

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-

nauté, l'usufruit de leurs immeubles et la propriété de leur fortune mobilière. On répond que l'aliénation est plus apparente que réelle, les époux acquérant comme associés ce qu'ils perdent comme propriétaires. Pour le mari, la réponse est bonne; mais la femme peut perdre toute sa fortune mobilière si la communauté est mauvaise. Il y a donc également anomalie, c'est-à-dire lacune dans la loi, imprévoyance du législateur (1). Le code suppose que le régime de communauté sauvegarde et concilie tous les intérêts; cette supposition n'est pas toujours fondée. A notre avis, la communauté d'acquêts aurait mieux valu pour les incapables; il est certain qu'en fait elle forme le droit commun de ceux qui se marient en dressant un contrat de mariage.

**19.** Les incapables pouvant faire un contrat tacite, en faut-il conclure qu'ils peuvent aussi faire un contrat exprès? Non; le contrat tacite est établi par la loi, et la loi veille ou est censée veiller aux intérêts des époux en stipulant pour eux. Mais si les futurs époux ne veulent pas se soumettre à la communauté légale, s'ils veulent stipuler d'autres clauses ou faire des donations par contrat de mariage, ils tombent sous l'empire du droit commun; contractant, ils doivent être capables de contracter. S'ils sont incapables, la loi doit couvrir leur incapacité par une assistance ou une protection quelconque. C'est ce que les auteurs du code ont fait pour les mineurs, mais ils ont oublié les interdits et les personnes placées sous conseil; de là de grandes difficultés. Nous commençons par les mineurs.

#### 1. Les mineurs.

##### 4. SOUS QUELLES CONDITIONS PEUVENT ILS FAIRE UN CONTRAT DE MARIAGE ?

**20.** On lit dans le discours du tribun Siméon: « Comme il n'y a pas de minorité pour le mariage, il n'y en a pas pour les conventions qui en sont l'accessoire. Il serait

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 33, n° 15 bis XIV.

étrange que celui qui dispose de sa personne ne pût pas, dans cette occasion, disposer de ses biens. L'autorisation du tuteur ou des parents, qui consacre son engagement, suffit à plus forte raison pour en affermir les pactes et exclure tout regret et toute restitution (1). » La cour de cassation s'exprime dans le même sens, en disant que la loi considère le mineur comme majeur pour le mariage et pour toutes les conventions dont le mariage est susceptible (2). C'est la traduction de l'article 1398; mais, à notre avis, c'est une mauvaise traduction, car elle fait dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Pour que le mineur puisse faire un contrat de mariage, il faut une condition qui implique son incapacité, c'est que les conventions et dispositions qu'il fait dans son contrat ne sont valables que s'il a été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. La cour de cassation reproduit cette condition qui renverse le principe tel qu'elle l'a formulé. Il n'est donc pas vrai que le mineur soit réputé majeur quant aux conventions matrimoniales. Est-ce qu'un majeur a besoin d'une assistance quelconque pour contracter? Le mineur doit être assisté, donc il est incapable, donc il n'est pas majeur. En veut-on une preuve évidente? Les parents d'un mineur consentent par acte authentique à son mariage: le voilà habile à se marier. Est-ce à dire qu'il soit aussi habile à faire un contrat de mariage? Il se présente devant un notaire muni de l'acte portant consentement à son mariage: le notaire pourra-t-il recevoir ses conventions matrimoniales en vertu de l'acte qui habilite le mineur à se marier? Non, certes; le notaire lui opposera la fin de l'article 1398, aux termes duquel le mineur doit être assisté, *dans le contrat de mariage*, des personnes qui ont déjà consenti à son mariage. Il faut donc un double consentement: consentement au mariage, consentement au contrat de mariage, preuve que le mineur est toujours mineur et incapable.

(1) Siméon, *Discours*, n° 16 (Loché, t. VI, p. 461).

(2) Cassation, 22 février 1869 (Dalloz, 1869, I, 179).

Troplong cite les paroles de Siméon et les prend au pied de la lettre. Il donne de singulières raisons pour justifier le prétendu principe de la capacité du mineur (1) : « Le mariage rend l'homme plus prudent et plus sage. » L'auteur développe cette pensée à sa façon, sans s'apercevoir que la sagesse qui suit le mariage ne prouve pas la sagesse qui précède le mariage. Or, c'est au moment où le mineur contracte qu'il doit être sage et prudent, sinon il se préparera souvent d'amers regrets. Troplong ajoute que la présence et le consentement des parents sauvent tous les inconvénients. Supposons que cela soit : c'est dire que les parents contractent et non le mineur. Il en est malheureusement ainsi du mariage lui-même; est-ce qu'une enfant de quinze ans, de douze ans comprend la gravité de l'union qu'elle contracte? Elle comprend encore moins les stipulations relatives aux biens; elle ne comprend pas même les termes et le langage de l'acte qu'elle signe. En réalité, ce n'est pas elle qui consent, ce sont ses père et mère. Dans l'ancien droit, on sentait ce qu'il y a d'étrange et de dangereux dans un pareil contrat; aussi ne permettait-on pas aux mineurs des stipulations dérogeant à la communauté légale et qui pouvaient leur être dangereuses, ou, si on les permettait, on y apportait des restrictions; ainsi le mineur ne pouvait ameubler ses immeubles que jusqu'à concurrence du tiers. Le code n'a pas admis ces restrictions; il donne au mineur assisté la même capacité qu'au majeur. Cela nous paraît excessif. Nous n'approuvons pas une loi qui permet à des enfants d'engager tout leur avenir en contractant mariage, et nous n'approuvons pas davantage une loi qui leur permet de disposer de tous leurs biens. Ce n'est pas aux parents à consentir, car ce ne sont pas eux qui se marient, c'est aux enfants; donc on devrait exiger des enfants l'âge de raison, c'est-à-dire la majorité. Tout ce que l'on peut dire pour justifier l'article 1398, c'est qu'il est une conséquence logique du principe qui régit le mariage : si le mineur peut se marier à quinze ans, et au besoin à douze, il faut

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, p. 136, nos 268-271.

aussi lui permettre de faire toute espèce de conventions matrimoniales; des restrictions pourraient entraver l'union et la faire manquer; or, le but de la loi est précisément de favoriser le mariage en laissant pleine et entière liberté aux parties intéressées (1).

21. Le code déroge au droit commun en ce qui concerne les conventions matrimoniales des mineurs; il permet au mineur assisté de ses parents de faire toute espèce de stipulations dans son contrat de mariage, notamment des donations (art. 1398). L'article 1095 contient, à cet égard, la disposition suivante : « Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. » La dérogation est grave, car, en principe, le mineur ne peut donner entre-vifs, ni le tuteur pour lui (art. 903 et 904). Elle s'explique logiquement, comme nous venons de le faire (n° 20); mais c'est une étrange anomalie qu'un enfant qui ne peut donner un centime à un étranger ou à un proche parent puisse disposer de toute sa fortune au profit d'un conjoint.

D'après le droit commun, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450), tandis qu'aux termes de l'article 1398 le mineur consent les conventions matrimoniales; c'est lui qui parle au contrat, le tuteur n'y figure pas même pour l'autoriser. On donne comme raison de cette exception que le mineur intervenant personnellement dans le contrat qui se parfait devant l'officier de l'état civil, il était naturel de le faire parler aussi dans le contrat accessoire que le notaire reçoit (2). La raison est faible; on conçoit que le mineur doive consentir au mariage sans l'intermédiaire de son tuteur; mais le contrat de mariage, relatif aux biens et aux intérêts pécuniaires du mineur, rentre dans la catégorie des actes que

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 25, n° 15 bis I.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 26, n° 15 bis I.

le tuteur a mission de faire. Il y a une autre raison qui explique la dérogation. Le tuteur ne peut représenter le mineur dans des actes qu'il n'a pas le droit de faire; telles sont les donations, et il n'y a guère de contrat de mariage sans donation.

Telle est aussi la raison pour laquelle le mineur n'est pas assisté par son tuteur dans le contrat de mariage; il l'est par ceux dont le consentement lui est nécessaire pour se marier. L'assistance du tuteur serait une autorisation, et comment le tuteur autoriserait-il le mineur à faire un acte que lui-même n'a pas le droit de faire au nom du mineur? On a dit, et avec raison, que le contrat de mariage est un pacte entre deux familles; il est donc très-naturel que la famille intervienne par l'intermédiaire des plus proches parents du mineur.

**22.** A quel âge le mineur peut-il faire un contrat de mariage? L'article 1398 exige qu'il soit habile à contracter mariage; or, on sait que l'homme ne peut contracter mariage avant dix-huit ans révolus et la femme avant quinze ans. La loi permet toutefois au chef de l'Etat d'accorder des dispenses d'âge; les dispenses, en habilitant le mineur à se marier, l'habilitent par cela même à faire un contrat de mariage, bien entendu avec assistance (1).

Faut-il considérer comme mineur, quant au mariage, le fils de famille qui a atteint l'âge de vingt et un ans? Odier dit que cela est évident (2). Il faut trembler de prononcer le mot d'*évidence* en droit. Odier est resté seul de son avis, et l'on peut dire, sans présomption, que son erreur est évidente. L'article 1398, le seul qui parle de la capacité requise pour se marier, dit que le mineur peut faire un contrat de mariage dès qu'il a l'âge de quinze ou de dix-huit ans; la loi ne parle pas du majeur, celui-ci reste donc sous l'empire du droit commun; or, à la majorité, on est capable de tous les actes de la vie civile (art. 489). Cela décide la question, quant au texte et aux

(1) Duranton, t. XIV, p. 13, n° 14. Bastia, 3 février 1836 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 459).

(2) Odier, t. II, p. 15, n° 607. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 26, n° 15 bis II.

principes. Invoquera-t-on l'esprit de la loi? L'article 1398 étend la capacité du mineur: peut-on se prévaloir d'une disposition *extensive*, en ce qui regarde la capacité du mineur pour *restreindre* la capacité du majeur? Cela serait absurde.

**23.** Le mineur, dit l'article 1398, doit être assisté par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Qui doit consentir au mariage? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siège de la matière.

Régulièrement les père et mère sont appelés à consentir au mariage et aux conventions matrimoniales; à leur défaut, les aïeux et aïeules. Ils consentent en leur qualité d'ascendants, donc alors même qu'ils ne seraient pas tuteurs. L'article 1398 ne mentionne pas le tuteur; le tuteur, comme tel, n'a donc pas qualité pour assister le mineur dans son contrat de mariage. Il suit de là d'abord que la mère qui refuse la tutelle peut et doit néanmoins assister le mineur dans son contrat de mariage. Il en est de même du père qui s'excuse et de la mère survivante que le conseil ne maintient pas dans la tutelle, ou que la loi en déclare déchue (1). Lors même que l'ascendant serait destitué de la tutelle, il n'en aurait pas moins le droit et le devoir d'assister l'enfant mineur. C'est une anomalie, comme on en trouve tant en cette matière.

Le principe conduit à d'autres conséquences. Aux termes de l'article 420, le tuteur ne peut représenter le mineur lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre lui et son pupille; c'est le subrogé tuteur qui le remplace. On demande si l'ascendant dont les intérêts sont en conflit avec ceux du mineur peut l'assister dans son contrat de mariage. L'affirmative a été jugée par la cour de cassation et elle n'est pas douteuse (2). Il faut écarter l'article 420, puisque l'ascendant, en supposant qu'il soit tuteur, n'intervient pas comme tel. Reste l'article 1398 qui ne fait pas d'exception au pouvoir de l'ascendant, et l'interprète

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 242, note 19, § 502 (4<sup>e</sup> éd.).

(2) Cassation, 22 février 1869 (Daloz, 1869, 1. 179).

ne peut pas créer d'exception. C'est une nouvelle anomalie : quand l'ascendant est placé entre son intérêt et son devoir, son intervention est une garantie insuffisante pour le mineur, elle peut constituer un danger. La cour de cassation cherche à justifier la loi en disant que si l'ascendant, malgré l'opposition d'intérêt qui existe entre lui et le mineur, peut l'autoriser à se marier, c'est-à-dire à faire l'acte le plus important de la vie et qui engage au plus haut degré les intérêts de toute sorte du mineur, il présente au moins les mêmes garanties pour l'habilitier à faire des conventions matrimoniales. Sans doute, la loi doit se reposer sur l'affection de l'ascendant; toutefois lorsqu'il est tuteur, la loi ne veut pas le placer entre son devoir et son intérêt, et elle a raison. Pourquoi aurait-elle plus de confiance dans l'ascendant quand il est appelé à assister le mineur dans son contrat de mariage?

Il va sans dire que l'article 1398 cesserait d'être applicable, si les conventions portées au contrat de mariage étaient étrangères à l'association conjugale. L'ascendant, comme tel, n'aurait aucune qualité pour y consentir; la disposition de l'article 1398 est exceptionnelle, donc de stricte interprétation. En dehors des conventions matrimoniales, on rentre dans le droit commun, et, par conséquent, le mineur doit être représenté par son tuteur; s'il y a opposition d'intérêts entre l'ascendant tuteur et le mineur, on applique l'article 420. La cour de cassation a fait l'application de ce principe à un contrat de mariage par lequel un père instituait sa fille héritière universelle de tous ses biens, avec la charge de lui servir une rente annuelle de 20,000 francs et d'acquitter les dettes du donateur montant à 850,000 francs. L'institution contractuelle est essentiellement une convention, puisqu'elle ne peut être faite que par contrat de mariage. Mais, dans l'espèce, la cour d'appel avait jugé que la prétendue donation n'était une libéralité que dans la forme; qu'en réalité, c'était un contrat aléatoire par lequel la fille mineure se chargeait à forfait, à ses risques et périls, de liquider la situation obérée de son père, opération qui impliquait une énorme lésion, à son préjudice. Ce n'était donc pas une donation,

ni une convention matrimoniale, partant l'article 1398 n'était pas applicable (1).

**24.** L'article 1398 veut que le mineur soit *assisté dans le contrat*. Qu'entend-on par assistance? C'est plus que consentement; celui qui assiste dans un contrat consent en présence des parties et au moment où le contrat est dressé. Nous disons que l'assistance est plus que le consentement; la loi elle-même le dit; l'article 1095, qui contient une disposition identique avec celle de l'art. 1398, exige le *consentement et l'assistance*, donc un consentement que l'on donne en assistant. Cela implique la présence. L'article 1398 contient une expression également significative qui présente le même sens : les personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage doivent assister le mineur *dans le contrat* contenant les conventions matrimoniales. Peut-on dire de celui qui n'est pas présent qu'il *assiste dans le contrat*? Non, donc le consentement donné par acte ne suffirait point. Cela est aussi fondé en raison. Quand il s'agit du mariage célébré devant l'officier de l'état civil, le consentement peut se donner par acte authentique (art. 74), parce qu'il consiste à dire oui; il n'y a plus aucune délibération, aucun débat. Il n'en est pas de même des conventions matrimoniales; elles se discutent dans l'étude du notaire, par l'excellente raison que le notaire a pour mission d'éclairer les parties sur les conventions qu'elles se proposent de faire; dès lors il importe que ceux qui doivent *assister* le mineur soient présents; ils profiteront des lumières de la discussion et eux-mêmes ont besoin d'être éclairés, car il faut être jurisconsulte et jurisconsulte consommé pour comprendre la portée et les effets des conventions matrimoniales (2).

L'interprétation que nous donnons au mot *assistance* n'est pas admise par tout le monde. Un de nos bons auteurs, M. Colmet de Santerre, dit que cette expression comprend l'aide, le secours, l'approbation, ce qui n'implique pas nécessairement la présence; on peut aider par

(1) Même arrêt et Rejet, chambre civile, 10 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).

(2) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 28, n° 42.