

sœur (art. 162); mais le gouvernement peut lever cette prohibition. Un contrat de mariage est dressé avant que les dispenses aient été accordées : sera-t-il valable si le mariage est ensuite contracté avec dispense? L'affirmative nous paraît certaine; le contrat est conditionnel dans ce cas, en ce sens que, valable par lui-même, il dépend, quant à son efficacité, de la célébration du mariage. Le mariage étant valable et le contrat n'étant entaché d'aucun vice, on ne voit pas pourquoi les conventions matrimoniales seraient nulles. Elles seraient nulles si la loi posait comme principe que la capacité de se marier est une condition de la validité du contrat de mariage; mais nous répétons que la loi n'établit pas ce principe. Donc dès que le mariage est valable, le contrat l'est aussi, en supposant que l'acte soit valable (1).

Que faudrait-il décider si l'empêchement ne pouvait pas être levé par une dispense? Il en était ainsi de l'empêchement établi entre beau-frère et belle-sœur par l'article 162 avant la loi du 28 février 1831 et, en France, avant la loi du 16 avril 1832. La cour de Paris a jugé que le contrat de mariage dressé avant cette dernière loi était valable, si le mariage a été célébré, après la loi, avec dispense. On a critiqué cette décision, nous la croyons très-juridique. Le contrat est aussi conditionnel, en ce sens que l'efficacité en dépend d'un changement dans la législation. Les lois peuvent être changées; de fait, l'article 163 a été modifié en France et en Belgique; pourquoi les parties ne pourraient-elles pas contracter dans la prévision, ou, si l'on veut, dans l'espérance d'une loi nouvelle? Les objections que l'on a faites contre l'arrêt de Paris ne nous paraissent pas sérieuses. On attaque le principe sur lequel il se fonde. L'arrêt pourrait être mieux rédigé, mais le principe qu'il applique est incontestable. Il n'y a pas, comme on l'a prétendu, une cause illicite dans le contrat de mariage fait à un moment où le mariage est légalement impossible, car si la loi défend le mariage, elle ne défend pas le contrat de mariage. Induire la prohibition du contrat de la pro-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 241 et note 17, § 502 (4^e éd.).

hibition du mariage, c'est créer une prohibition et une nullité; l'interprète n'a pas ce droit (1).

12. Nous avons toujours supposé que le contrat de mariage est valable; il peut se faire qu'il soit vicié par des causes qui lui sont propres et que le mariage aussi soit entaché d'un vice qui le rende nul. Il y a alors deux actions en nullité, indépendantes l'une de l'autre. La nullité du mariage peut se couvrir si elle n'est que relative. Dans ce cas, le mariage sera valable, bien que le contrat de mariage soit nul; la confirmation du mariage n'emportera pas la confirmation du contrat; les deux actes sont régis par des principes différents, quoique l'un soit le préliminaire et l'accessoire de l'autre, comme nous allons le dire en traitant de la capacité de contracter qui est requise pour la validité du contrat de mariage. Le mariage des mineurs donne lieu à des difficultés particulières dont nous ajournons également l'examen. Le principe, tel que nous venons de le poser, est admis par la doctrine et par la jurisprudence. Troplong l'a combattu en établissant comme principe l'indivisibilité du mariage et des conventions matrimoniales; cette opinion n'a pas trouvé faveur. Nous allons revenir sur le principe et sur les objections que l'on y fait (2).

§ II. Capacité de contracter.

N^o 1. PRINCIPE.

13. La capacité de se marier suffit-elle pour faire un contrat de mariage? ou faut-il, outre la capacité de se marier, la capacité de contracter et de consentir les stipulations comprises dans le contrat de mariage? C'est d'ordinaire en ces termes que l'on pose la question; à notre avis, elle est mal posée. La capacité de se marier, comme

(1) Paris, 9 février 1860 (Daloz, 1860, 2, 73, et la note de l'arrétiste). Le mariage avait été célébré, dans l'espèce, avant la loi nouvelle, mais il y eut une seconde célébration après la publication de la loi.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 231 et suiv., et note 10, § 501.

nous venons de le dire (nos 7-12), n'est pas une condition proprement dite de la validité du mariage; seulement, comme les conventions matrimoniales ne se conçoivent pas sans mariage, le contrat de mariage est nécessairement subordonné à la célébration du mariage; d'où suit que la nullité du mariage entraîne la caducité des conventions matrimoniales. En ce sens, on peut dire que celui qui veut faire un contrat de mariage doit être capable de se marier; mais ce qui prouve que ce n'est pas là une véritable condition, c'est que le contrat de mariage peut être valable quoique le mariage soit nul; ce qui arrive quand le mariage, quoique vicié, n'est pas annulé, ou quand la nullité est couverte par la confirmation. Quelle est donc la capacité qui est nécessaire pour faire un contrat de mariage? En théorie, la réponse est bien simple. Celui qui fait un contrat de mariage ne se marie point encore, donc il ne doit pas avoir la capacité de se marier. Que fait-il? Il contracte; donc il doit avoir la capacité de contracter. D'ordinaire il fait plus que s'obliger, il aliène en disposant de ses biens mobiliers ou immobiliers; il doit donc avoir la capacité d'aliéner.

Le code consacre-t-il cette théorie? Chose remarquable, il ne parle pas de la capacité qui est requise pour faire un contrat de mariage; cela décide la question. En effet, par cela seul que la loi ne déroge pas aux principes généraux qui régissent les contrats en général, elle les maintient. Quels sont ces principes? Au titre des *Obligations*, il y a un chapitre intitulé : *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*. L'une de ces conditions est la capacité de contracter. C'est une condition générale et essentielle dans tout contrat; on ne conçoit pas que la loi déclare un incapable capable de contracter. La loi entoure les incapables d'une protection spéciale; elle détermine les conditions et les formes qui doivent être observées quand un incapable contracte, afin de sauvegarder les intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes veiller à leurs droits. Peut-on supposer qu'elle ait oublié cette sollicitude quand il s'agit du contrat le plus important, du contrat de mariage qui régit les parties contractantes pen-

dant toute leur vie, et qu'elles ne peuvent ni révoquer ni modifier par leur consentement mutuel?

14. Il y a une opinion contraire d'après laquelle la capacité de se marier suffit pour consentir les conventions matrimoniales; de sorte que les incapables, auxquels la loi permet de se marier, seraient par cela même habiles à faire un contrat de mariage (1). On invoque, à l'appui de cette doctrine, un vieil adage que l'on formule de différentes manières : *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias*; ou : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. L'adage est vrai en un certain sens; il est faux si on l'entend comme nous venons de le dire. Il y a des personnes que la loi déclare incapables de contracter : ce sont les mineurs et les interdits (art. 1124). Les personnes placées sous conseil judiciaire ne sont pas frappées d'une incapacité absolue, mais le code leur défend de consentir les conventions les plus importantes sans l'assistance de leur conseil (art. 499, 513). Quoique déclarés incapables de contracter, les mineurs et les personnes placées sous conseil peuvent se marier; on admet généralement que les interdits ont le même droit. Les incapables pouvant se marier, la loi a dû les autoriser à faire un contrat de mariage, car il n'y a pas de mariage sans des conventions matrimoniales expresses ou tacites. Se marient-ils sans avoir dressé un acte de leurs conventions matrimoniales, ils seront mariés sous le régime de la communauté légale qui, dans ce cas, sera leur contrat de mariage. S'ils peuvent consentir tacitement un régime, ils doivent avoir le droit de faire un contrat par-devant notaire. Est-ce à dire que les incapables puissent, sans condition aucune et sans aucune garantie, consentir toute espèce de conventions matrimoniales? Dès qu'ils se présentent devant un notaire pour faire un contrat de mariage, ils doivent avoir la capacité de contracter. Cette capacité, ils ne l'ont pas; donc ils ne peuvent faire un contrat de mariage, à moins qu'ils ne remplissent les con-

(1) Demante, t. VI, p. 25, n° 15 : « La faveur des conventions matrimoniales est telle, que toute personne capable de se marier doit être par là même capable de les consentir. »

ditions et les formes que la loi prescrit pour couvrir leur incapacité et sauvegarder leurs intérêts. C'est le droit commun; et comme la loi n'y déroge point en ce qui concerne les conventions matrimoniales, les incapables y restent soumis. Il résulte de là une certaine anomalie; les incapables peuvent se marier sous le régime de la communauté légale sans observer aucune forme, donc sans garantie aucune; et ils ne pourraient pas consentir une communauté réduite aux acquêts, quoique la communauté d'acquêts soit un régime plus favorable aux époux que la communauté légale. On répond, et légalement la réponse est péremptoire, que la loi, faisant de la communauté dite légale le régime de droit commun, l'a considérée, par cela même, comme le régime le plus favorable; on conçoit donc qu'elle y ait soumis les incapables, la nature de ce contrat tacite garantissant suffisamment leurs intérêts. Mais dès qu'ils y veulent déroger, la dérogation pouvant leur être préjudiciable, la loi veut qu'ils soient protégés par l'observation des conditions et des formes qu'elle établit en leur faveur.

C'est en ce sens que le code applique l'adage aux mineurs. L'article 1398 commence par dire que « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir *toutes les conventions* dont ce contrat est susceptible. » Voilà la traduction de l'adage latin. Si l'article ne disait pas autre chose, on pourrait en induire que la loi affranchit les incapables, du moins les mineurs, de l'incapacité qui les frappe, quand il s'agit des conventions matrimoniales. Mais l'article 1398 ajoute une restriction à ce qu'il vient de dire, et cette restriction consacre l'incapacité telle que nous venons de l'expliquer. « Et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, *pourvu qu'il ait été assisté*, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » Ainsi il n'est pas vrai que le mineur puisse consentir les conventions matrimoniales par cela seul qu'il est habile à contracter mariage; il reste incapable de contracter, et c'est parce qu'il est incapable que la loi veut qu'il soit assisté; cette assistance couvre son incapacité. Si donc le mineur

peut faire un contrat de mariage, ce n'est pas parce qu'il est habile à contracter mariage, c'est parce qu'il est assisté.

15. On donne encore un autre sens à l'adage d'après lequel celui qui est habile à se marier est habile à consentir toutes les conventions matrimoniales; c'est que les incapables qui peuvent se marier sont par cela même habilités à faire un contrat de mariage, de sorte que la capacité du mariage couvre l'incapacité de contracter. On fonde cette doctrine sur le principe de l'indivisibilité des conventions matrimoniales et du mariage. Nous rejetons le prétendu principe ainsi que les conséquences que l'on en déduit. Loin d'être indivisibles, le mariage et le contrat de mariage sont deux conventions d'une nature essentiellement différente et régies par des principes différents. Le contrat de mariage est une convention relative aux biens des futurs époux, convention d'intérêt pécuniaire dont il est traité au livre qui concerne les obligations conventionnelles. La classification marque la volonté du législateur : mis sur la même ligne que la vente, le contrat de mariage est soumis aux règles qui régissent tous les contrats, donc à l'article 1108 qui place la capacité parmi les conditions essentielles pour la validité des conventions. Le mariage est aussi un contrat; mais, chose remarquable, la loi ne lui donne pas ce nom, et elle en traite au premier livre, consacré aux personnes. La classification sépare donc les deux contrats, le mariage et les conventions matrimoniales, bien qu'ils soient unis par un lien très-intime. Et la séparation est très-significative. Le mariage est un contrat d'état personnel; tout y est d'ordre public, aussi la loi règle-t-elle tout ce qui concerne les conditions et les effets du mariage, rien n'est abandonné aux conventions des parties intéressées; toute dérogation qu'elles apporteraient à des lois d'ordre public est par cela même frappée de nullité. Il en est tout autrement du contrat de mariage; la première règle qui ouvre le titre porte que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. C'est la règle générale pour tous les contrats d'intérêt pécuniaire; la loi

n'impose pas sa volonté à ceux qui contractent, elle ne fait que régler les effets de leur volonté présumée, sauf aux parties contractantes à manifester une volonté contraire.

Deux contrats d'une nature essentiellement différente, régis par des principes différents, peuvent-ils être indivisibles? Cela implique contradiction; car ce serait appliquer à un ordre de choses des principes qui ont été établis pour un ordre de choses tout différent. La loi organise le mariage dans des vues d'intérêt général; c'est la base de la moralité; voilà pourquoi la loi l'autorise à un âge où, dans nos climats, on est encore enfant; elle le favorise en n'admettant la demande en nullité que dans les cas qu'elle prévoit; alors même qu'elle ouvre l'action en nullité, elle limite à certaines personnes le droit de l'intenter, et quand il n'y a pas un intérêt social en cause, elle permet facilement de couvrir la nullité par une confirmation. Appliquera-t-on ces principes au contrat de mariage en vertu de la prétendue indivisibilité des deux conventions? Ce ne serait pas appliquer la loi, ce serait la violer; car on étendrait des règles écrites dans un intérêt social à un ordre de choses où il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires.

16. Que dit Troplong à l'appui de l'indivisibilité dont il est le seul défenseur (1)? Il demande si les dots ne tiennent pas à l'ordre public; il demande si ce n'est pas dans des vues d'ordre public que la loi déclare le contrat de mariage sacré et immuable? Non, les dots ne sont pas d'ordre public: dote qui veut, et les parties règlent les dots comme elles l'entendent. Qu'importe que le contrat de mariage ne puisse être modifié? Nous dirons plus loin quelles sont les raisons de cette immutabilité. Elles n'ont rien de commun avec l'indivisibilité du contrat de mariage et du mariage; même en ce qui concerne l'immutabilité, les deux contrats diffèrent essentiellement. Le mariage ne peut être rompu que pour les causes les plus graves; tandis que le contrat de mariage peut être rompu, sur la demande de la femme, dès que ses intérêts pécuniaires sont compromis. Ainsi les raisons que l'on allègue ou ne prou-

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, p. 90, n° 112

vent rien ou témoignent contre le principe de l'indivisibilité.

Ce prétendu principe n'a pas trouvé faveur. La jurisprudence le repousse formellement, ainsi que les conséquences que l'on en dérive. Les cours invoquent un argument péremptoire, c'est le texte. Le code ignore le principe de l'indivisibilité, il ignore la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, au moins dans le sens qu'on veut lui donner. La cour d'Agen dit très-bien: « Le mariage et le contrat nuptial, quoique intimement liés l'un à l'autre, n'étant pas des actes du même ordre et de la même importance, sont soumis à des règles propres et particulières. Aucune loi ne les a tellement confondus, qu'il soit impossible de maintenir le mariage sans maintenir aussi les conventions civiles. Il n'y a pas plus d'indivisibilité entre le mariage et le contrat de mariage, qu'il n'en existe dans les diverses dispositions du contrat de mariage lui-même. On conçoit très-bien que le contrat renferme des clauses dont les unes sont conformes et les autres contraires à la loi et que, par suite, il y ait lieu de maintenir les premières et d'annuler les secondes. » De même le mariage peut être valable ou valide, tandis que les conventions matrimoniales sont et restent nulles (1).

17. Nous dirons plus loin les conséquences différentes qui découlent des deux principes opposés. Pour le moment, il suffit de rappeler les différences élémentaires qui sont écrites dans la loi. Le majeur, dit l'article 488, est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du *Mariage*. Quelle est cette restriction? C'est que le fils de famille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère. Est-ce que cette restriction existe aussi pour les conventions matrimoniales? Non, l'article 488 ne renvoie pas au titre du *Contrat de mariage*, et il ne s'y trouve aucune disposition qui restreigne la capacité du majeur. Ainsi celui qui n'est pas habile à se

(1) Agen, 21 juillet 1857 (Daloz, 1857, 2, 168). Comparez Pau, 31 juillet 1855 (Daloz, 1856, 2, 249).

marier est habile à faire un contrat de mariage; le mariage contracté sans le consentement des père et mère serait nul, tandis que le contrat de mariage serait valable. Preuve qu'il n'y a pas d'indivisibilité entre les deux conventions.

Nous mentionnerons encore une différence qui résulte de l'article 187 pour citer un excellent arrêt de la cour de cassation. Quand la nullité du mariage est d'ordre public, tous ceux qui y ont intérêt peuvent intenter l'action, sauf que les collatéraux ne peuvent agir que lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Cette restriction s'applique-t-elle aussi à l'action en nullité du contrat de mariage? La négative est certaine; la cour de cassation l'a établie dans des termes qui condamnent la doctrine de Troplong: « Le mariage et le contrat de mariage, quoique liés intimement l'un à l'autre, n'étant point des actes du même ordre et de la même importance, ont chacun leurs règles propres et particulières. » De là suit « que les dispositions faites par contrat de mariage peuvent être arguées de nullité, sans que pour cela le mariage, couvert par la protection spéciale de la loi, soit susceptible d'être attaqué par la même personne et dans les mêmes délais ». La cour en conclut « que l'on ne saurait se prévaloir des fins de non-recevoir établies par le code Napoléon contre l'action des collatéraux en nullité du mariage, pour soutenir que ces collatéraux sont non recevables à attaquer les dispositions faites par contrat de mariage (1). »

N° 2. DES INCAPABLES.

18. Un mineur, un interdit, une personne placée sous conseil se marient sans faire de contrat de mariage : sous quel régime seront-ils mariés? Sous le régime de la communauté légale. Les articles 1393 et 1400 le décident ainsi pour tous ceux qui se marient sans contrat; la loi étant générale, il faut l'appliquer à toutes personnes, à celles qui sont incapables aussi bien qu'à celles qui sont

(1) Rejet, chambre civile. 23 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1. 17).

capables. On objecte que la communauté légale qui existe entre époux, à défaut de contrat, résulte de leur volonté tacite, ce qui suppose qu'elles sont capables de vouloir. Logiquement il en devrait être ainsi; conçoit-on que celui qui n'est pas capable de consentir d'une manière expresse soit capable de consentir tacitement? Nous répondons que les principes du code, en matière de contrat de mariage, le veulent ainsi. Ceux qui se marient doivent nécessairement adopter un régime quelconque (n° 2); de là les dispositions des articles 1400 et 1393. Cela est vrai des incapables, comme des personnes capables. D'un autre côté, la loi n'oblige pas les incapables de dresser un contrat de mariage; ils peuvent se marier sans contrat et, par suite, ils sont mariés sous le régime de la communauté que la loi établit à défaut de contrat.

La réponse est légale plutôt que rationnelle. Quand il s'agit d'un mineur, la raison est d'accord avec le droit, en ce sens que les parents qui consentent à son mariage sans contrat consentent par là même à ce qu'il se marie sous le régime de la communauté légale, tel étant le droit commun de tous ceux qui se marient sans faire de contrat; or, la loi donne aux personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage le pouvoir d'habiliter le mineur à consentir toute espèce de conventions matrimoniales; leur consentement tacite doit donc suffire pour valider le régime de communauté légale que le mineur adopte en se mariant sans contrat.

Quant à l'interdit, tout est controversé. Si l'on admet qu'il peut se marier, il faut admettre aussi qu'à défaut de contrat, il est régi par la communauté légale. Il est cependant incapable de faire des contrats d'intérêt pécuniaire, et il pourrait être de son intérêt de stipuler un autre régime que celui de la communauté légale. Il y a anomalie, elle accuse une lacune dans la loi.

Restent les prodigues et les faibles d'esprit. Ils peuvent se marier, ils peuvent aussi contracter, dans certaines limites. La loi les déclare incapables d'aliéner (art. 499 et 513); or, la communauté légale implique une aliénation, puisque les époux abdiquent, au profit de la commu-