droit, dans une matière qui certes est étrangère à l'ordre public, puisqu'il s'agit d'intérêts privés. Voilà des cas auxquels s'applique la règle de l'article 46; cette règle n'est donc pas absorbée par l'exception qui concerne l'ordre public.

La cour de Paris a consacré l'interprétation de Merlin (1). Quant à la jurisprudence de la cour de cassation, elle est indécise, comme nous l'avons déjà remarqué; elle n'est pas encore arrêtée sur le sens de la loi de 1810, bien moins sur les applications que l'on en doit faire à la matière du mariage. Ici surgit, en effet, une nouvelle difficulté. Il y a des principes spéciaux qui régissent l'action en nullité de mariage. Le code donne au ministère public le droit d'agir d'office pour demander la nullité du mariage. Il est certain qu'en vertu du code, le ministère public ne peut pas agir pour demander la validité d'un mariage annulé. La loi de 1810 a-t-elle étendu ses attributions : peut-il agir d'office dans tous les cas où l'ordre public exige son intervention en matière de mariage? Il en résulterait qu'une loi générale déroge à une loi spéciale, ce qui est contraire aux principes. Ne faut-il pas dire plutôt que si une loi spéciale a réglé l'action du ministère public dans

(1) Arrêt du 13 août 1851 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 113).

une matière qui intéresse l'ordre public, c'est cette loi spéciale qu'il faut appliquer et non la loi générale de 1810? C'est notre avis. Nous l'avons décidé ainsi, pour ce qui regarde le droit d'opposition (n° 387). Il y a même motif de décider dans l'espèce qui fait l'objet du débat. L'action qui naît de la nullité d'un mariage est régie par des principes spéciaux. Ces dispositions spéciales renferment-elles l'action du ministère public dans des limites trop étroites? On le peut soutenir. Mais alors il faut modifier le code civil. Ce serait bien notre avis pour l'action en validité du mariage. Merlin a raison de dire que l'ordre public, que la moralité demandent que le ministère puisse déjouer la fraude qui tend à annuler un mariage valablement célébré. Nous sommes d'accord, mais nous croyons qu'il faudrait pour cela une loi spéciale.

499. Les nullités absolues peuvent-elles se couvrir? La loi l'admet pour le vice d'impuberté, par des raisons spéciales que nous avons exposées. Elle ne dit rien des autres vices : n'est-ce pas déjà une raison pour décider que les vices de bigamie, d'inceste et de clandestinité ne se couvrent pas? Il est certain que la confirmation ne peut pas les effacer ; nous en avons déjà fait la remarque (n° 434). Il est aussi admis que l'action en nullité qui naît de ces vices est imprescriptible. Ici naît cependant un doute. Tant que le vice subsiste, il ne peut pas être question de prescription. Ainsi tant que dure un mariage entaché de bigamie ou d'inceste, l'action en nullité subsiste aussi. Mais si le mariage est dissous par la mort, il n'y a plus d'intérêt public en cause. Ce qui le prouve, c'est que le ministère public ne peut plus agir. Ce sont les héritiers qui, dans ce cas, sont les seuls intéressés. Or, leur intérêt est un intérêt pécuniaire, ils peuvent y renoncer, dès lors la prescription peut courir. C'est l'opinion de Merlin (1). Il nous reste un scrupule. Les nullités absolues sont essentiellement d'ordre public ; or, les conventions des parties ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 184, 5e question.

public; nous ne comprenons donc pas la renonciation en cette matière. Si le ministère public ne peut plus agir après la mort des époux, ce n'est pas parce qu'il n'y a plus de nullité, c'est parce qu'il n'y a plus de scandale. L'action subsiste, puisque c'est alors seulement qu'elle s'ouvre au profit des collatéraux. Eh bien, tant qu'ils ont un intérêt à faire valoir, ils peuvent invoquer la nullité. Il se peut donc qu'ils n'aient plus l'action en nullité ; c'est quand leur intérêt est prescrit, le droit étant éteint, ils n'ont plus de qualité pour agir. En ce sens, la prescription les empêchera de demander la nullité du mariage. Toujours est-il que ce n'est pas cette action qui est prescrite, c'est le droit qui donne la qualité pour agir en nullité. Si ce droit était conservé par des interruptions, l'action en nullité resterait ouverte, quand même plus de trente ans se seraient écoulés depuis la dissolution du mariage.

500. On demande si les nullités absolues se couvrent par la possession d'état. La jurisprudence l'admet pour le vice de clandestinité. Comme la question se présente surtout pour les mariages contractés à l'étranger, nous l'examinerons plus loin. Restent la bigamie et l'inceste. Il ne peut pas être question d'une possession d'état en matière d'inceste, puisque ce serait la possession d'état de l'infamie. Mais que faut-il décider si les époux obtiennent une dispense? Nous avons déjà répondu à la question (n° 474). La dispense même ne couvre pas le vice, dès lors il ne peut pas s'agir de possession d'état. Quant à la bigamie, on pourrait croire que la possession d'état peut commencer lorsque le premier époux du bigame vient à mourir. La cause qui viciait le mariage cesse dans ce cas ; n'en faut-il pas conclure que l'effet cesse, en ce sens du moins qu'à partir de ce moment les époux pouvant se marier, leur union prend les caractères de la légitimité, et que par suite cette possession d'état couvre la nullité? Sans doute, la loi l'aurait pu décider ainsi ; mais l'a-t-elle fait? Non, et dans le silence de la loi, peut-on admettre que la nullité se couvre? Non, ce serait faire la loi. En effet, il faudrait déterminer les conditions requises pour que la nullité fût couverte : il n'appartient pas à l'interprète de tracer des