

il en est autrement des mariages contractés en pays étranger; les publications exigées par l'article 470 sont à peu près le seul moyen de les rendre publics en France. En leur absence ils seront donc la plupart du temps clandestins; et quand le juge constatera cette clandestinité, il devra prononcer la nullité conformément aux articles 494 et 493, qui lui confèrent à cet égard un certain pouvoir d'appréciation. — Ce serait à merveille si les articles 491 et 493 prononçaient d'une manière générale la nullité des mariages *clandestins*. On pourrait équivoquer sur le sens de cette expression, prétendre qu'elle désigne tous les mariages qui n'ont pas été entourés d'une publicité suffisante, et considérer comme tels, suivant les cas, ceux qui n'ont pas été précédés des publications requises. Mais la loi s'exprime tout autrement : elle parle du mariage « qui n'a point été contracté publiquement ». Or, par ces paroles, elle fait allusion à la célébration devant l'officier de l'état civil, et non aux publications; et il est difficile d'en douter si on se réfère à l'article 465 auquel renvoie l'article 494 et qui dit : « Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties ». Ce n'est qu'en étendant les termes de la loi qu'on peut en faire découler la nullité du mariage pour défaut de publications. Or nous savons que par sa nature même notre matière résiste à toute extension. Les articles 494 et 493 offrent donc une base bien fragile au système de la jurisprudence.

*Le deuxième cas, dans lequel les tribunaux pourraient prononcer la nullité, serait celui où un Français est allé se marier en pays étranger dans le but d'échapper aux prescriptions de la loi française, par exemple à la nécessité de faire des actes respectueux quand la loi en exige. En effet, dit-on, la règle *Locus regit actum* ne protège que les actes faits de bonne foi. Les magistrats auraient à apprécier par conséquent la bonne ou la mauvaise foi du Français qui, s'étant marié en pays étranger, n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 470; ils devraient prononcer la nullité en cas de mauvaise foi constatée. Nous répétons que la matière des nullités de mariage repose absolument sur des nullités virtuelles. Pas de nullité sans texte. Nous demandons le texte qui prononce la nullité qu'on veut établir!

458. Aux termes de l'article 171 : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile ». Le but de la transcription ou copie exigée par cet article est de faciliter aux intéressés, et principalement aux époux eux-mêmes, la preuve du mariage qui serait difficile et dispendieux s'il fallait pour se la procurer avoir recours aux registres de l'état civil du pays où le mariage a été célébré. Peut-être aussi cette transcription a-t-elle pour but de donner au mariage une certaine publicité en France.

Quel est l'effet du défaut de transcription dans le délai légal? Le projet contenait une disposition ainsi conçue : « Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une amende qui ne pourra être moindre de cent francs, ni excéder mille francs... » Cette disposition pénale a disparu de la rédaction définitive sur l'observation inexacte faite par le conseiller d'Etat Réal : que la sanction de l'obligation dont il s'agit se trouvait dans les lois sur l'enregistrement. Et comme il n'appartient pas à l'interprète de compléter l'œuvre du législateur, on doit en conclure que l'obligation imposée par l'article 171 se trouve n'avoir aucune sanction. Tel n'est pas l'avis de tous les auteurs. Mais les dissidents ne sont pas d'accord entre eux sur

le point de savoir quelle sanction il convient de donner à la loi. N'est-ce pas ce qui arrive fatalement, quand les interprètes entreprennent de corriger la loi? Chacun le fait à sa guise.

Les uns veulent qu'à défaut de la transcription le mariage soit destitué de tous ses effets civils en France. Ainsi les enfants issus de ce mariage ne pourraient pas se prétendre légitimes et réclamer à ce titre, au préjudice d'autres héritiers français, des biens laissés en France par leurs parents décédés.

D'autres estiment que le défaut de transcription devrait seulement avoir pour résultat de mettre les époux ou leurs ayant-cause dans l'impossibilité de se prévaloir vis-à-vis des tiers de certains effets de leur mariage. Lesquels? ceux qui sont attachés à la publicité du mariage, c'est-à-dire ceux que la loi lui fait produire à raison de la publicité dont elle le suppose entouré. Ainsi la femme ne pourrait pas se prévaloir à l'encontre des tiers de l'hypothèque légale que l'article 2124 lui accorde sur les biens de son mari. — Il y a encore d'autres variantes.

Tout cela est plus ou moins arbitraire, et par suite inadmissible. Nous l'avons déjà dit : il n'appartient pas à l'interprète de créer la sanction que le législateur a oublié d'établir. Telle paraît être la solution admise par la jurisprudence, qui cependant accorde aux tiers lésés par le défaut de transcription une action en dommages-intérêts contre les époux par application de l'article 1382 (Cas., 28 déc. 1874, Sir., 75. 4. 347).

S'il est vrai que l'article 471 n'a pas de sanction, il est clair que le délai de trois mois qu'il prescrit pour effectuer la transcription de l'acte de mariage n'est pas fatal. Cette formalité pourrait donc encore être remplie après l'expiration du délai, et on ne voit pas bien clairement pourquoi il serait nécessaire en pareil cas d'obtenir une autorisation de la justice, ainsi que le prescrit cependant une circulaire du grand juge du 5 germinal de l'an XII.

§ II. Formalités relatives à la célébration du mariage des étrangers en France.

459. Il faut distinguer si les deux contractants ont la même nationalité ou une nationalité différente.

a). Les deux contractants ont la même nationalité : ainsi, un Anglais veut épouser en France une Anglaise.

Le mariage pourra être célébré, soit devant un officier de l'état civil français, dans les formes prescrites par la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum*, soit devant le consul ou l'agent diplomatique accrédité en France par le gouvernement du pays auquel les contractants appartiennent, en supposant qu'il ait qualité pour cette célébration d'après la loi du pays.

b). Les deux contractants ont une nationalité différente. Peu importe que l'un d'eux soit Français, le mariage ne pourra être célébré que suivant les formes prescrites par la loi française conformément à la règle *Locus regit actum*. Un consul ou agent diplomatique étranger n'aurait plus ici qualité; car l'officier public qui célèbre le mariage doit être compétent par rapport aux deux parties, et un consul ou agent diplomati-

celles qui font partie du patrimoine, car c'est au patrimoine que les héritiers succèdent; or l'action en nullité du mariage est en dehors du patrimoine; donc elle ne passe pas aux héritiers. Attachée au titre d'époux, elle doit être aussi intransmissible que lui.

La question est plus délicate dans le cas où l'époux est mort pendant le cours de l'instance en nullité, c'est-à-dire après avoir intenté l'action, mais avant qu'elle ait pu recevoir une solution définitive. Les héritiers pourront-ils continuer l'action? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur l'ancienne règle romaine: *Actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ iudicio salvæ permanent* (L. 439, D., *De Reg. Jur.*). Le Droit romain étant abrogé, cette règle ne peut plus avoir aujourd'hui qu'une autorité de raison; or précisément elle n'a de fondement rationnel qu'en ce qui concerne les actions faisant partie du patrimoine; elle est donc inapplicable à notre action qui n'en fait pas partie. La règle romaine écartée, nous restons en face du caractère éminemment personnel de l'action dont il s'agit, et il semble qu'à ce titre elle doit mourir avec celui à qui elle appartient, même quand elle a été *inclusa iudicio*. Les héritiers ne pourront donc pas la continuer.

490. 2^o L'action en nullité résultant de la violence ou de l'erreur est susceptible de se couvrir, c'est-à-dire d'être écartée par une fin de non-recevoir qui consiste ici dans la ratification de l'époux auquel appartient l'action en nullité. L'article 182 va nous dire d'où peut résulter cette ratification: « Dans le cas de l'article précédent la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ».

L'époux victime de la violence a recouvré sa liberté, ou bien l'époux induit en erreur a découvert son erreur. A dater de cette époque, il cohabite d'une manière continue avec son conjoint pendant six mois sans intenter l'action en nullité. La loi le considère comme ayant tacitement renoncé au droit d'exercer cette action, et par suite comme ayant ratifié le mariage. Garderait-il si longtemps le silence, s'il avait l'intention de l'attaquer? Il ne pourra donc plus faire annuler le mariage, et comme lui seul avait ce droit, le mariage sera désormais inattaquable.

Le délai de six mois ne court, dit notre article, qu'à compter du jour de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. En effet l'époux ne peut intenter l'action en nullité fondée sur l'erreur tant que son erreur n'est pas découverte, et il ne peut intenter librement celle fondée sur la violence tant que dure la violence. Or il est clair que l'inaction de l'époux ne peut être considérée de sa part comme entraînant renonciation à l'action en nullité, qu'autant qu'il peut agir et agir librement.

D'autre part, pour que le silence gardé par l'époux pendant les six mois dont nous venons de déterminer le point de départ entraîne confirmation tacite du mariage, il faut qu'il ait cohabité d'une manière continue avec son conjoint pendant toute la durée de ce délai. Alors

seulement on peut dire qu'il a approuvé tacitement le mariage. Il proteste contre lui bien plus qu'il ne l'approuve, s'il vit séparément de son conjoint.

491. En nous disant que la confirmation tacite du mariage résultera des circonstances qu'il détermine, l'article 181 nous dit implicitement qu'elle ne pourrait pas s'induire d'autres circonstances. On ne concevrait pas en effet que le législateur eût indiqué un cas unique de ratification tacite, s'il avait voulu que le juge pût en admettre d'autres. C'est ainsi que la grossesse de la femme, à quelque époque qu'elle soit survenue, ne constituerait par une fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui appartient soit à elle-même soit à son mari. Cela est d'ailleurs fondé en raison. En effet si l'action en nullité appartient à la femme, sa grossesse ne prouve pas nécessairement qu'elle ait ratifié le mariage en exécutant volontairement les devoirs qu'il impose, car elle a peut-être été violente. Et si l'action en nullité appartient au mari, la grossesse de la femme est encore bien moins probante, parce qu'elle peut être le fruit d'un adultère.

Autre est la question de savoir si l'action en nullité pourrait se couvrir par suite d'une ratification expresse de l'époux auquel appartient cette action. La loi admettant la ratification tacite, au moins dans un cas particulier, on comprendrait difficilement qu'elle ne tint pas compte de la ratification expresse, qui laisse en général moins de doute que la première sur l'intention de son auteur, une volonté exprimée étant ordinairement plus certaine que celle qui est manifestée tacitement par des faits. Et toutefois il y a quelque hésitation sur ce point, parce que la loi ne parle pas de la ratification expresse, et que d'ailleurs les faits, d'où l'article 182 fait résulter la ratification tacite, peuvent paraître plus significatifs que des paroles.

* 492. Si le mariage annulable pour l'une des causes indiquées en l'article 180 n'a jamais été ratifié ni expressément ni tacitement, l'action en nullité pourra-t-elle être exercée indéfiniment, sans qu'à aucune époque on puisse opposer à l'époux qui l'intente une fin de non-recevoir résultant de la prescription? L'affirmative a des partisans. Ils disent: l'action qui tend à faire annuler un mariage est une action relative à l'état des personnes; or les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles (arg., art. 328). Mais on a remarqué avec raison que la loi ne formule nulle part cette prétendue règle dans ces termes absolus. Elle déclare imprescriptibles certaines actions en réclamation d'état, et il ne résulte pas de là que toutes doivent avoir ce caractère. En principe toutes les actions sont prescriptibles (art. 2262). Les textes qui déclarent certaines actions imprescriptibles sont donc des exceptions au Droit commun, et doivent à ce titre être interprétés restrictivement. On ne peut, sans violer cette règle, appliquer à toutes les actions en réclamation d'état l'exception que la loi établit pour quelques-unes seulement.

En admettant que l'action en nullité du mariage est prescriptible, une nouvelle difficulté s'élève sur le point de savoir s'il y a lieu d'appliquer la prescription de dix ans de l'article 1304, ou celle de trente ans conformément à l'article 2262. L'idée de s'en tenir à la prescription de dix ans séduit tout d'abord. L'article 1304 ne dit-il pas que « dans tous les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans »? Oui; mais d'abord il est très-douteux que les règles établies par le

riage il n'y a pas de nullité virtuelle, il faut un texte; or nous en avons bien un qui prononce la nullité pour défaut de consentement du conseil de famille, c'est l'article 182; mais ce texte ni aucun autre ne prononce la nullité pour défaut de consentement du tuteur *ad hoc*. C'est un oubli peut-être; mais la conséquence d'un oubli en cette matière ne doit-elle pas être l'absence de nullité?

L'action en nullité est exclusivement attachée à la personne de ceux dont le consentement était requis pour la validité du mariage (argument de ces mots de l'article 182 « ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis », et de la nature de l'action dont il s'agit.) De là il résulte qu'elle ne peut pas être exercée par les créanciers agissant en vertu de l'article 1166. Il en résulte aussi qu'après la mort de l'ascendant à qui cette action appartenait, elle ne passe pas à l'ascendant ou aux ascendants qui le remplaceraient s'il s'agissait de donner actuellement un consentement au mariage: ainsi l'action en nullité qui appartient à la mère ne passerait pas après sa mort aux aïeux et aïeules. Il en résulte enfin que les héritiers de l'ascendant auquel appartenait l'action en nullité ne pourraient pas après sa mort l'exercer en son lieu et place; ils ne pourraient même pas, suivant l'opinion générale, continuer l'action en nullité qui aurait été introduite par leurs auteurs.

496. B. L'action en nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille appartient à l'époux qui avait besoin de ce consentement. La loi craint sans doute que cet époux n'ait été victime d'une séduction.

L'action en nullité n'appartient qu'à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi; elle n'appartiendrait pas à l'autre époux, le texte est formel.

497. Remarque. — Le défaut d'actes respectueux, dans les cas où la loi en exige, ne peut jamais donner lieu à la nullité du mariage; il ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif.

498. L'action en nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille est susceptible de se couvrir, c'est-à-dire d'être écartée par certaines fins de non-recevoir qu'indique l'article 183: « *L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.* »

La loi admet donc deux fins de non-recevoir contre l'action en nullité qui nous occupe: l'une résultant de la ratification des ascendants ou du conseil de famille, l'autre résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi.

499. 1^o *Fin de non-recevoir résultant de la ratification des ascendants ou du conseil de famille dont le consentement était requis et n'a pas été*

obtenu. Cette ratification purge le vice dont le mariage était atteint. La loi la considère comme suppléant au consentement qui aurait dû être obtenu. A bien prendre, c'est un consentement tardif donné au mariage. Et cela explique que cette ratification éteigne, non-seulement l'action en nullité des parents, mais aussi celle de l'époux, et rende ainsi le mariage inattaquable.

Le droit de ratifier le mariage appartient à celui ou à ceux dont le consentement aurait dû être et n'a pas été obtenu, à ceux en un mot auxquels est accordée l'action en nullité, et à eux seulement. La ratification n'est en effet qu'une renonciation à l'action en nullité, et celui-là seul auquel une action appartient peut y renoncer.

De là il résulte qu'après la mort de l'ascendant auquel appartient l'action en nullité, le droit de ratifier le mariage ne passe pas à l'ascendant d'un degré plus éloigné auquel appartiendrait aujourd'hui le droit de consentir au mariage, pas plus que l'action en nullité elle-même. Le droit de ratification est aussi intransmissible que cette action.

La ratification des ascendants ou du conseil de famille peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand elle est faite *expressis verbis*. Dans le silence de la loi on doit décider qu'elle n'est assujettie à aucune forme particulière et que son existence pourrait être prouvée par les modes de preuve du Droit commun; elle pourrait donc être établie même par une simple lettre missive.

Tacite, lorsqu'elle a lieu *facto*, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte de certains faits qui impliquent, de la part de celui auquel appartient l'action en nullité, une renonciation à cette action, et par suite une approbation du mariage. Pothier cite comme exemple le cas où le père, auquel appartient l'action en nullité, a été parrain de l'enfant issu du mariage. En cas de contestation les juges apprécieront les faits.

Notre article indique un cas particulier de ratification tacite, résultant du silence gardé par « ceux dont le consentement était nécessaire » pendant un délai d'un an à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage. Le législateur présume alors qu'ils ont renoncé à l'action en nullité, et cette présomption n'admet pas de preuve contraire (arg., art. 1352, al. 2).

On décide généralement que la mort de l'époux, qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi, n'éteindrait pas l'action en nullité qui appartient aux ascendants, non plus que l'avènement de la majorité matrimoniale chez cet époux. Ces fins de non-recevoir doivent être rejetées par cela seul qu'elles ne sont pas écrites dans la loi.

500. 2^o *Fin de non-recevoir résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi.* L'art. 183 dit que « l'action ne peut plus être intentée par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année

sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. » C'est un cas particulier de ratification tacite. L'époux, qui laisse expirer le délai fixé par notre article sans intenter l'action en nullité, est considéré comme ayant renoncé à cette action et par suite comme ayant ratifié le mariage. Il n'est pas nécessaire (car la loi ne l'exige pas) qu'il y ait eu cohabitation entre les époux pendant le délai dont il vient d'être parlé. A cet égard d'ailleurs on remarquera que la rédaction de l'article 183, al. final, est bien différente de celle de l'article 181. Le délai ne court qu'à compter du jour où l'époux « a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage », par conséquent à dater du jour où l'époux a atteint l'âge de vingt-un ans ou l'âge de vingt-cinq ans suivant les cas.

Si l'on compare l'un à l'autre les deux alinéas de l'article 183, on voit que, tandis que l'alinéa 1^{er}, relatif à la ratification des parents dont le consentement était requis, établit en principe qu'ils peuvent ratifier le mariage « expressément ou tacitement », l'alinéa 2 au contraire, relatif à la ratification de l'époux, signale seulement un cas particulier de ratification tacite résultant du silence gardé par cet époux pendant un an. De là il semble résulter :

1^o Que la loi n'admet pas en ce qui concerne l'époux d'autre cas de ratification tacite que celui qu'elle signale. Notamment la ratification ne pourrait pas s'induire de la cohabitation des époux.

2^o Que la ratification *expresse* de l'époux auquel appartient l'action en nullité serait inopérante.

Et toutefois ces deux déductions sont contestées ; la seconde l'est surtout très-gravement. Une volonté exprimée, dit-on, paraît plus certaine qu'une volonté qui s'induit de certains faits, et il semble difficile par suite de ne pas tenir compte d'une manifestation expresse de volonté, quand la loi admet, fût-ce dans un seul cas, une manifestation tacite. La ratification expresse semble donc devoir être admise *a fortiori*. Bien entendu elle ne serait possible qu'à l'époque où la loi admet la ratification tacite, c'est-à-dire lorsque l'époux aura atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

La ratification émanée de l'époux n'éteint que l'action en nullité qui lui appartient, mais non celle qui appartient aux parents dont le consentement était requis. Cela résulte à n'en pas douter de la comparaison des deux alinéas de l'article 183.

501. La doctrine reconnaît une autre fin de non-recevoir contre l'action en nullité de l'époux, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille. Elle aurait lieu dans le cas où cet époux aurait commis un dol pour persuader à son conjoint qu'il était capable de consentir par lui-même au mariage, par exemple en présentant un faux acte de naissance. C'est du moins ce qu'on peut induire par argument de l'article 4340.

N^o 2. Des nullités absolues.

502. Les nullités absolues peuvent résulter de l'une des cinq causes suivantes : 1^o impuberté des époux ou de l'un d'eux ; 2^o bigamie ; 3^o inceste ; 4^o clandestinité du mariage ; 5^o incompétence de l'officier de l'état civil.

Les trois premières causes sont mentionnées par l'article 184, les deux dernières par l'article 191.

Toutes ces nullités sont basées sur l'ordre public. Elles sont en principe non susceptibles de se couvrir soit par le temps (*ordo publicus perpetuo clamat*), soit par la ratification de ceux auxquels appartient l'action en nullité. Elles peuvent en principe être proposées par toute personne intéressée et par le ministère public. C'est ce qui résulte des articles 184 et 191, ainsi conçus :

« Art. 184. *Tout mariage 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.* »

« Art. 191. *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.* »

503. Nous disons d'abord que les nullités absolues peuvent être proposées par toute personne intéressée. L'intérêt qui sert de fondement à l'action en nullité peut être moral ou pécuniaire.

504. **Actions en nullité basées sur un intérêt moral.**— En Droit commun, un intérêt simplement moral ne peut pas servir de fondement à une action. La loi déroge ici à ce principe ; et comme toutes les exceptions au Droit commun sont de stricte interprétation, il faut en conclure que l'énumération donnée par la loi des personnes qui peuvent proposer les nullités absolues de mariage sur le fondement d'un simple intérêt moral, est essentiellement limitative. Ces personnes sont :

1^o Les époux eux-mêmes (art. 184). La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que l'action en nullité appartiendrait même à l'époux coupable, ainsi à l'époux bigame si le mariage est nul pour contravention à l'article 147, à l'époux impubère si le mariage est nul pour contravention à l'article 144. Cette dérogation à la règle *nemo ex culpa sua debet consequi emolumentum*, s'explique par le désir qu'a eu le législateur de mieux assurer la sanction de la nullité en multipliant le nombre des personnes qui peuvent la demander.

2^o En cas de bigamie, l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté. « *L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité même du vivant de l'époux qui était engagé avec lui* » (art. 188).

3^o Les ascendants, à quelque degré que ce soit, de l'un ou de l'autre des époux.

Le droit pour les ascendants de demander la nullité en vertu d'un intérêt exclusi-