

jurisprudence et une partie de la doctrine se sont engagées sur cette question, c'est l'infinie diversité des systèmes proposés par les auteurs dissidents et le peu d'harmonie qui existe dans les différentes décisions de la jurisprudence. C'est toujours ce qui arrive quand on veut faire la loi au lieu de l'appliquer : chacun la fait à sa guise, et les décisions des arrêts ne concordent pas plus que les opinions des auteurs. Aussi n'entrerons-nous pas dans l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés. Nous nous bornerons à indiquer non pas le système de la jurisprudence, car elle n'en a pas (elle flotte au gré des faits), mais les solutions qu'elle a données dans les principales hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer. On y remarquera des contradictions qu'il serait bien difficile d'expliquer.

Elle considère comme nulles à l'égard de l'héritier véritable : 1^o la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité tout entière ; 2^o les donations entre-vifs ou testamentaires de biens héréditaires faites par ce même héritier ; 3^o les cessions qu'il a consenties de créances héréditaires. — Elle déclare valables au contraire les actes d'administration, les transactions et les ventes d'immeubles accomplies par l'héritier apparent. Toutefois, pour valider les ventes d'immeubles, elle exige certaines conditions qui ne sont pas toujours les mêmes : tantôt la bonne foi de l'acquéreur seulement, tantôt la bonne foi du vendeur et de l'acquéreur... L'existence de la bonne foi, à laquelle on attache tant d'importance, ne peut pourtant produire d'autres effets que ceux déterminés par la loi : or les seuls effets légaux de la bonne foi sont l'acquisition des fruits (art. 549 et 550) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265, 2279).

SECTION III

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

381. Le mariage dans notre Droit ne peut être dissous que par le décès prouvé de l'un des époux (art. 227). Donc l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, n'entraînera pas la dissolution du mariage de l'absent ; car l'absence ne prouve pas la mort, elle n'est pas même une présomption légale de mort. La loi a bien pu, sur ce fondement que le décès de l'absent est devenu plus ou moins probable, régler provisoirement le sort de ses biens comme il aurait été réglé en cas de décès prouvé, sauf à en assurer la restitution au profit de l'absent s'il reparait ; mais elle ne pouvait pas, on le comprend, à aucune période de l'absence, déclarer le mariage de l'absent provisoirement dissous, ce qui aurait eu sans doute pour conséquence d'autoriser le conjoint présent à contracter provisoirement une nouvelle union. La nature même du mariage n'admet pas plus le provisoire quant à sa dissolution que quant à sa célébration.

Le conjoint présent ne peut donc pas contracter un nouveau mariage tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès de son conjoint absent, se fût-il écoulé plus de cent ans depuis la naissance de celui-ci (art. 147).

382. Cependant en fait il peut arriver que l'époux présent ait contracté un nouveau mariage ; les défenses formulées par la loi ne sont pas toujours respectées. Ce mariage devra-t-il nécessairement être an-

nulé? Non ; car le seul obstacle qui s'opposait à sa validité était l'existence du conjoint absent, et cette existence n'est pas démontrée. En un mot on ne permet pas à l'époux présent de contracter un nouveau mariage tant que dure l'absence de son conjoint, parce que la mort de celui-ci n'est pas certaine ; mais si en fait l'époux présent a contracté un nouveau mariage, sa nullité ne pourra pas être demandée tant que l'absence durera, parce que l'existence du conjoint absent à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage n'est pas démontrée. C'est ce qui résulte de l'article 139, ainsi conçu : « *L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par un fondé de pouvoirs muni de la preuve de son existence* ».

Bien que ce texte parle de l'époux *absent*, expression qui dans la rigueur du langage juridique désigne l'époux *déclaré absent*, on admet en général que l'article 139 est applicable même au cas où l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté est simplement présumé absent. *Eadem est ratio*. Nous avons d'ailleurs déjà remarqué que le langage de la loi n'est pas toujours en cette matière d'une précision rigoureuse.

On admet généralement aussi que le mandataire dont parle l'article 139 est un mandataire *spécial*, c'est-à-dire un mandataire spécialement chargé par l'absent d'attaquer le mariage contracté par le conjoint présent, et non un mandataire général. En effet le mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer ; or le mandat général donné par l'absent avant son départ n'était vraisemblablement relatif dans son idée qu'à l'administration de ses biens ; il ne comprenait pas par conséquent le droit d'attaquer le mariage que pourrait contracter son conjoint. Comment supposer, quand il ne s'en est pas expliqué, que l'absent ait prévu le cas tout à fait extraordinaire où son conjoint viendrait à contracter un nouveau mariage à son préjudice, et ait entendu charger son mandataire général du soin d'attaquer ce mariage le cas échéant?

Il s'agit donc d'un mandataire spécial.

La loi dit que la demande en nullité formée par ce mandataire ne sera recevable qu'autant qu'il sera muni de la preuve de l'existence de l'absent. Mais la procuration donnée par l'absent n'est-elle pas une preuve certaine de son existence? Un mort peut-il donc donner une procuration? — Cela est vrai. Mais d'abord la procuration peut avoir été donnée par l'absent, avant que le mariage fût contracté et alors qu'il était seulement projeté. En ce cas la procuration ne prouve pas que l'absent fût vivant au moment de la célébration du mariage, ce qui est cependant nécessaire pour que le mariage soit nul. Et puis le mandat s'éteint

mâles d'un côté et des femmes de l'autre pour conserver les mêmes numéros de chaque côté de l'échelle, mais cela est indifférent. La figure est disposée de manière à ce que le numéro qui représente le nom de chaque individu représente en même temps le nombre de générations qui existent entre lui et l'auteur commun. Ainsi entre 2^{us} et Pierre, de même qu'entre 2^a et Pierre, il existe deux générations. Partant 1^{us} et 1^a qui sont frère et sœur sont au deuxième degré ($1 + 1 = 2$); 1^{us} et 2^a, oncle et nièce, au troisième ($1 + 2 = 3$); 2^{us} et 2^a, cousins germains, au quatrième ($2 + 2 = 4$); 3^{us} et 3^a cousins issus de germains au sixième...; 6^{us} et 6^a au douzième ($6 + 6 = 12$). Au-delà de ce degré la parenté existe encore, mais elle ne donne plus le droit de succession (art. 755).

398. Le Droit canonique a une autre manière de compter les degrés en ligne collatérale. Nous croyons devoir en parler, car les empêchements au mariage religieux à raison de la parenté sont établis d'après la supputation canonique. Suivant ce mode de calcul, on ne compte les générations que d'un seul côté. Ainsi deux frères sont parents au premier degré en ligne collatérale, deux cousins germains au deuxième. Dans les deux cas qui viennent d'être cités, il y a la même distance entre l'auteur commun et chacun des parents, et il est indifférent par conséquent de compter les degrés d'un côté ou de l'autre. On est alors *in linea collateralis equali*. Il n'en est plus de même quand les deux parents sont inégalement distants de l'auteur commun, comme il arrive pour l'oncle et la nièce dont l'auteur commun est l'aïeul. On voit, en se reportant à la figure ci-dessus, qu'entre l'oncle et l'auteur commun il n'y a qu'une génération et par suite un degré, tandis qu'entre ce même auteur et l'autre parent, la nièce, il y a deux générations et par suite deux degrés. De quel côté faudra-t-il compter dans le Droit canonique? Du côté où il y a le plus de générations, du côté de la nièce par conséquent dans l'espèce proposée. On trouvera ainsi que l'oncle et la nièce sont parents au deuxième degré. Mais nous venons de voir que les cousins germains sont aussi parents au deuxième degré d'après la même supputation. Alors comment distinguer, quand on parlera de parents au deuxième degré, s'il s'agit de cousins germains ou d'un oncle et de ses neveu ou nièce? Pour qu'on puisse le savoir, il faut que l'on dise si les parents sont en *collatérale égale*, *in linea collateralis equali* ou en *collatérale inégale*, *in linea collateralis inaequali*. Deux parents au deuxième degré en collatérale égale sont des cousins germains, en collatérale inégale un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce.

399. La parenté peut être légitime, naturelle ou adoptive, suivant la nature des rapports qui lui servent de base.

La parenté légitime est celle qui résulte de la filiation légitime, et la filiation légitime a elle-même sa source dans le mariage.

La parenté naturelle est celle qui résulte de la filiation naturelle, c'est-à-dire de la filiation qui a sa source dans les rapports de deux personnes non légitimement mariées l'une à l'autre; elle est naturelle simple, adultérine ou incestueuse suivant la nature des rapports auxquels elle doit son origine.

Enfin la parenté adoptive est celle qui a sa source dans une filiation purement civile et par suite fictive, la filiation résultant de l'adoption.

Ainsi la parenté naturelle a son fondement dans la nature seule, la parenté adoptive dans la loi seule (c'est une parenté purement civile), et la parenté légitime dans la nature et dans la loi (c'est une parenté naturelle et civile tout à la fois). La nature qui ne joue aucun rôle dans la parenté adoptive, joue donc un rôle exclusif dans la parenté naturelle, et un rôle important dans la parenté légitime. Aussi emploie-t-on quelquefois l'expression *enfants naturels* par opposition à celle d'*enfants adoptifs* pour distinguer tous les enfants dans la filiation desquels la nature joue un rôle, et cette expression comprend alors même les enfants légitimes.

400. Effets de la parenté.— La parenté confère des droits, impose des obligations et entraîne des incapacités.

Elle confère des droits : ainsi le droit de succéder (art. 731 et s., 757 et s.), le droit de réclamer des aliments (art. 205 et s., 349), le droit de provoquer l'interdiction.

Elle impose des obligations : par exemple l'obligation d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille, l'obligation de payer la dette alimentaire.

Elle entraîne des incapacités. Ces incapacités sont très nombreuses. Il suffit de citer : l'incapacité d'être témoin dans les actes notariés qui frappe certains parents du notaire ou des parties (loi du 25 ventôse an XI, art. 9 et s.), l'incapacité dont sont frappés certains officiers ministériels d'instrumenter pour leurs parents, les empêchements au mariage (art. 161 et s.), etc.

401. B. De l'alliance ou affinité.— Le Code civil qui définit la parenté (art. 736 et s.) ne définit pas l'alliance; il appartient à la doctrine de suppléer à son silence. L'alliance est le lien qui existe entre chaque époux et les parents de l'autre. Chaque époux entre comme allié dans la famille de son conjoint. En me mariant, je deviens l'allié de tous les parents de ma femme. Réciproquement ma femme devient l'alliée de tous mes parents. C'est donc le mariage qui est la source de l'alliance. Cela était admis en Droit romain. *Affinitatis causa fit ex nuptiis*, disent les lois 4, § 3 et 8, D., *De Gradibus et affinitibus*, XXXVIII, 10, et Pothier

définissait pareillement l'alliance : « le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre. »

Le lien de l'alliance n'existe qu'entre chaque époux et les parents de l'autre : il n'existe pas entre les parents d'un époux et les parents de l'autre. Ainsi je suis bien l'allié de tous les parents de ma femme ; mais mes parents ne sont pas les alliés de ceux de ma femme. Dans le monde beaucoup de personnes croient à tort le contraire.

L'alliance emprunte à la parenté sa ligne et son degré ; elle est en effet, comme on l'a fort bien dit, une image affaiblie de la parenté, le miroir de la parenté. Ainsi un parent au troisième degré de ma femme en ligne collatérale est mon allié au troisième degré en ligne collatérale.

L'alliance est légitime, naturelle ou adoptive, suivant qu'elle s'applique aux parents légitimes, aux parents naturels ou aux parents adoptifs de mon conjoint. Ainsi je suis l'allié légitime de tous les parents légitimes de mon conjoint ; je suis l'allié naturel de ses parents naturels, par exemple de son père naturel, et l'allié adoptif de ses parents adoptifs, par exemple de son père adoptif. Pour l'adoption, cette assimilation fait quelque difficulté. La Cour de cassation a résolu la question en ce sens par un arrêt en date du 6 décembre 1844 (Sir., 45. I. 116).

Beaucoup des effets de la parenté sont communs à l'alliance. Ainsi l'alliance comme la parenté donne droit aux aliments et oblige à en fournir (art. 206). De même la plupart des incapacités qui résultent de la parenté s'appliquent à l'alliance : incapacité d'être témoin dans les actes, empêchements au mariage. Mais il y a d'autres effets qui découlent exclusivement de la parenté. Ainsi la parenté confère le droit de succéder, l'alliance au contraire n'hérite pas. De même l'alliance ne donne naissance à aucun des droits ni des devoirs qui se rattachent à la puissance paternelle.

Le Code civil, qui ne dit pas comment l'alliance prend naissance, ne dit pas non plus comment elle prend fin. Certains effets de l'alliance cessent de se produire, lorsque le mariage qui lui a donné naissance est dissous et qu'il n'en reste plus d'enfants. Il en est ainsi notamment de l'obligation alimentaire produite par l'alliance (C., art. 206). Voyez aussi les art. 283 et 378 C. Pr. Faut-il conclure de là que l'alliance cesse d'exister par la mort de l'époux qui la produit et des enfants issus du mariage ?

On a essayé de le soutenir, et à l'argument tiré des textes qui viennent d'être cités, on en a ajouté un autre tiré de l'autorité de notre ancien droit ou s'était accrédité l'adage « morte ma fille, mort mon gendre ». Mais cette solution est repoussée par une jurisprudence constante à laquelle il est difficile de ne pas souscrire. De ce que la mort de l'époux qui produit l'alliance et des enfants issus de son mariage avec l'autre

époux met fin à certains effets de l'alliance, il ne résulte pas nécessairement que ces événements mettent fin à l'alliance elle-même. Il faudrait pour cela un texte formel, et ce texte n'existe pas. L'alliance survivra donc, et continuera à produire tous ses effets autres que ceux exclus par un texte spécial, notamment les empêchements au mariage.

II. Notions générales sur le mariage.

402. Le mariage est l'union légitime de deux personnes de sexe différent dans le double but de fonder une famille nouvelle et de se prêter mutuellement secours et assistance.

Le mariage intéresse principalement les deux époux, mais il intéresse aussi leur famille et la société.

La famille des époux ; car outre que chaque époux devient l'allié des parents de l'autre, leurs deux familles verront entrer dans leur sein les enfants qui naîtront du mariage.

La société ; car le mariage est la source des familles qui elles-mêmes sont la base de la société et de l'État, ce qui a fait dire à un de nos anciens que « le mariage est la pépinière de l'État ».

Aussi tous les législateurs ont-ils réglementé le mariage que la loi naturelle a créé. A leur tour les diverses religions ont appelé sur lui, suivant des rites divers, les bénédictions du ciel ; la religion catholique en a fait un sacrement. « Le mariage, dit Toullier, doit son institution à la nature, sa perfection à la loi, sa sainteté à la religion qui l'a élevé à la dignité de sacrement ».

403. On a vu (*supra*, n° 216) comment dans notre ancien Droit le mariage civil et le mariage religieux se trouvaient confondus ; pour mieux dire le mariage civil y avait été absorbé par le mariage religieux. Cette législation violentait dans leurs convictions religieuses les citoyens qui appartenaient à un autre culte que le culte catholique, en les forçant, pour contracter un mariage valable aux yeux de la loi civile, à faire bénir leur union par les ministres d'une religion à laquelle ils ne croyaient pas. Elle fut abolie au moins en partie par un édit de Louis XVI de 1787 qui, en rendant aux protestants la liberté de leur culte, leur permit de faire constater leurs mariages par les officiers de justice de leur domicile. Mais l'édit de 1787 laissait subsister le droit antérieur relativement aux catholiques.

L'Assemblée constituante ayant proclamé le principe de la liberté des cultes, il en résultait nécessairement que les particuliers ne pouvaient plus être obligés de faire bénir leurs mariages suivant les rites d'une religion particulière. Cette conséquence fut expressément formulée dans l'article 7 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791, ainsi conçu : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. » Il suffit donc désormais, pour qu'un mariage fût valable aux yeux de la

loi civile, qu'il fût contracté et constaté conformément aux prescriptions de la loi civile, quelles que fussent d'ailleurs les croyances religieuses des contractants. C'est là ce que l'on appelle le principe de la *secularisation* du mariage. Le projet de Code civil le reproduisait à peu près dans les mêmes termes que la Constitution de 1791 : « La loi ne considère le mariage que sous les rapports civils. » La discussion, à laquelle cette disposition a donné lieu, nous apprend qu'elle n'a été supprimée que comme inutile.

L'indépendance du mariage civil et du mariage religieux est donc aujourd'hui nettement établie. Le mariage civil a ses conditions d'existence et de validité tout à fait distinctes de celles du mariage religieux ; de telle sorte que tel mariage, contracté conformément aux prescriptions de la loi civile et valable par suite aux yeux de cette loi, peut être nul aux yeux de la loi religieuse dont les prescriptions particulières n'ont pas été observées, et réciproquement. C'est aux particuliers qui tiennent à être mariés valablement aux yeux de la loi civile et aux yeux de la loi religieuse à se mettre en règle avec l'une et l'autre loi.

404. Du principe de l'indépendance du mariage religieux et du mariage civil il aurait dû résulter logiquement que les particuliers peuvent à leur gré, ou contracter un mariage civil et un mariage religieux tout à la fois, ou bien un mariage civil seulement, ou bien un mariage religieux seulement. Notre loi autorise les personnes qui ont d'abord contracté mariage conformément aux prescriptions de la loi civile à contracter ensuite un mariage religieux suivant les rites de leur religion. Elle les autorise aussi à se contenter du mariage civil. Mais elle ne les autorise pas à se contenter seulement du mariage religieux, et par suite elle leur défend de contracter le mariage religieux avant le mariage civil. On lit en effet dans l'article 54 de la loi du 18 germinal de l'an X, qui contient les articles organiques du Concordat : « Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant l'officier civil ». Et cette disposition trouve sa sanction pénale dans les articles 199 et 200 du Code pénal, où sont édictées des peines assez sévères contre tout ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié de la célébration régulière du mariage civil. Pourquoi cette atteinte à la liberté des particuliers et aussi à la logique, qui, le principe de l'indépendance des deux mariages une fois admis, semblerait devoir autoriser les particuliers à se contenter du mariage religieux ? Parce qu'il y a quelque chose qui est au-dessus de la liberté des particuliers et de la logique elle-même, c'est la conservation de la société, et par suite du bon ordre social. L'expérience a prouvé qu'un grand nombre de personnes qui ne se préoccupent que de la loi religieuse, ce qui est un tort, se

contenteraient du mariage religieux ; il semble à leurs yeux que la loi civile usurpe sur la loi religieuse en voulant réglementer elle aussi le mariage. Beaucoup vivraient ainsi dans un état qui, aux yeux de la loi civile, ne peut être qu'un concubinage, et donneraient le jour à des enfants que cette même loi serait obligée de considérer comme bâtards. Il fallait couper ce mal par la racine. Sans doute tous les cultes doivent être libres ; mais il ne faut pas que le principe de la liberté des cultes puisse paralyser l'application de la loi civile. La loi civile est faite dans l'intérêt de tous, et elle doit l'emporter dans les sociétés humaines sur la loi religieuse qui est faite dans l'intérêt de quelques-uns.

CHAPITRE I

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

405. Les conditions requises pour pouvoir contracter mariage ne le sont pas toutes avec la même rigueur. Il y en a dont l'absence rendrait le mariage *inexistant* ; il y en a d'autres dont l'absence rendrait le mariage *nul* ; il y en a enfin dont l'absence forme seulement un obstacle à la célébration du mariage, mais ne permettrait pas d'en prononcer la nullité si le mariage avait été célébré.

Nous allons pour le moment étudier ces différentes conditions pêle-mêle, comme le fait la loi dans notre chapitre, et nous dirons au chapitre des nullités dans quelle catégorie chacune doit rentrer.

En voici l'énumération dans l'ordre où nous les étudierons : 1^o différence de sexe entre les deux parties contractantes ; 2^o consentement des parties ; 3^o âge compétent chez les deux époux ; 4^o nécessité pour les futurs d'obtenir dans certains cas le consentement ou de requérir le conseil de certaines personnes ; 5^o absence pour chaque futur d'un lien conjugal antérieur non dissous ; 6^o absence entre les deux futurs conjoints d'un lien de parenté ou d'alliance au degré où le mariage est prohibé.

406. PREMIÈRE CONDITION. *Les deux contractants doivent être de sexe différent.* — Il faut bien mentionner cette condition puisque les auteurs la mentionnent. Mais n'auraient-ils pas mieux fait d'imiter sur ce point le silence du législateur ? il y a des choses qui sont trop évidentes pour avoir besoin d'être dites ! Aussi bien les recueils de jurisprudence sont-ils à peu près muets sur cette première condition ; on peut voir toutefois à titre de curiosité une décision de la Cour de Montpellier du 8 mai 1872, S., 72. 2. 272.