Que répondit la mère? « Celui que vous considérez comme votre père ne fut jamais mon mari. Un prêtre seul a béni notre union, vous n'avez aucun droit à la succession de celui qui vous donna le jour, son nom même vous est interdit (1) ». Le vote fut ajourné et à la reprise de la discussion, le parti catholique renonça à son opposition : le congrès adopta l'amendement présenté par M. Forgeur, en ces termes : « Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi. » Aucune exception n'a été faite jusqu'ici; le principe proclamé par l'Assemblée constituante et par la loi organique du concordat reste donc debout; il est sanctionné par l'article 267 du code pénal belge. C'est un principe de la plus haute importance. Il est certain que si l'on avait appliqué la liberté religieuse et surtout la séparation de l'Eglise et de l'Etat dans toutes ses conséquences, on aurait dû déclarer le mariage religieux indépendant du mariage civil. Mais il se trouva que dans l'application du principe on aboutissait à l'anarchie, à la dissolution de l'ordre social. Le besoin de conservation est la première de toutes les nécessités, le plus impérieux de tous les devoirs; il doit l'emporter sur les exigences des cultes. C'est dire que l'ordre civil domine sur l'ordre religieux.

La cour de cassation de Belgique a fait l'application du principe constitutionnel à un cas remarquable. Un curé célébra le mariage de deux étrangers; ceux-ci invoquaient leur statut personnel qui déclarait valable l'union contractée devant le prêtre, indépendamment de tout mariage civil. La cour suprême décida que le ministre du culte n'avait pas pu procéder à la célébration du mariage religieux (2). On ne peut pas se prévaloir du statut personnel contre une loi qui concerne essentiellement l'ordre social. On ne peut pas davantage commettre un délit au nom de la liberté religieuse.

(1) Discours de Claus, dans les *Discussions du Congrès*, t. Ier, p. 610.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 85). La cour de Paris a décidé que le mariage célébré entre une Française et un étranger devant le ministre protestant est nul (arrêt du 18 décembre 1837, dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 590, 1°).

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE DU MARIAGE.

§ Ier. *De la distinction entre les mariages inexistants et les mariages nuls.*

269. Le chapitre Ier du titre V est intitulé : *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.* Ces conditions sont : l'âge, le consentement des contractants, le consentement des ascendants ou de la famille, l'absence d'empêchements, la célébration publique du mariage par l'officier de l'état civil compétent. Faut-il distinguer parmi ces conditions celles qui sont prescrites pour l'existence du mariage et celles qui ne le sont que pour sa validité? Nous avons dit, en traitant de l'autorité de la loi, que la doctrine établit une distinction entre les actes nuls, c'est-à-dire annulables, et ceux qui n'ont pas d'existence aux yeux de la loi; nous appellerons ces derniers *inexistants*, bien que le mot ne soit pas admis par l'Académie, mais il exprime énergiquement la pensée des auteurs.

Les actes nuls, tout en étant viciés, existent néanmoins, et ils produisent tous les effets juridiques qui y sont attachés, tant qu'ils n'ont pas été annulés. Il faut donc intenter une action en nullité pour qu'ils cessent de produire des effets juridiques; c'est seulement à partir du jugement qui prononce leur annulation qu'ils n'existent plus. Si aucune action en nullité n'est intentée, les actes, quoique nuls, produiront les mêmes effets que s'ils n'étaient pas viciés. Il n'en est pas ainsi des actes inexistants. Le mot même dit qu'ils ne peuvent produire aucun effet, le néant ne pouvant avoir aucune force, aucune puissance. Comme ces actes n'ont pas d'existence légale, il n'est pas nécessaire de les attaquer; il faut dire plus : logiquement, on ne conçoit pas que l'on demande l'annulation d'un acte inexistant; peut-on demander l'anéantissement du néant? Peu importe donc que l'on n'agisse pas en justice pour faire tomber ces actes qui n'ont qu'une existence apparente, il est toujours

vrai de dire qu'ils n'existent pas; et à quelque époque que l'on s'en prévale contre nous, nous pouvons toujours les repousser en disant qu'on nous oppose le néant. Il en est tout autrement des actes nuls. Puisqu'ils doivent être annulés par le juge pour perdre leurs effets, il est nécessaire d'intenter l'action en nullité dans le délai prescrit par la loi; passé ce délai, l'action en nullité est prescrite, et l'acte nul devient pleinement valable. Tandis que l'acte inexistant ne peut jamais être validé, car le néant reste toujours néant.

Il suit de là que les actes nuls peuvent être confirmés. Le vice qui les infecte est effacé par la confirmation de celui qui avait le droit de demander la nullité. Ce droit n'étant établi qu'en sa faveur, il est libre d'y renoncer, et s'il y renonce, il n'y a plus de raison pour que l'acte soit nul, il est aussi valable que si jamais il n'avait été vicié. En est-il de même des actes inexistants? Non, il n'y a pas là de vice qui puisse disparaître par une renonciation. Nous venons de dire qu'il ne naît pas d'action en nullité d'un acte inexistant; comment donc y renoncerait-on? Confirmez le néant tant que vous voudrez, il restera toujours le néant.

270. La distinction des actes nuls et des actes inexistants conduit à distinguer les conditions requises pour l'existence des actes juridiques de celles qui sont requises pour leur validité. Il y a des conditions sans lesquelles un acte juridique ne saurait exister; si l'une de ces conditions manque, l'acte est inexistant. Il y a d'autres conditions requises pour la validité des actes; si elles font défaut, l'acte est nul, mais il existe par cela même, parce qu'on suppose qu'il ne lui manque aucun élément requis pour son existence. La distinction se conçoit très-bien en théorie; voyons si elle reçoit son application au mariage. Zachariæ qui, le premier, l'a enseignée scientifiquement, établit les conditions suivantes pour que le mariage existe : la différence de sexe, le consentement, la solennité. Toutes les autres conditions ou qualités exigées pour pouvoir se marier ne sont prescrites que pour la validité du mariage. Si l'une des conditions requises pour l'existence du mariage fait défaut, le mariage est inexistant; si c'est une condition requise pour la validité qui manque, le mariage est nul (1). Nous allons d'abord exposer la théorie de Zachariæ; nous verrons ensuite si cette théorie est celle du code.

§ II. *Quelles sont les conditions requises pour l'existence du mariage.*

271. Les parties contractantes doivent être de sexe différent. Si une femme se mariait avec une femme, ou un homme avec un homme, certes il n'y aurait pas de mariage. Le cas s'est présenté pour un hermaphrodite (2). Doit-on dire d'un pareil mariage qu'il est nul, c'est-à-dire annulable? Cela impliquerait que la nullité en doit être demandée, et que si elle ne l'était pas, le mariage existerait et produirait tous les effets d'une union légitime. Or, cette supposition est un non-sens. Quand même il n'y aurait jamais de demande en nullité, quand même trente ans se passeraient sans qu'il y eût ni action, ni jugement, le prétendu mariage de deux personnes du même sexe n'en serait pas moins un mariage inexistant. Cette union est donc plus que nulle, elle n'existe pas. Faut-il dire la même chose s'il y avait impuissance? En théorie, on le peut soutenir, et c'est l'avis de Zachariæ : un homme impuissant n'est pas un homme, puisque la condition essentielle de la virilité lui manque. Mais le code a-t-il consacré cette théorie? La question est très-douteuse, soit que l'on considère le mariage comme inexistant, soit qu'on le considère seulement comme nul. Nous l'examinerons plus loin.

272. Le consentement des contractants est une condition sans laquelle on ne conçoit pas de mariage. Il est de l'essence du mariage que les futurs époux aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Supposez que l'officier de l'état civil ait célébré le mariage, alors que l'un des futurs époux n'a point déclaré consentir,

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 450, p. 210.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hermaphrodite*. *Gazette des Tribunaux* du 19 avril 1834.

le mariage serait plus que nul, il serait inexistant. Sans consentement, il n'y a rien, il n'y a que le néant. Il en serait de même s'il y avait incapacité absolue de consentir. Un des comparants est frappé de folie au moment même où il déclare consentir, ou il est dans un état d'ivresse tel, qu'il est incapable de manifester sa volonté; il n'y aura pas de mariage, parce que sans manifestation de volonté il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de mariage. Il en serait autrement si le consentement de l'un des époux était vicié par la violence ou l'erreur. Les vices du consentement, même le plus radical, l'erreur, ne donnent lieu, dans la théorie du code civil, qu'à une action en nullité; le mariage sera donc nul, mais il existera. Cette distinction est aussi fondée en raison, au moins pour la violence; le consentement existe, dès lors l'acte juridique existe aussi, mais le consentement étant vicié, l'acte est aussi vicié, c'est-à-dire nul. La question est plus douteuse pour l'erreur, notamment quand elle porte sur l'identité de la personne : le mariage est-il inexistant dans ce cas, ou est-il nul? Nous reviendrons sur ce point.

Que faut-il dire des sourds et muets? Le projet de code les déclarait incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition appliquait aux sourds et muets le principe du consentement, mais elle était mal formulée, car elle posait en principe l'incapacité, tandis que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Le premier consul et Portalis en firent la remarque (1). C'était dire qu'il fallait laisser les sourds et muets sous l'empire du droit commun. Sont-ils en état de manifester leur volonté, ils pourront contracter mariage; ne peuvent-ils pas manifester leur volonté, le consentement devient impossible; si donc le mariage était célébré, il serait inexistant. Vainement dirait-on qu'ils ont peut-être consenti, que cela est même probable; on répondrait que le consentement

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 311, 314, 315, nos 1, 11 et 12).

n'est pas un fait qui se passe dans l'intimité de la conscience, que c'est un fait extérieur. Un consentement non manifesté n'est pas un consentement, et par suite il n'y a pas de mariage.

273. Le mariage est un acte solennel; il doit être célébré dans les formes prescrites par la loi. Est-ce à dire que toutes ces formes soient requises pour l'existence du mariage ou du moins pour sa validité? En théorie, comme d'après les dispositions du code, il faut distinguer. Il y a des formalités qui relativement sont de si peu d'importance, que leur inobservation ne peut entraîner la nullité du mariage; il existe donc et il est valable. Par contre, il y a des formes substantielles sans lesquelles on ne conçoit pas de mariage. Il ne suffit pas que les futurs époux consentent à se prendre pour mari et femme, il faut que ce consentement soit déclaré devant un officier public, représentant de la société; c'est lui qui prononce, au nom de la loi, que les parties contractantes sont unies par le mariage (art. 75). Donc sans officier public pas de mariage. Il ne suffit pas d'un officier public quelconque, il faut que ce soit l'officier de l'état civil; si un autre fonctionnaire célébrait le mariage, comme il n'aurait aucune qualité pour le faire, ce serait comme si un premier venu procédait à la célébration du mariage; en réalité, il n'y aurait pas d'officier civil et, par suite, pas de mariage. Il en serait autrement si le mariage avait été célébré par un officier de l'état civil, mais incompétent. On ne peut plus dire, en ce cas, qu'il n'y a point d'officier civil; donc le mariage existerait, mais il serait vicié à raison de l'incompétence de celui qui a célébré le mariage; ce serait un mariage nul.

La présence de l'officier public est, à notre avis, la seule solennité prescrite pour l'existence du mariage. Zachariæ exige de plus que l'expression du consentement des contractants soit consignée dans l'acte de célébration que l'officier de l'état civil doit dresser. Il est vrai que le code l'exige (art. 75). Mais si l'officier public négligeait de remplir cette formalité, en résulterait-il que le mariage serait inexistant? D'après le droit commun qui régit les actes solennels, il faudrait répondre affirmativement. L'arti-

cle 1339 déclare la donation inexistante, par cela seul que l'acte notarié est nul en la forme. Mais peut-on appliquer cette disposition, par analogie, au mariage? Nous ne le croyons pas. Le code prescrit des solennités dont l'inobservation n'est sanctionnée que par une amende; il y en a qui n'ont aucune sanction. On ne peut donc pas appliquer au mariage les principes généraux des contrats pécuniaires. A raison de l'importance de cet acte et des conséquences graves qui résultent de sa nullité ou de sa non-existence, le législateur a dû établir des principes spéciaux. La question appartient donc au droit positif; or, on ne voit pas que la loi déclare le mariage non existant quand le consentement n'est pas exprimé; si réellement il a été donné, le mariage est valable, sauf à faire rectifier l'acte. Zachariæ avoue que les parties sont admises à prouver qu'elles ont exprimé leur consentement. Dès lors le défaut de mention n'est qu'un vice qui peut être réparé et, par suite, on ne peut pas dire que le mariage soit inexistant (1).

§ III. *Le code a-t-il consacré la doctrine des actes inexistants?*

274. La question est très-douteuse. Il y a d'abord un préjugé contre la théorie des actes inexistants, c'est que Pothier l'ignore, et l'on sait que Pothier est le guide constant des auteurs du code Napoléon. Il ne fait pas de distinction entre les actes non existants et les actes nuls. Dans son *Traité des obligations*, il dit très-bien qu'il n'y a pas de consentement s'il n'y a pas concours de volontés sur la nature et sur l'objet du contrat. En conclut-il que le contrat est inexistant, si l'une des parties a entendu faire une vente et l'autre un prêt? si le vendeur a entendu vendre telle chose, tandis que l'acheteur a entendu acheter une autre chose? Non, il met les contrats dans lesquels il n'y a pas de consentement sur la même ligne que les contrats où il y a erreur sur une qualité substantielle; dans tous les cas, le contrat est nul, c'est-à-dire simplement annulable. Dans son *Traité du contrat de mariage*, Pothier suit les mêmes principes. Il n'y est pas dit un mot d'un mariage qui serait inexistant. Le consentement est certes nécessaire, puisque le mariage est un contrat; s'il est vicié par l'erreur, la violence ou la séduction, il est détruit, dit Pothier; cela veut-il dire qu'il n'existe pas? Non, le mariage est simplement nul. Même décision quand il y a erreur sur la personne physique; il n'y a pas, à vrai dire, de consentement dans ce cas, on devrait donc dire qu'il n'y a pas de mariage. Est-ce l'opinion de Pothier? Non, car il enseigne que ce mariage peut être confirmé, donc il existe (1).

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 451 *bis*, p. 216 et suiv.

275. Ignorée dans l'ancien droit, la distinction des actes inexistants et des actes nuls a-t-elle été introduite par le code Napoléon? La plupart des auteurs ne la connaissent pas; Zachariæ est le premier qui l'ait formulée (2). Il avoue que les écrivains français confondent le mariage inexistant et le mariage simplement nul. Du moins, dit-il, leur théorie est tellement vague que l'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction. Marcadé l'adopte, nous devrions dire qu'il la professe, sans nommer Zachariæ, à qui il l'a empruntée; ce qui ne l'empêche pas de malmener les auteurs qui ne l'admettent pas. « Il est étrange, dit-il, et surtout il est triste de voir la plupart des auteurs confondre le mariage non existant avec le mariage annulable, et nous présenter comme théorie un mélange d'idées incohérentes, où il est impossible à l'esprit de rien saisir de logique (3). » Cette mercuriale s'adresse à Toullier, à Duranton, et même à Merlin; Pothier est également parmi les coupables. Soyons plus modestes et avouons que la question est douteuse. C'est ce que dit M. Demolombe, bien qu'il adopte la distinction. Ce n'est pas la rigueur des déductions qui distingue cet

(1) Pothier, *Traité des obligations*, nos 17 et 18; *Traité du contrat de mariage*, nos 307, 308 et 309.
(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 169 et suiv.
(3) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 459, no 3.