acte est-il requis pour l'existence ou pour la validité du mariage? Dans l'ancien droit, on admettait, sans doute aucun, que le mariage se parfait par le consentement des parties, pourvu qu'il soit donné en présence de l'officier qui a mission de le recevoir. De là suit, dit Pothier, que le mariage existe avant que l'acte ait été rédigé; l'acte n'est requis que pour la preuve (1). Ces principes sont aussi ceux de notre droit moderne. Ni le texte ni l'esprit de la loi ne font de l'acte de célébration une condition requise, soit pour l'existence, soit pour la validité du mariage. Le défaut d'acte n'entraînerait pas la nullité du mariage; cela résulte des principes que le code établit sur la nullité du mariage, et que nous allons exposer. Quant à l'influence que l'acte de célébration peut exercer sur l'existence du mariage, le code ne dit rien : nous avons traité la question plus haut (n° 279).

**429**. L'article 76 énumère les énonciations que doit contenir l'acte de mariage. Nous renvoyons au texte. L'acte est-il nul pour inobservation des formalités prescrites par l'article 76? Cette question se décide par les principes qui régissent les actes de l'état civil. Nous les avons exposés au commencement de ce volume (n^os^ 21-27). La règle est qu'il n'y a pas de nullité. Un arrêt de la cour de Montpellier a décidé que l'acte de mariage n'est pas nul, lorsqu'il n'est pas signé par l'une des parties comparantes. Les considérants impliquent que la décision de la cour eût été différente si l'officier public n'avait pas signé (2). En effet, sans signature de l'officier qui a mission d'imprimer l'authenticité à l'acte, il n'y a pas d'acte. Un arrêt de la cour de Liége a décidé qu'il n'y avait pas nullité quand l'acte ne désignait pas la commune où le mariage a été célébré (3). Cela est de toute évidence; l'article 76 ne prescrit pas cette énonciation; et comment un acte serait-il nul pour défaut d'une énonciation que la loi n'exige point?

La loi hypothécaire belge a ajouté une énonciation à

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 378.
(2) Arrêt du 4 février 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 568, 5°).
(3) Arrêt du 4 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, 283).



celles que l'acte doit contenir, en vertu de l'article 76. Elle veut que l'acte énonce « la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues. » Nous reviendrons sur cette disposition quand nous expliquerons la loi hypothécaire.

# CHAPITRE IV.

## NULLITÉ DU MARIAGE.

### SECTION I. — Principes généraux.

#### § I^er^. *Des mariages nuls.*

##### N° 1. QUAND LE MARIAGE EST-IL NUL? ET QUI PEUT DEMANDER LA NULLITÉ.

**430**. La cour de cassation a posé, dans plusieurs arrêts, deux principes fondamentaux en matière de nullité de mariage : « La nullité ne peut être prononcée que sur un texte formel, et seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer le texte (1). » Le premier principe est spécial au mariage. Dans les autres matières, on admet qu'il y a nullité alors même que la loi ne la prononce pas formellement, en se fondant sur la volonté tacite du législateur. Pourquoi n'y a-t-il pas de nullité dite *virtuelle*, en fait de mariage? La cour de cassation répond que le code consacre un chapitre spécial aux demandes en nullité de mariage; tous les cas de nullité y sont prévus; d'où résulte que la loi est essentiellement restrictive et limitative : pas de nullité sans texte qui l'établisse en termes formels. Il ne suffit donc pas qu'une loi soit prohibitive pour que son inobservation entraîne la

(1) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 100). Arrêt du 12 novembre 1839 Dalloz, au mot *Mariage*, n° 514).

nullité. Cette règle est admise dans les matières où le législateur n'a pas lui-même manifesté sa volonté ; on ne peut l'admettre pour le mariage, puisque les auteurs du code ont pris soin de déterminer les cas où l'inobservation de la loi entraîne la nullité. Il en faut conclure que lorsque la loi ne prononce pas la nullité, c'est qu'elle ne l'a pas voulu, et par suite le juge ne le peut pas. Cela est aussi fondé en raison. Sans doute, la majesté des lois semble exiger qu'elles soient observées à la rigueur, et qu'on déclare nuls les actes contraires à leurs dispositions. Mais le législateur doit aussi considérer le mal qui résulte de l'annulation. Or, en fait de mariage, ce mal est si grave, il résulte de l'annulation d'un mariage un si grand trouble dans les familles, un si grand scandale pour la société, que mieux vaut parfois maintenir le mariage, malgré la violation de la loi, que de l'annuler. Mais on conçoit qu'à raison même de l'importance du mariage, le législateur ne pouvait abandonner au juge le soin de décider dans quels cas il doit y avoir nullité. Voilà pourquoi les auteurs du code ont fait un chapitre spécial sur les demandes en nullité de mariage.

**431**. Le premier principe posé par la cour de cassation est donc fondé sur le texte et sur l'esprit de la loi. Cependant il a été attaqué. Demante admet avec la cour suprême que l'on ne peut reconnaître l'existence d'une nullité, si cette nullité n'est appuyée sur les termes de la loi. Mais il n'est pas nécessaire, selon lui, que la nullité soit formellement prononcée ; la formule prohibitive suffit, puisqu'elle est irritante de sa nature ; toutefois, ajoute-t-il, on ne doit lui reconnaître cet effet qu'autant qu'il n'apparaît pas de l'intention contraire du législateur (1). Qui ne voit que cette doctrine, tout en ayant l'air d'accepter le principe de la cour de cassation, le détruit? En effet, c'est le juge qui décidera si les termes prohibitifs sont irritants ou s'ils ne le sont pas ; c'est donc le juge qui, en définitive, déterminera quand il y a nullité. A quoi bon alors le chapitre IV de notre titre sur les demandes en nullité de mariage? « Le

(1) Demante, *Cours analytique*, t. I^er^, p. 354, n° 260.



législateur, dit Merlin, n'aurait donc pas rempli dans ce chapitre l'objet qu'il s'était proposé; il se serait formé un plan, il l'aurait annoncé, et cependant il l'aurait laissé incomplet ; or, une pareille supposition se combat elle-même par sa propre invraisemblance (1). »

**432**. M. Demolombe dit aussi que le code a voulu tout régler, tout prévoir ; il en conclut que ses dispositions doivent être considérées comme restrictives. Si, dit-il, on admettait une cause de nullité non prévue par la loi, on rencontrerait, dans l'application, des difficultés inextricables. Cette nullité sera-t-elle relative ou absolue? Qui pourra la proposer, et pendant combien de temps? Tous ces points dépendront donc de l'arbitraire du juge, alors que la loi n'a rien voulu laisser à son arbitraire? Cependant M. Demolombe rejette le principe de la cour de cassation, comme doctrine absolue (2). Etrange contradiction ! Le principe même n'implique-t-il pas qu'il doit être général, sans exception? Dès que l'on admet des exceptions, le principe devient inutile ; c'est dire qu'il n'y a plus de principe. On objecte que si l'on admet toutes les conséquences du principe, on arrive à des résultats que le législateur lui-même n'a certes pas voulus. Examinons !

M. Demolombe demande où serait le moyen, avec le principe de la cour de cassation, d'annuler le prétendu mariage de deux personnes du même sexe. Ne faudrait-il pas dire que la loi n'ayant pas organisé, pour ce cas, de demande en nullité, personne n'a le droit de la former? Oui, certes, ce mariage ne pourrait pas être annulé, par l'excellente raison qu'il n'a aucune existence aux yeux de la loi, et on ne demande pas la nullité du néant. En d'autres termes, on applique à cette hypothèse les principes qui régissent le mariage inexistant, et non les principes sur le mariage nul. Or, le chapitre IV ne parle que des mariages nuls ; dès lors on ne peut pas l'invoquer quand il s'agit des mariages non existants. Le code n'a pas de textes

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § II, article 184, 6^e^ question.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 524, n° 335, et p. 376, n° 238.

sur cette matière; dès lors elle reste abandonnée à la doctrine, et les difficultés qu'elle présente se décident par les principes généraux de droit.

M. Demolombe fait la même objection pour le mariage contracté en état de démence. La cour de cassation, dit-il, a été conduite à ce résultat vraiment inadmissible, que ce mariage ne pourra être attaqué par personne. Ici encore, il y a une confusion entre le mariage *nul* et le mariage *inexistant*. Non, le mariage ne peut pas être attaqué par voie d'action en nullité, quand il a été contracté en état de démence, parce que ce mariage n'existe pas. Est-ce à dire que les parties intéressées ne puissent pas se prévaloir de sa non-existence? Elles le peuvent certainement, comme nous le démontrerons plus loin (nos 440 et suiv.).

**433**. Nous maintenons donc le premier principe posé par la cour de cassation. Le deuxième est par cela même démontré. Il s'agit de savoir qui peut intenter l'action en nullité de mariage. D'après le droit commun, tous ceux qui ont un intérêt appréciable peuvent agir en justice. Il suffit de lire le chapitre IV de notre titre, pour se convaincre que le législateur n'admet pas ce principe pour les demandes en nullité de mariage. En effet, il prend soin, pour chaque cause de nullité, de déterminer les personnes qui ont le droit de la faire valoir. Il en faut conclure, avec la cour de cassation, que ces dispositions sont restrictives et limitatives. Si elles ne l'étaient pas, elles n'auraient pas de raison d'être. Il y a, au contraire, une excellente raison pour que la loi soit de stricte interprétation; comme le dit la cour suprême, « le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions. » Le législateur a donc dû régler par qui et sous quelles conditions l'action en nullité peut être intentée.

**434**. Quel est le principe en vertu duquel le code accorde ou refuse l'action en nullité? Il y a des causes de nullité qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs : telles sont le défaut d'âge, la bigamie, l'inceste, la clandestinité. Elles sont établies pour des raisons d'intérêt général ou d'honnêteté publique. Il y en a d'autres qui



sont relatives à l'intérêt privé des époux : c'est le vice du consentement qu'ils ont donné au mariage, ou l'absence de consentement des ascendants ou de la famille. La doctrine distingue, par suite, les nullités absolues et les nullités relatives. Bien que le code ne reproduise pas les termes de cette distinction, il consacre néanmoins les conséquences qui en résultent. Les nullités absolues étant établies dans l'intérêt social, l'action doit être ouverte à toutes les parties intéressées : ce qui prouve que la société est en cause dans ces débats, c'est que la loi permet au ministère public d'intenter l'action en nullité, quoique, en principe, il n'ait pas le droit d'agir d'office en matière civile. La loi, dit Portalis, ouvre l'action au ministère public, parce qu'il est le gardien des mœurs et le vengeur de tous les désordres qui attaquent la société (1). Il est si vrai que l'intérêt de la société domine en cette matière, que la loi donne même l'action en nullité aux époux coupables, à l'impubère, au bigame, à l'incestueux. C'est qu'elle tient à ce que le mariage soit annulé, parce que l'ordre public est blessé par un mariage honteux ou criminel. Il en est tout autrement des nullités relatives. A la vérité, le mariage intéresse toujours la société, puisqu'il en est le fondement; mais quand on demande qui peut attaquer un mariage nul pour vice de consentement, la société n'a pas un intérêt direct au débat, ce sont les époux, les principaux, disons mieux, les seuls intéressés; à eux seuls donc appartient l'action en nullité. S'ils gardent le silence, personne n'a le droit de se plaindre.

Le caractère absolu ou relatif des nullités a encore une autre conséquence. Il est de principe que les parties ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. De là suit que les particuliers ne peuvent renoncer à des droits que la loi leur accorde en vue de l'intérêt général. Lors donc que le mariage est nul, d'une nullité absolue, bien que les parties intéressées puissent intenter l'action, elles ne peuvent pas y renoncer; par suite, elles ne peuvent pas confirmer le mariage. Le vice qui

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 45 (Locré, t. II, p. 392).

l'infecte étant d'ordre public, ne peut pas s'effacer; c'est dire que la confirmation est impossible. Conçoit-on qu'un mariage incestueux devienne valable par une confirmation quelconque? Confirme-t-on la honte et l'infamie? Il en est autrement des nullités relatives. Chacun peut renoncer aux droits qui ne sont établis qu'en sa faveur; donc l'époux dont le consentement était vicié peut effacer ce vice et confirmer le mariage.

Enfin la nature de la nullité détermine aussi la prescription. Quand la nullité est absolue, l'action est imprescriptible. Encore une exception aux principes généraux de droit. Sur quoi la fonde-t-on? Il n'y a pas de texte, et peut-il y avoir une exception sans texte? L'exception n'a pas besoin d'être écrite dans la loi, car la règle ne reçoit pas d'application au mariage infecté d'une nullité absolue. Pourquoi la loi déclare-t-elle les actions prescrites après trente ans? Pour mettre un terme aux procès. Or, quand un mariage est nul d'une nullité absolue, la loi ne veut pas qu'il y ait un terme à l'action; après trente ans, comme après un an, le mariage vicié par l'inceste ou la bigamie blesse l'ordre public; le scandale étant permanent, l'action pour y mettre fin ne peut pas s'éteindre. L'intérêt général, qui exige que les actions se prescrivent, demande, au contraire, que la demande en nullité ne se prescrive pas (1). Il n'en est pas de même des nullités relatives; elles ne sont fondées que sur un intérêt privé; dès lors nous rentrons dans le droit commun, qui demande que les procès aient une fin; il y a donc lieu à prescription. Mais si l'action est prescriptible, l'exception n'est-elle pas perpétuelle? On l'admet généralement. Ce n'est pas ici le siége de la matière. Nous ajournons la question au titre des Obligations.

### N° 2. EFFET DES NULLITÉS.

**435**. Quand un mariage est nul, cela veut-il dire qu'il est nul de plein droit en vertu de la loi? Nous avons déjà

(1) C'est l'opinion générale (Zachariæ, t. III, § 459, p. 242).



cité le vieil adage en vertu duquel « nullités de plein droit n'ont lieu. » L'intitulé du chapitre IV prouve que ce principe reçoit son application au mariage; il porte : *Des demandes en nullité de mariage*. Il faut donc que la nullité soit demandée en justice, c'est le tribunal qui la prononce. La nullité de plein droit ne se conçoit pas, en matière de mariage moins encore qu'en toute autre matière. Ne faut-il pas qu'il soit constaté qu'il y a une cause de nullité, en droit, et si cette cause existe en fait? Or, en droit comme en fait, la question peut être controversée; dès lors il faut que le débat soit porté devant le juge.

**436**. Du principe que le mariage n'est jamais nul de plein droit, suit que la nullité n'existe que si elle est prononcée par le juge. S'il n'y a pas de jugement, le mariage est valable et il produit tous ses effets, alors même que la cause de nullité serait absolue. De là une conséquence très-importante. Bien que la nullité soit demandée, le mariage ne laisse pas de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal l'ait annulé. Cela est vrai non-seulement quant aux époux et aux enfants, en ce qui concerne les droits et obligations résultant du mariage; le principe est absolu et reçoit son application dans tous les cas où le mariage est en cause.

Le mari intente l'action en nullité contre la femme séparée de fait d'avec lui. Où doit-il la former? devant le juge de la résidence actuelle de la femme, ou devant le juge de son domicile à lui? Il est évident qu'elle doit être portée devant le juge du domicile du mari. Car le mariage existe et il produit ses effets, et l'un de ces effets est d'attribuer à la femme mariée le domicile du mari. Vainement dirait-on que le mari soutenant que le mariage est nul, il ne peut pas invoquer ce mariage contre la femme. Le mariage est seulement annulable, et en attendant que le tribunal en ait prononcé l'annulation, il produit tous ses effets (1).

Pour la même raison, il faut décider que la femme qui veut demander la nullité de son mariage doit être autori-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 6.

sée par son mari ou, à son refus, par la justice. En vain dirait-on qu'elle se contredirait elle-même si elle procédait comme femme mariée, alors qu'elle agit pour faire juger qu'elle ne l'est pas; on répondrait que, malgré la demande en nullité, le mariage subsiste et produit tous ses effets. La femme demanderesse est femme mariée aussi longtemps que son mariage n'est pas annulé. Donc elle a besoin de l'autorisation de son mari ou de justice pour intenter une action (1).

Si la femme est mineure, comment agira-t-elle? Il a été jugé qu'elle devait être autorisée par le conseil de famille et assistée d'un curateur *ad hoc* nommé par le même conseil (2). La décision est très-juridique. En effet, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. La femme, au moment où elle intente l'action en nullité, est donc émancipée; par suite, elle ne peut agir en justice qu'avec l'autorisation du conseil de famille et avec l'assistance de son curateur (art. 482). Qui est ce curateur? En principe, c'est le mari; mais il est impossible que le mari assiste sa femme, alors qu'elle plaide contre lui en nullité du mariage. Partant il faut que le conseil de famille nomme un curateur spécial à la femme.

**437**. Il est de principe que les actes annulés par le juge sont censés n'avoir jamais existé. Ce principe reçoit son application au mariage. L'annulation a un effet rétroactif, de sorte qu'elle anéantit tous les effets juridiques que le mariage produit comme tel. Il y a cependant une exception remarquable à ce principe, pour le cas où les époux ou l'un d'eux étaient de bonnne foi; le mariage, quoique annulé, produit alors des effets considérables, à titre de mariage putatif.

**438**. En faisant abstraction du mariage putatif, le mariage annulé ne produit en principe aucun effet. On a soutenu qu'il en résultait une affinité naturelle, et par suite un empêchement au mariage. Nous avons examiné la question plus haut (n° 353). On demande si au moins l'état des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 180, 4e question. Arrêt de cassation du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).
(2) Arrêt de Turin du 14 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 457).



enfants nés du mariage ne sera pas légalement constaté, en ce sens que s'ils sont des enfants naturels simples, ils soient considérés comme enfants naturels reconnus, et s'ils sont adultérins ou incestueux, que leur filiation soit prouvée, et qu'ils puissent, en conséquence, réclamer des aliments. L'affirmative est généralement admise (1). Au premier abord, cette opinion paraît heurter le principe que nous venons de poser et qui est admis par tout le monde. Le mariage étant annulé ne peut produire aucun effet; or, c'est un effet du mariage que de permettre aux enfants qui en sont issus d'établir leur filiation par leur acte de naissance; donc si le mariage est annulé, les enfants ne peuvent plus invoquer l'article 319; ils sont des enfants naturels, et ils ne peuvent prouver leur filiation que par un acte de reconnaissance. Nous croyons que ce raisonnement porte à faux; il fait une fausse application du principe. Sans doute le mariage annulé ne produit aucun effet. Mais l'annulation anéantit-elle des faits authentiquement constatés? Non, certes, il n'y a pas de puissance humaine qui puisse détruire un fait consommé, ni la preuve de ce fait, quand elle résulte d'un acte authentique. Or, il y a un premier fait, le mariage; il est authentiquement constaté qu'un mariage a été célébré; le jugement qui en prononce la nullité détruit-il le fait du mariage et la preuve qui en est acquise? Loin de là, il suppose au contraire le mariage existant et prouvé; sans cela, il ne pourrait pas s'agir de l'annuler. Un enfant est né de ce mariage plus de six mois après sa célébration; acte a été dressé de sa naissance: voilà un second fait. Est-ce que le jugement qui prononce la nullité du mariage détruit ce second fait ainsi que la preuve? Non, certes; tout ce qui en résulte, c'est que l'enfant sera illégitime. Pourquoi illégitime? Parce qu'il est né d'un mariage annulé. Donc, il est prouvé qu'il est né de ce mariage, sa filiation est donc établie par trois actes authentiques, l'acte de mariage, l'acte de naissance et l'acte ou le jugement d'annulation.

Nous trouvons l'application de ces principes dans un

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 530, n° 345.

texte formel du code. L'article 762 accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux, et l'article 335 prohibe la reconnaissance de ces enfants. Comment, ne pouvant être reconnus, peuvent-ils réclamer des aliments? Il faut supposer que leur état est constaté authentiquement sans qu'il y ait reconnaissance. C'est précisément ce qui arrive quand un mariage est annulé pour cause d'adultère ou d'inceste. L'acte de mariage, l'acte de naissance et le jugement qui annule le mariage fournissent la preuve authentique que les enfants qui en sont issus sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Ce que les articles 762 et 335 décident implicitement des enfants adultérins et incestueux, est vrai aussi des enfants naturels simples. Leur filiation est donc constatée indépendamment d'un acte de reconnaissance, et par suite ils peuvent exercer tous les droits que la loi accorde aux enfants naturels reconnus.

**439**. Les époux qui ont des motifs sérieux de craindre que leur mariage ne soit exposé à une action en nullité, peuvent-ils célébrer de nouveau leur union? Il y a une raison de douter. Leur premier mariage est, à la vérité, nul, nous le supposons. Mais un mariage nul ne laisse pas de produire tous ses effets jusqu'à ce qu'il soit annulé. Le mariage subsistant, comment pourront-ils célébrer une union nouvelle? Cette raison a entraîné la cour d'Angers; elle a décidé qu'il ne peut être procédé à une seconde célébration qu'autant que la première serait déclarée nulle (1). Il y a un arrêt contraire de la cour de Gand (2). Nous croyons que cette dernière décision doit être suivie de préférence. Il n'y a pas de texte. Il faut donc, dit la cour de Gand, consulter l'ancien droit et les principes. Or, Pothier enseigne que la nullité du mariage célébré par un prêtre incompétent peut se couvrir par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire par une nouvelle célébration (3). Et que disent les principes? Quand une convention est nulle, elle peut être remplacée par une convention nouvelle, sans que les parties soient tenues de faire annuler la première. L'article 1339 le décide ainsi pour la donation : nulle en la forme, dit la loi, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale; donc le donateur peut la refaire sans demander la nullité de la première. S'il en est ainsi de la donation, pourquoi n'appliquerait-on pas le même principe au mariage?

(1) Arrêt du 21 août 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Emigré*, n° 167).
(2) Arrêt du 27 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 220). Demolombe (t. III, p. 464, n° 286) partage cette opinion.
(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 362.



Il y a cependant une objection. Pothier dit que la seconde célébration est une confirmation de la première. Cela suppose que la nullité peut être effacée par un acte confirmatif. S'il en est ainsi, à quoi bon recourir à une nouvelle célébration du mariage? N'est-il pas plus simple et plus juridique de le confirmer? Ce motif avait entraîné le tribunal de Gand, il avait jugé qu'il était inutile de procéder à une seconde célébration du mariage, la confirmation ordinaire suffisant. Toutefois, même en ce cas, nous ne voyons pas d'obstacle légal à ce que l'officier de l'état civil procède à une célébration nouvelle; ce sera la plus énergique des confirmations. Que si le mariage ne peut pas être confirmé, soit qu'il y ait une nullité absolue, soit qu'il manque une condition pour l'existence du mariage, alors la célébration nouvelle devient une nécessité. Bien entendu que ce nouveau mariage ne sera pas considéré comme une confirmation du premier; les tiers intéressés à se prévaloir de la nullité du premier le pourront, puisque le vice qui l'infecte ne peut être réparé par aucun acte confirmatif. C'est le cas de la donation nulle en la forme, prévue par l'article 1339 : le donateur, dit la loi, ne peut la confirmer; il doit la refaire en la forme légale, et elle n'aura d'effet qu'à partir du nouvel acte. Il en serait de même du mariage; la nullité ou la non-existence du premier mariage pourrait être invoquée par les tiers, malgré la célébration nouvelle.