

LA NULLITE DU CONTRAT DE MARIAGE

Germain Brière*

Il est relativement facile de déterminer les conditions de fond et de forme du contrat de mariage, mais il est plus difficile de savoir quelle sanction il faut appliquer quand ce contrat ne remplit pas l'une ou l'autre des conditions requises. Certes, le contrat de mariage n'est pas le seul acte au sujet duquel on se demande encore si l'inobservation des prescriptions de la loi ou l'infraction à ses défenses appelle, comme sanction, la nullité absolue ou la nullité relative, car la théorie des nullités est l'une des matières les plus difficiles du droit.¹ Mais comme ce contrat est d'un type tout particulier, en raison de son caractère tant irrévocable que composite, l'analyse de sa nullité n'en est que plus complexe. C'est sans doute ce qui explique les courants nettement contradictoires que l'on décèle à ce sujet dans la doctrine et la jurisprudence, tant au Québec qu'en France.

Pourtant, il n'est pas inutile de savoir si la violation des règles relatives au contrat de mariage entraîne tel type de nullité plutôt que l'autre. On connaît en effet les effets radicalement différents de la nullité absolue et de la nullité relative, quant aux personnes qui peuvent la faire valoir, quant à la possibilité de confirmer l'acte, enfin quant au temps durant lequel la nullité peut être invoquée.²

La question n'est donc pas dépourvue d'intérêt pratique. Pour y apporter tout au moins des éléments de solution, il importe de faire les distinctions qui s'imposent entre les diverses causes de nullité du contrat de mariage. Elles seront groupées en deux catégories, la première étant réservée aux causes qui donnent sûrement lieu à la nullité absolue, et la seconde à celles qui engendrent une nullité dont le caractère demeure incertain mais qui pourrait fort bien n'être que relative.

I — LES CAUSES DE NULLITÉ ABSOLUE

Les vices de forme, ainsi que les atteintes à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois prohibitives constituent les seules causes susceptibles d'entraîner de façon incontestable la nullité absolue du contrat de mariage. Aussi est-il opportun de les considérer séparément, ce qui facilitera d'ailleurs la solution quant aux autres causes de nullité.

*Professeur à la Faculté de Droit, Université d'Ottawa (section de droit civil).

¹Trudel, G., *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, p. 98.

²Les caractères différents des deux genres de nullité ont été particulièrement bien soulignés par le juge R. Taschereau, dans l'arrêt *Rosconi v. Dubois*, [1951] S.C.R. 554, à la page 576.

A — *Les vices de forme.*

Comme la loi exige que toutes les conventions matrimoniales soient rédigées *en forme notariée* (art. 1264 C.C.), il en résulte que le contrat de mariage sous seing privé est nul de nullité absolue; c'est là en effet la sanction habituelle des vices de forme qui affectent un acte solennel.³

Précisons que l'acte notarié en brevet n'échapperait pas à la nullité,⁴ notamment parce que le contrat de mariage n'est pas au nombre des actes que la Loi du notariat indique comme pouvant être reçus de cette façon.

Cette exigence de l'acte notarié ne devrait cependant pas s'appliquer au contrat de mariage fait à l'étranger, même lorsque l'un des futurs époux est domicilié dans la province de Québec; l'adage *locus regit actum* est en effet reconnu par notre droit (art. 7 C.C.).⁵

Par ailleurs, il n'y a pas que le contrat de mariage sous seing privé qui soit nul quant à la forme. Le législateur a sans doute voulu que l'acte notarié en question fût *authentique*, donc qu'il remplisse les conditions de l'article 1208 C.C. Dans l'affaire *Dame Jacques v. Lessard*,⁶ on a considéré un contrat de mariage comme nul pour le seul motif que la signature de l'une des parties faisait défaut. C'est la femme qui avait demandé l'annulation, alléguant que son père n'avait pas signé ce contrat passé alors qu'elle était en minorité; la présence du père ainsi que son consentement étaient pourtant mentionnés à l'acte, mais il n'y apparaissait pas qu'il était incapable de signer. Les juges Rivard et Dorion ont affirmé alors que l'acte, n'étant pas authentique, ne répondait pas aux exigences de l'article 1264. Le juge Dorion — il est intéressant de le noter — dit ne pas mettre en doute « la nullité absolue qui doit résulter du défaut d'autorisation »; il semble plutôt que la nullité absolue résulte en l'occurrence de l'inaccomplissement d'une formalité de l'acte authentique : la signature de l'une des parties à l'acte; le défaut d'autorisation est une cause d'annulation et non de nullité absolue, comme on le soutiendra plus loin.⁷

Autre exemple : le contrat de mariage serait nul si le consentement d'une

³L'exemption de la forme notariée pour les contrats de mariage faits dans certaines localités ne semble plus avoir d'application aujourd'hui. Cf. Faribault, L., *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, p. 45.

⁴Faribault, L., *op. cit.*, p. 42.

⁵Cf. Lesage, A., *Considérations sur un contrat de mariage signé aux Etats-Unis*, 59 R. du N., 533. L'auteur y analyse la validité et les effets du contrat de mariage fait dans l'Etat de New-York sous la forme des identures. Cf. également Castel, J.-G., *De la forme des actes juridiques et instrumentaires en droit international privé québécois*, (1957), 35 Can. Bar Rev. 654, à la page 689.

⁶(1932), 52 B.R. 325.

⁷Dans cette affaire, le juge Bernier s'est porté dissident, estimant que la loi n'exige pas que le consentement et l'assistance soient donnés par écrit et sous la signature des personnes concernées.

personne incapable de signer, étant partie à l'acte pour y assister son fils mineur, n'était pas reçu en présence d'un témoin habile qui signât.⁸

On peut aussi se demander si le contrat de mariage est nul pour vice de forme lorsque l'une des parties y est représentée par une personne munie d'une procuration qui n'est pas en forme notariée, comme doit l'être le contrat de mariage lui-même. Certains de nos auteurs adoptent l'opinion des auteurs français selon laquelle l'acte authentique sous forme de procuration est alors exigé.⁹ Le praticien fera sûrement mieux d'exiger une procuration en forme notariée, mais il semble que les tribunaux hésiteraient à annuler un contrat de mariage simplement parce que la procuration en question serait donnée d'une autre façon. On a en effet refusé d'invalider d'autres actes solennels quand la procuration n'était pas dans la même forme.¹⁰

La *posteriorité* du contrat de mariage à la célébration du mariage lui-même constitue une autre violation des règles de forme (art. 1264 C.C.) et entraîne aussi la nullité absolue.¹¹ Le contrat de mariage passé le jour même du mariage, mais avant la célébration, serait cependant valide.¹²

On connaît par ailleurs la possibilité de modifier le contrat de mariage avant le mariage ; cela ne peut se faire, toutefois, qu'à des conditions très précises (art. 1266 C.C.), dont l'inaccomplissement entraîne la nullité absolue des changements apportés. Il semble d'ailleurs qu'on doive appliquer cette sévérité à tout acte juridique susceptible d'interférer sur les effets du contrat de mariage et non seulement à un changement explicite du contrat initial. Il a été jugé en effet que

«constitue un changement aux conventions matrimoniales et doit à peine de nullité être constaté par acte notarié, tout ce qui déroge à ces conventions entre les parties ou entre l'une d'elles et un tiers, tout ce qui modifie directement ou indirectement la situation créée par ces conventions, tout ce qui a pour effet de diminuer ou d'augmenter les avantages que les parties se sont concédés.»¹³

L'inobservation des *règles de publicité* est-elle soumise à la même sanction ? Il semble plutôt qu'elle n'entraîne aucune nullité, mais simplement l'inopposabilité aux tiers. Cette publicité, d'une nature particulière, est prévue aux arti-

⁸Cela résulte implicitement des motifs du juge St-Germain dans l'affaire *Lessard v. dame Nadcau* (1939), 66 B.R. 175.

⁹Cf. Turgeon, H., *Le contrat de mariage du mineur* (1941), R. du B., 157. Aussi, Faribault, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰Dans l'arrêt *Pesant v. Robin* (1918), 58 S.C.R. 96, où le problème s'est posé au sujet de l'acceptation d'une donation, le juge Anglin affirme :

« The requirement of the law, in the Province of Quebec, that an instrument should be in authentic form does not import that the authority of an agent to execute it must be evidenced in the same manner. »

A l'appui, il cite notamment la décision *La Société de Prêts v. Lachance* (1896), 5 B.R. 11, écartant la nécessité de l'acte notarié pour la nomination d'un mandataire chargé de passer un acte d'hypothèque.

¹¹Faribault, *op. cit.*, p. 44.

¹²Mignault, *Le Droit civil canadien*, t. 6, p. 128. Aussi, Faribault, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³*Gagné v. Berthiaume*, [1951] C.S. 366.

cles 65 et 1834 C.C. Précisons que le défaut d'enregistrement du contrat de mariage n'affecte aucunement le contrat lui-même, puisqu'il n'est pas exigé ; cependant, on doit souvent l'enregistrer, non pas en raison de la nature de cet acte, mais parce qu'il contient certaines donations, même mobilières (art. 807 C.C.), ou encore parce qu'il transfère la propriété d'un immeuble (art. 2098 C.C.).

B — *Les atteintes aux bonnes moeurs, à l'ordre public ou à une loi prohibitive.*

Si le législateur a voulu accorder aux futurs époux une latitude toute spéciale dans leurs conventions matrimoniales, il n'a pas permis pour autant celles qui seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs ou interdites par quelque loi prohibitive (art. 1258 C.C.). Les dispositions ainsi prohibées sont nulles par application de l'article 14 C.C., et il ne fait pas de doute qu'il s'agit là d'une nullité absolue.

L'article 1259 C.C. fournit des exemples généraux de ces conventions prohibées. Il en résulte que le mari ne pourrait renoncer par contrat de mariage à choisir la résidence commune (art. 175 C.C.), à autoriser sa femme à ester en justice ou à contracter en dehors des cas où cette autorisation n'est pas requise (arts 176 et 177 C.C.), à administrer la communauté (art. 1280 C.C.), à exercer lui-même l'autorité paternelle (art. 243 C.C.). Ainsi, on a considéré comme nulle la convention écrite (non contenue dans un contrat de mariage, en l'occurrence) par laquelle des époux de religion différente s'engageaient à élever leurs enfants dans la religion de la mère.¹⁴

Seraient également nulles la disposition du contrat de mariage qui porterait renonciation par la femme à son droit d'option sur la communauté (art. 1338 C.C.), et la stipulation que l'un des époux supporterait une plus forte part des dettes communes que la part proportionnelle de l'actif commun qu'il recevrait (art. 1407 C.C.). Dans l'affaire *Weingart v. Stober & Jacobson*, on a considéré comme non écrite, parce qu'immorale et illégale, la clause ainsi rédigée : « It is especially covenanted that should any dispute arise between the said future consorts, which will lead to any action in any Court of Justice, the donation above mentioned will become null and void. »¹⁵

On violerait encore une loi prohibitive en faisant dans un contrat de mariage une donation qui n'est pas permise, même dans un contrat de ce genre. Ainsi, par application de l'article 820 C.C., a-t-on déclaré nulle quant aux tiers une donation de biens à venir faite en un contrat de mariage par le futur époux à la

¹⁴*Shannon v. Syndics d'écoles dissidentes de St-Romuald* (1929), 67 C.S. 263. Notons toutefois que si le jugement a été confirmé en Cour d'Appel et en Cour Suprême, on ne s'y est pas prononcé sur la nullité de la stipulation en question.

¹⁵(1920), 57 C.S. 321. En Cour de revision, (1922), 60 C.S. 55, on s'est demandé si la condition précitée, qu'on a qualifiée plutôt de contraire à l'ordre public, devait être considérée comme non écrite ou si elle devait entraîner la nullité du contrat de mariage ; on a opté pour la première solution, confirmant ainsi le jugement de première instance.

future épouse et à sa succession légale ou testamentaire, les héritiers étant en l'occurrence les frères et sœurs de l'épouse.¹⁶

Ce sont là autant de causes de nullité absolue. On doit donc leur appliquer les conséquences attachées à ce type de nullité : tout intéressé peut s'en prévaloir, le contrat de mariage ne peut être validé par confirmation ou ratification même avant le mariage, et l'action en nullité ne peut s'éteindre par une prescription autre que la trentenaire, prescription qui ne devrait d'ailleurs commencer à courir qu'après la dissolution du mariage.

Il ne faudrait pas en conclure cependant que la nullité, quoique absolue, frappe en tout état de cause, l'ensemble du contrat de mariage. Les tribunaux évitent dans la mesure du possible la nullité complète, sans doute parce que les époux ne pourraient refaire leurs conventions après le mariage et qu'ils se verraient placés sous le régime de la communauté légale. Le caractère composite de ce contrat se prête d'ailleurs fort bien à ces distinctions. On peut donc envisager la chute isolée d'une donation ou d'une clause contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs¹⁷ ou à quelque loi prohibitive.

On admet généralement en France que les diverses dispositions d'un contrat de mariage ne doivent pas en principe être considérées comme indivisibles, et que, par suite, la nullité de l'une n'entraîne pas la nullité des autres, à moins que ces dispositions différentes ne soient, en fait, incontestablement liées.¹⁸

On trouve d'ailleurs la même règle dans notre droit ; Mignault l'exprime ainsi : « La nullité de l'une des clauses du contrat entraîne la nullité des conventions consenties en considération de cette clause et de celles qui en sont la conséquence ; le contrat reste valable pour le surplus. »¹⁹

La jurisprudence a appliqué ce principe à plusieurs reprises. Dans l'arrêt *Dufresne v. Dufresne*,²⁰ on a considéré comme nul un contrat de mariage d'un mineur pour le motif que les conventions matrimoniales détaillées n'avaient pas été soumises au conseil de famille ; mais on n'a pas invalidé pour autant une donation de biens présents faite par le beau-père à sa future bru mineure. "Toutes les libéralités", écrit le juge Carroll, "qu'un tiers peut faire en vue et comme considération du mariage sont étrangères au pacte matrimonial entre les époux." En première instance,²¹ le juge Belleau avait tenu des propos à peu près identiques.

Les tribunaux ont en l'occurrence un large pouvoir d'appréciation ; ils considéreront l'importance que la clause suspecte présente dans l'aménagement du contrat ; si elle n'a qu'un caractère accessoire, si l'on peut la supprimer sans dénaturer le contrat, si elle n'affecte pas son économie, la clause seule sera

¹⁶*Marceau v. dame Tassé* (1918), 53 C.S. 425.

¹⁷Cf. l'arrêt *Weingart v. Stober & Jacobson*, précité.

¹⁸Dalloz, *Répertoire de droit civil* (Paris 1951), t. 1, p. 1021.

¹⁹*Op. cit.*, t. 6, p. 141.

²⁰(1919), 28 B.R. 318. V. *infra*, pour discussion sur le caractère de la nullité.

²¹(1918), 54 C.S. 255.

nulle ; mais si cette clause commande l'ensemble du contrat de mariage, celui-ci doit tomber ; la nullité d'une clause entraîne la chute du tout lorsqu'il y a indivisibilité de fait entre les diverses dispositions.

On peut d'ailleurs citer dans ce sens une décision de la Cour Suprême. En considérant comme nulle une donation à cause de mort contenue dans un contrat de mariage, parce que cette donation était faite à des enfants nés d'un premier mariage, cette Cour a affirmé que la nullité d'une telle clause n'entraînait pas la nullité de tout le contrat :

"Il n'y a pas, entre le contrat dans l'ensemble et la clause spéciale en question une dépendance telle que la nullité de la clause entraîne la nullité du contrat ; ce serait contraire à la volonté des parties de faire tomber le régime matrimonial pour cette cause."²²

II — LES CAUSES QUI ENGENDRENT UNE NULLITÉ QUI POURRAIT N'ÊTRE QUE RELATIVE.

Il existe d'autres causes susceptibles d'entraîner la chute des conventions matrimoniales ; ce sont essentiellement l'incapacité des parties et les vices du consentement.²³ La nullité qui en résulte est-elle simplement relative, comme dans les contrats en général, ou revêt-elle ici, tout simplement parce qu'il s'agit des conventions matrimoniales, le caractère absolu que nous avons reconnu, conformément au droit commun d'ailleurs, pour les causes étudiées dans la première partie de cet article ? La question est à peu près dénuée d'intérêt pratique pour ce qui est des vices du consentement, pareils vices ne se concevant guère étant donné le caractère solennel du contrat ; mais il n'en est pas ainsi des nullités résultant d'un défaut de capacité ou d'une lésion. L'enjeu est considérable, car si on applique les règles de la nullité des contrats en général aux cas d'incapacité et de vices du consentement, le contrat de mariage ne sera pas nul mais annulable à la seule demande de l'incapable (art. 987 C.C.) ou de la victime du vice du consentement (art. 1000 C.C.), l'action se prescrira par dix ans (art. 2258 C.C.) et la confirmation demeurera possible.

Il importe de se demander ici *en quoi le contrat de mariage peut être nul pour cause d'incapacité*. Pour ce qui est du *mineur*, on note que le Code déroge à la règle générale de son incapacité (arts 1267 et 1006 C.C.). Dans son contrat de mariage, il agit personnellement ; il doit cependant être assisté, et cette assistance lui permet de passer même des actes qui seraient interdits à son tuteur ; enfin, le tuteur n'est plus la seule personne capable d'agir dans l'intérêt du mineur.

La question s'est posée de savoir si le dissentiment de la mère devait être constaté, sous peine de nullité. Selon la doctrine la plus sûre, cette constatation

²²*Comeau v. Tourigny*, [1937] S.C.R. 283.

²³Le défaut de cause entraînerait évidemment nullité absolue, selon le droit commun. Cf. Turgeon, 54 R. du N. 384, commentant un jugement qui a annulé pour défaut de considération une donation contenue dans un contrat de mariage.

n'est pas nécessaire.²⁴ Ce point de vue a été confirmé par une décision de la Cour d'appel.²⁵ Autre difficulté : le tuteur doit-il prendre l'avis du conseil de famille, comme l'exige l'article 122 C.C. pour le consentement au mariage lui-même ? Selon une première théorie, c'est là une formalité essentielle.²⁶ Nous préférons la théorie contraire, plus conforme à l'économie de notre tutelle et à l'article 1267 C.C.²⁷ De toute façon, dans l'hypothèse où l'intervention du conseil de famille serait requise, elle se bornerait à une consultation ; on ne saurait exiger une approbation, comme l'a fait le juge Carroll dans l'affaire précitée.

Quant aux *autres incapables*, leur habilitation n'est pas soumise à la même solution que celle du mineur. En effet, on n'a qu'à appliquer ici le droit commun, car il n'y a aucune règle spéciale à leur sujet, ni en matière de contrat de mariage ni en matière de mariage.²⁸

Si l'incapable n'est pas assisté valablement, son contrat de mariage est-il soumis aux règles de la *nullité absolue* ou à celles de la *nullité relative* ?²⁹ Deux courants contradictoires se partagent la *doctrine* sur ce point, tant en France qu'au Québec. Parmi les auteurs qui favorisent la nullité absolue, mentionnons Jean Boulanger,³⁰ L. Faribault³¹ et H. Turgeon.³² La théorie de la nullité relative a par ailleurs rallié les suffrages d'Esmein,³³ Colin et Capitant,³⁴ Mignault³⁵ et Gérard Trudel.³⁶

Les principaux arguments des partisans de la nullité absolue peuvent se résumer ainsi :

1° Le régime des nullités du contrat de mariage ne saurait être celui du droit commun, étant donné que l'annulation des conventions matrimoniales produit des effets différents de ceux que prévoit le droit commun : il est possible de refaire un contrat, mais pas un contrat de mariage, du moins pas lorsque le mariage a eu lieu ; par ailleurs, l'annulation d'un contrat ordinaire emporte simplement la destruction de ce qui a été fait, tandis que l'annulation du contrat de mariage entraînerait l'imposition du régime légal. A cela on peut ré-

²⁴Faribault, L., *op. cit.*, p. 64; et Turgeon, Le contrat de mariage du mineur (1941), R. du B. 157. *Contra*: Mignault, *op. cit.*, t. 1, p. 349.

²⁵Lessard v. dame Nadeau (1939), 66 B.R. 175.

²⁶Migneault, *op. cit.*, t. 6, p. 142; Faribault, *op. cit.*, p. 67; et l'opinion du juge Carroll dans l'affaire *Dufresne v. Dufresne*, précitée.

²⁷Cette opinion est exposée par Me H. Turgeon; (1941), R. du B., 157, et solidement motivée.

²⁸Le cas de l'interdit pour aliénation mentale présente cependant un caractère particulier. Cf. *Darce v. Byron*, [1946] C.S. 123.

²⁹Les auteurs appliquent la même solution dans le cas de vices du consentement.

³⁰*Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert* (Paris 1957), t. 8, p. 200.

³¹*Op. cit.*, p. 67.

³²Le contrat de mariage du mineur (1941), R. du B., 157.

³³6e éd. du *Traité d'Aubry et Rau*, t. 7, p. 404.

³⁴10e éd., par J. de la Morandière, t. 3, p. 103.

³⁵*Op. cit.*, t. 6, p. 142.

³⁶*Op. cit.*, t. 7, p. 245.

pondre que la nullité absolue entraîne aussi l'imposition du régime légal ; les époux ne sont pas pour autant privés de protection, ce régime étant, dans l'esprit du législateur, le plus avantageux pour la moyenne des ménages.

2° En admettant la nullité relative, on abandonne le sort du contrat de mariage, et donc du régime matrimonial, à la discrétion du seul époux qui peut en invoquer la nullité ; celui-ci tiendrait ainsi à sa merci les tiers avec qui il contracte. On peut répondre à cela que les tiers peuvent se mettre à couvert contre le risque d'annulation du contrat de mariage en exigeant que les deux époux signent quand ils contractent avec eux ; par ailleurs, les tiers qui demandent l'annulation du contrat de mariage ne sont pas souvent dignes d'intérêt.

3° Autre argument : l'immutabilité des conventions matrimoniales serait mise en échec si l'un des époux pouvait maintenir le régime conventionnel ou le remplacer par le régime légal. Mais la nullité absolue a aussi pour effet pareil remplacement ; d'ailleurs l'annulation n'est pas un changement de régime, mais la détermination du régime réel.

La thèse de la nullité absolue comporte par contre des inconvénients. Ici, ce sont les époux eux-mêmes, voire leurs héritiers, qui se trouvent dans une situation d'insécurité, puisque tout intéressé peut invoquer la nullité, non seulement durant le mariage mais jusqu'à trente ans après sa dissolution ; vaut-il mieux protéger les tiers que les époux eux-mêmes ? D'autre part, le régime matrimonial perd de sa stabilité si on accepte la nullité absolue en tout état de cause ; si l'action n'appartenait qu'à l'incapable, il y aurait moins de cas de chute du contrat de mariage.

Voyons maintenant *l'attitude des tribunaux* sur la question. En France, une jurisprudence remontant à 1855 et solidement établie décide qu'il ne peut y avoir de nullité relative en matière de contrat de mariage.³⁷ Au Québec, où la question ne paraît s'être posée que lorsque le mineur n'était pas valablement assisté, les tribunaux ont presque toujours opté pour la nullité absolue, du moins quand ils se sont prononcés sur le caractère même de la nullité.

Dans l'affaire *Dufresne v. Dufresne*, discutée précédemment, le juge Carroll ne s'est pas prononcé, pas plus d'ailleurs qu'on ne l'avait fait en première instance,³⁸ sur le caractère de la nullité ; on a dit que cette prise de position n'était pas nécessaire à la solution du litige.

Par contre, dans deux arrêts de la Cour Supérieure, on a expressément déclaré la nullité absolue pour défaut d'habilitation. Dans l'affaire *Audet v. Failles*,³⁹ on a jugé absolue la nullité du contrat de mariage d'une orpheline mineure assistée par un étranger qui se disait son père adoptif et qui n'avait pas été nommé tuteur. Le juge dit s'appuyer, pour déclarer la nullité absolue, sur le poids de la jurisprudence et de la doctrine françaises, ainsi que sur le *Code civil annoté* de Beauchamp. Egalement, dans l'affaire *Dame Turbide v.*

³⁷Boulanger, J., *op. cit.*, p. 202.

³⁸(1918), 54 C.S. 255.

³⁹(1923), 61 C.S. 92.

Tremblay,⁴⁰ on a jugé « totale, absolue et d'ordre public, la nullité entamant le contrat de mariage quand l'un des époux mineur n'est pas régulièrement assisté. » Enfin, dans l'arrêt *Dame Jacques v. Lessard*, en Cour d'Appel cette fois, le juge Dorion dit ne pas mettre en doute « la nullité absolue qui doit résulter du défaut d'autorisation ». ⁴¹ Toutefois, le juge de première instance⁴² avait affirmé le contraire :

"Le contrat de mariage passé par le mineur sans le consentement des personnes tenues de l'assister n'est pas nul, mais simplement annulable, pour cause de lésion."

CONCLUSION

En dépit du poids de la jurisprudence, nous préférons la solution de la nullité relative.⁴³ La thèse de la nullité absolue n'est pas exempte de critiques — on l'a vu — et elle n'est pas sans inconvénients pratiques assez sérieux ; surtout, la solution de la nullité relative est plus conforme aux règles de la nullité des contrats en général, auxquelles aucun article du Code ne vient déroger expressément en matière de contrat de mariage. Pour faire prévaloir l'immuabilité des conventions matrimoniales sur les articles 957 et 1000 C.C., il faudrait un texte, qui n'existe pas.

Vu que la théorie de la nullité relative rencontre dans la jurisprudence un adversaire redoutable, il serait opportun d'apporter à la loi elle-même les précisions qui s'imposent, dans un sens ou dans l'autre, ce qui serait le meilleur moyen de mettre fin à la controverse en la matière. C'est précisément ce que la Commission de réforme du Code civil, en France, a décidé de faire, en suggérant d'affirmer par un texte l'application du droit commun des nullités en matière de contrat de mariage. Il n'est pas essentiel qu'on adopte ici la même attitude, puisque la thèse de la nullité absolue est défendable ; mais il serait fort utile qu'on départage les opinions contradictoires, ce qui permettrait aux justiciables et aux praticiens de savoir à quoi s'en tenir. .

Rappelons, enfin, les conclusions de la première partie, à savoir que la nullité est sûrement absolue quand il s'agit de certaines causes déterminées, et qu'en toute hypothèse la chute d'une clause du contrat de mariage n'entraîne pas nécessairement celle du contrat lui-même.

⁴⁰(1927), 65 C.S. 254.

⁴¹(1932), 52 B.R. 325.

⁴²(1932), 70 C.S. 154.

⁴³Une troisième théorie, exprimée par L.-P. Sirois, *Tutelles et curatelles*, p. 262, voudrait que la nullité résultant de l'incapacité fût une nullité relative, sans être réservée à l'incapable seul ; les créanciers de l'incapable comme ceux de l'autre conjoint pourraient la demander ; seul le conjoint de l'incapable se verrait refuser l'action. Cette opinion, inspirée de Laurent, ne paraît guère défendable ; la nullité est soit absolue soit relative ; il n'y a pas de milieu pour une nullité relative ouverte à d'autres qu'à l'incapable.