§ II. *Des mariages inexistants.*

N° I. LE MARIAGE INEXISTANT DONNE-T-IL LIEU A UNE ACTION EN NULLITÉ?

440. Le code ne répond pas à la question. Il est certain que les dispositions du chapitre IV ne peuvent pas être appliquées au mariage inexistant; l'intitulé même le prouve; il porte : « Des demandes en nullité de mariage. » Il suppose donc des mariages existants, mais infectés d'un vice qui les rend annulables et qui engendre une action en nullité. Y a-t-il aussi lieu à une *demande en nullité*, quand il manque au mariage une des conditions requises pour qu'il existe? La négative est évidente. Une pareille action serait un non-sens; conçoit-on que l'on demande la nullité du néant? Il est donc logiquement impossible de demander la nullité d'un mariage inexistant (1).

Cela veut-il dire que le mariage inexistant soit nul de plein droit? Nous venons de rappeler le vieil adage d'après lequel il n'y a pas de nullité de plein droit. Lors de la discussion du chapitre des nullités au conseil d'Etat, ce principe a été invoqué à plusieurs reprises, en matière de mariage. Dans la séance du 5 vendémiaire an X, le premier consul fit la remarque que le projet n'expliquait pas en quels cas le mariage était nul de plein droit. Peut-être entendait-il par là le mariage que nous appelons *inexistant* pour le distinguer du mariage annulable. Tronchet répondit : « Jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire (2). » Le projet semblait toutefois admettre un cas dans lequel il n'y a pas même une apparence de mariage. C'est celui que prévoit l'article 146 : « *Il n'y a point de mariage* lorsqu'il n'y a point de consentement. » Dire qu'*il n'y a point de mariage*, n'est-ce pas dire énergiquement qu'il n'y a rien? Tronchet critiqua cette rédaction : « Dès qu'il existe un acte matériel, dit-il, il y

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 210, note 2, § 450.
(2) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 336, n° 7.

a mariage, qui peut cependant être nul s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité. C'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les parties ne se croient pas autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux. » On voit que Tronchet applique au mariage de l'article 146 les principes qui régissent le mariage nul. Pour mieux dire, il n'admet pas la distinction que faisait le premier consul et que la doctrine admet aujourd'hui entre les actes *nuls* et les actes inexistants. Et, il faut l'avouer, telle était l'opinion de tous les légistes du conseil d'Etat. Réal répondit à Tronchet que l'article 146 suppose nécessairement le recours aux tribunaux, ce qui, dans sa pensée, implique une action en nullité (1).

Que faut-il conclure de cette discussion? Dirons-nous, avec Tronchet et Réal, qu'alors même qu'il n'y a point de mariage, parce qu'il n'y a point de consentement, les parties doivent néanmoins intenter une action en nullité, et que le mariage subsistera jusqu'à ce qu'il ait été annulé? Ce serait confondre le mariage *nul* et le mariage *inexistant*. Si l'on admet la distinction, il faut aussi en admettre les conséquences. Qu'est-ce qu'un mariage *inexistant*? Le mot même le dit. Ce mariage n'existe pas aux yeux de la loi, et comme tout acte inexistant, il ne peut avoir aucun effet: ce sont les termes de l'article 1131. Un mariage qui n'existe pas ne peut pas subsister jusqu'à ce que le tribunal l'ait annulé, car s'il subsistait, il produirait des effets, tandis qu'il n'en produit aucun. Il y a cependant quelque chose de vrai dans les paroles de Tronchet. On suppose que le mariage inexistant a été célébré par un officier de l'état civil. Il y a donc un titre apparent. Ce titre peut-il disparaître sans action judiciaire? Tronchet et Réal disent que non, et ils ont raison. Celui qui a été partie à la célébration d'un mariage que nous supposons inexistant, veut contracter un nouveau mariage. L'officier de l'état civil lui oppose le premier acte. Suffira-t-il, pour le repousser, de dire que cet acte n'existe pas, parce qu'il

(1) Séance du 24 frimaire an X, nos 8 et 9 (Locré, t. II, p. 361).

constate un fait juridique inexistant? Non, certes. L'officier public répondrait que cet acte a du moins une existence apparente, puisqu'il est inscrit sur le registre de l'état civil, et qu'en présence d'un mariage légalement constaté, il ne peut pas procéder à la célébration d'un nouveau mariage. Foi est due à l'acte, dit Tronchet; et cela est évident.

Que doit donc faire celui qui veut contracter un nouveau mariage? Dès qu'il y a contestation, il faut que le juge soit appelé à la vider. Mais quelle sera l'action? comment sera-t-elle formulée? Le demandeur conclura-t-il à l'annulation du mariage inexistant? Logiquement cela est impossible, et nous verrons à l'instant que cela serait aussi impossible au point de vue de nos textes. Le demandeur conclura à ce que le tribunal déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage. Si l'acte rédigé par l'officier civil constatait que toutes les conditions requises pour l'existence du mariage ont été accomplies, il faudrait s'inscrire en faux. Je prétends que je n'ai pas consenti au mariage dont on représente l'acte, bien que l'acte porte que j'ai donné mon consentement. En ce cas, je devrai m'inscrire en faux. Si l'inscription est admise, le tribunal décidera, non que le mariage est nul, mais que le mariage n'a jamais existé (1).

441. Dira-t-on que la question est une dispute de mots? Non; il y a des principes sévères qui régissent l'action en nullité du mariage; il s'agit de savoir si ces principes doivent recevoir leur application au mariage inexistant? M. Demolombe répond oui et non. Il admet la distinction, mais il serait dangereux, dit-il, de la suivre dans toutes ses conséquences; il faudra, selon lui, appliquer quelquefois au mariage inexistant les principes que le code établit pour le mariage nul. Quelle est la raison de cette hésitation? C'est que la distinction n'a pas été reconnue nettement par les auteurs du code. Eh! qu'importe? Nous comprenons qu'on la rejette, en se fondant sur le silence de la loi; mais nous ne comprenons pas qu'on l'admette comme vraie, et qu'on recule devant les conséquences. Il

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 214, note 2, § 451 *bis*.

n'y a point de demi-vérité; or, les principes sont l'expression de la vérité, telle que nous la concevons dans notre faiblesse humaine; il n'y a donc pas de demi-principe. Que deviendrait la science du droit si elle cessait d'être logique?

442. Nous avons dit que la cour de cassation pose comme principe qu'il n'y a d'autres nullités que celles qui sont textuellement établies par le code. Faut-il appliquer ce principe aux conditions requises pour le mariage inexistant? Il est évident que non. En effet, le code ne consacre pas en termes formels la théorie des mariages inexistants; tandis qu'il contient un chapitre spécial sur les mariages nuls. Il y a donc, au point de vue des textes, une différence radicale entre les mariages nuls et les mariages inexistants. Le chapitre IV de notre titre n'aurait pas de raison d'être si l'on pouvait admettre d'autres nullités que celles que la loi consacre. S'agit-il, au contraire, des conditions requises pour l'existence du mariage, nous sommes sans texte; du moins il n'y a pas de théorie clairement formulée; par suite, l'interprète doit décider d'après les principes plutôt que d'après les textes les difficultés qui se présentent. Qu'arriverait-il si l'on appliquait à la non-existence du mariage les principes qui régissent les demandes en nullité? Il faudrait dire que le mariage célébré entre deux personnes du même sexe est valable et ne peut être attaqué par aucune espèce d'action. Il ne peut l'être par une demande en nullité, puisqu'il n'y a pas de texte qui prononce la nullité. Il ne pourrait l'être par une action tendante à ce que le mariage soit déclaré non existant, puisqu'il n'y a pas de texte qui définisse les conditions requises pour l'existence du mariage. Cela prouve que, pour ces conditions, on ne peut pas appliquer les principes sur les nullités de mariage. Il faut donc décider que l'on pourra agir en justice pour faire déclarer le mariage non existant, dans tous les cas où, d'après les principes généraux de droit, il manque une condition sans laquelle l'existence du mariage ne se conçoit pas.

443. La cour de cassation pose un second principe en matière de nullité, c'est que la demande ne peut

être intentée que par ceux auxquels la loi donne formellement ce droit. Doit-on appliquer ce principe aux mariages non existants? Non; la raison de différence est la même que celle que nous venons de donner pour le premier principe. Le code ne contient pas une seule disposition sur cette question; dès lors il est impossible d'admettre un principe limitatif ou restrictif. Par cela seul qu'il ne limite pas les personnes qui peuvent se prévaloir de la non-existence d'un mariage, on reste dans le droit commun. Le code déroge au droit commun, en ce qui concerne les mariages nuls; il n'y déroge pas en ce qui concerne les mariages non existants : donc c'est le droit commun qui reste applicable. Quel est ce droit commun? C'est que toute personne qui a un intérêt peut agir en justice. Donc il faut décider que toute personne intéressée peut invoquer la non-existence d'un mariage, soit par voie d'action, soit par voie d'exception (1). Nous allons faire l'application de ce principe au mariage contracté par une personne qui était en état de démence au moment de la célébration. Nous verrons que si l'on voulait appliquer au mariage non existant le principe du mariage nul, il en résulterait que le mariage de celui qui était en état de démence au moment où il a déclaré consentir, ne pourrait être attaqué par personne.

Un homme en état de démence contracte mariage. Les collatéraux en demandent la nullité. Sont-ils recevables? La cour de Paris a décidé qu'il fallait appliquer l'article 146, aux termes duquel il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement; que de là résultait une nullité absolue que les héritiers collatéraux pouvaient faire valoir. Il faut ajouter que la cour invoque l'article 184 qu'elle déclare n'être pas limitatif. Son arrêt a été cassé. La cour de cassation se fonde sur les principes qui régissent la nullité du mariage. D'après ces principes, la nullité ne peut être demandée que par ceux auxquels la loi accorde expressément ce droit; or, aucun texte ne permet aux collatéraux de demander la nullité d'un mariage pour cause de

(1) Zachariæ *Cours de droit civil français*, t. III, p. 215, note 3, § 451 *bis*

démence; l'article 184 est donc essentiellement limitatif. Cela décide la question (1). Merlin a pris parti pour la doctrine consacrée par la cour de cassation (2). Au point de vue des principes sur les demandes en nullité de mariage, il n'y a pas de doute. Pas de nullité sans texte qui accorde l'action, et de texte il n'y en a pas. Il y a d'autres arrêts dans le même sens. La cour de cassation a jugé qu'alors même qu'il y aurait interdiction, les collatéraux ne peuvent, après la mort de l'interdit, demander la nullité du mariage qu'il aurait contracté après le jugement, toujours en se fondant sur l'article 184, qui est limitatif (3).

Voyons quelles sont les conséquences qui vont résulter de cette jurisprudence. Il est certain que les collatéraux ne peuvent pas agir en nullité. Qui donc le pourra? Personne, si l'on décide la question d'après les principes sur les nullités. Merlin dit, il est vrai, qu'il faut appliquer l'article 180, aux termes duquel le mariage contracté *sans le consentement libre* d'un époux peut être attaqué par celui dont le consentement n'a pas été libre. Merlin voit dans l'article 180 la sanction de l'article 146, d'après lequel « il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » On n'a qu'à mettre les deux dispositions en regard pour se convaincre que cette interprétation est inadmissible. L'article 146 parle de l'absence de consentement, tandis que l'article 180 suppose qu'il y a eu consentement, mais qu'il est vicié par la violence ou par l'erreur. Dans le cas de l'article 146, le mariage est non existant, tandis que dans le cas de l'article 180 le mariage est nul. Donc quand il n'y a pas de consentement, et c'est le cas de celui qui consent étant en état de démence, l'article 180 n'est pas applicable. Et il n'y en a pas d'autre qui accorde une action en nullité pour absence de consentement.

(1) Arrêt de la cour de Paris du 18 mai 1818 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 115, 3°). Arrêt de la cour de cassation du 9 janvier 1821 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 210).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section VI, § 2, article 180, 1re question.

(3) Arrêt du 12 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 98). Comparez arrêt de Colmar du 27 février 1852 (Dalloz, 1852, 2, 260).

Merlin dit que cela est absurde, puisqu'il en résulterait qu'un mariage contracté par une personne en état de démence ne pourrait être attaqué par personne. La loi dit cependant qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Ainsi il n'y aurait pas de mariage, et néanmoins cette apparence de mariage serait inattaquable. Certes, cela serait absurde; mais l'absurdité n'existe que si l'on veut appliquer les principes du mariage nul au mariage non existant, c'est-à-dire quand on veut appliquer des dispositions exceptionnelles à un cas qui est régi par la règle générale. Il n'est pas exact de dire, comme le fait Merlin, que l'article 146 reste sans sanction, si l'on ne peut pas appliquer l'article 180; il aura, au contraire, une sanction plus forte que celle de la nullité. En effet, tandis que le mariage nul ne peut être attaqué que par certaines personnes auxquelles la loi accorde ce droit, le mariage de celui qui n'a pas consenti parce qu'il était incapable de consentir, pourra être attaqué par toute personne qui y a intérêt, en ce sens que toute partie intéressée peut demander que le juge déclare qu'il n'y a jamais eu de mariage. Le tribunal de Gand l'a décidé ainsi, et sa décision est très-juridique (1). On conçoit que la loi permette difficilement d'attaquer un mariage qui est simplement annulable, c'est-à-dire qui produit tous ses effets; car c'est jeter le trouble dans les familles. Il n'en est pas ainsi d'un mariage qui n'existe pas aux yeux de la loi, et qui par conséquent ne produit aucun effet. Sans doute, en fait, les prétendus époux peuvent avoir cohabité, et dans ce cas le jugement qui prononcera que le mariage n'a jamais existé, produira les mêmes inconvénients que le jugement qui annule un mariage. Cela prouve que le législateur aurait dû régler les conditions requises pour l'existence du mariage et les conséquences qui résultent de la non-existence. Mais il ne l'a pas fait, et il n'appartient pas au juge de combler la lacune.

444. Il faut appliquer les mêmes principes au cas où

(1) Jugement du 14 décembre 1846 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, 24). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour d'Alger, du 21 avril 1853 (Dalloz, *Recueil*, 1855, 2, 342).

le mariage serait non existant pour défaut de solennité. Le mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil; il n'y a certes pas de mariage. Qui peut se prévaloir de la non-existence de ce mariage apparent? Toute personne qui y a intérêt. Si les prétendus époux voulaient contracter un mariage véritable, ils n'auraient pas même besoin d'agir en justice pour faire déclarer qu'il n'y a point de mariage; l'officier de l'état civil ne devrait pas s'arrêter devant un titre qui n'existe pas. Sans doute, dès qu'il y a contestation, elle doit être décidée par le juge; mais, dans l'espèce, nous croyons qu'il n'y aurait pas lieu à contester.

Cependant l'application de ces principes donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. Un mariage est célébré devant un ministre du culte : est-il nul ou est-il non existant? Si l'on disait qu'il est nul, il n'y aurait personne qui pourrait en demander l'annulation; quand la loi parle de l'incompétence, elle suppose toujours qu'il y a un *officier public* (art. 191); or, les ministres du culte ne sont certes pas des officiers publics. D'après la constitution belge du moins, il n'y a pas de doute. M. Nothomb a déclaré, lors de la discussion, que les ministres du culte n'étaient plus que des individus aux yeux de la loi; c'est dire qu'ils n'ont aucun caractère public. Quand donc le ministre d'un culte quelconque célèbre un mariage, c'est comme si le premier venu procédait à la célébration. Il n'y a pas même là une apparence de titre, donc pas de mariage. Mais qui aura le droit de l'attaquer? Par voie d'action en nullité, il ne peut pas être attaqué, parce qu'il n'y a pas de texte. Si donc on admettait ou que le mariage est nul, ou qu'il faut appliquer aux mariages inexistants les principes de l'action en nullité, il en résulterait que ce mariage est inattaquable. Cela est absurde; il faut donc laisser de côté les principes spéciaux qui régissent les demandes en nullité de mariage, et appliquer les principes généraux, d'après lesquels toute personne intéressée peut agir en justice.

La jurisprudence sur cette question délicate est indécise Nous y reviendrons en traitant du mariage putatif.

N° 2. APPLICATION.

445. Toute action, en principe, est soumise à la prescription. Les demandes en nullité de mariage sont aussi prescriptibles, quand elles se fondent sur un intérêt privé. Il n'en est pas de même de l'action qui naît de l'inexistence d'un mariage : elle est imprescriptible. Pourquoi? Les nullités absolues ne se prescrivent pas, parce que l'intérêt de la société demande toujours que les mariages criminels ou honteux soient annulés. Est-ce aussi là le motif pour lequel l'action ou l'exception qui tend à faire déclarer le mariage non existant ne se prescrit pas? Non, car il est possible que l'intérêt privé soit seul en cause. Tel est le mariage dans lequel il n'y a pas eu de consentement. Pourquoi donc n'y a-t-il pas de prescription en ce cas? C'est qu'en réalité il n'y a pas d'action, et il n'y a pas d'action parce qu'il n'y a pas de contrat. Or, à celui qui prétend qu'il y a un contrat, on peut toujours opposer, par voie d'action ou d'exception, qu'il n'y a jamais eu de consentement. Il serait contraire à la raison et au droit que le néant devînt valable et se transformât en contrat, par la seule raison que dix ou trente années se sont écoulées depuis que ce néant s'est produit sous la forme d'un contrat (1).

446. Si une action est intentée pour faire déclarer qu'il n'y a point de mariage, devant quel tribunal devra-t-elle être portée? On appliquera le principe général d'après lequel le demandeur doit former son action devant le tribunal du domicile du défendeur. Il n'y a pas à distinguer entre les époux, car il n'y a pas d'époux. On ne peut donc pas dire que la femme a son domicile chez son mari; il n'y a ni mari ni femme. Les parties sont régies par le droit commun. On ne peut pas appliquer au mariage non existant ce que nous avons dit du mariage nul; le premier ne produit aucun effet; comme le dit énergiquement l'article 146, n'y a point de mariage, donc pas de domicile marital.

(1) C'est l'opinion de tous ceux qui admettent la théorie des actes non existants (Demolombe, t. III, p. 381, n° 241).

La femme aura-t-elle besoin d'une autorisation quelconque pour plaider? Non; à qui la demanderait-elle? Au mari? Il n'y a pas de mari. A la justice? Mais de quel chef? Il n'y a pas de mariage, donc aucune incapacité ne frappe la femme (1). Par la même raison, si la femme était mineure, elle ne serait pas émancipée par le mariage, car il n'y a point de mariage; elle reste donc ou sous puissance paternelle ou sous puissance tutélaire; par suite, ce n'est pas elle qui doit agir en justice, c'est le père, la mère ou le tuteur.

On peut faire une objection sérieuse contre ces solutions. C'est, dira-t-on, aboutir à la nullité de plein droit, alors qu'il n'y a pas de nullité pareille. Le mariage a été contracté devant un ministre du culte. Est-il simplement nul ou est-il inexistant? La question est controversée. En attendant qu'elle soit décidée, ne faut-il pas dire qu'il y a une apparence de mariage, que ce mariage apparent n'est pas nul de plein droit, que partant il y a un domicile marital, il y a émancipation, il y a incapacité de la femme? Dire qu'il n'y a rien, n'est-ce pas préjuger la décision du juge? Il y a là une difficulté véritable que le législateur aurait dû décider. Dans le silence de la loi, que doit faire l'interprète? Nous croyons qu'il doit s'en tenir au principe formulé par l'article 1131 : un acte non existant ne peut produire aucun effet.

447. Par la même raison, nous déciderons que s'il y a eu cohabitation, et si des enfants sont nés du commerce des deux prétendus époux, ces enfants n'auront pas d'état, que leur filiation ne sera pas légalement constatée. Cela ne fait aucun doute, quand il n'y a point eu de célébration devant un officier de l'état civil, ni par conséquent d'acte de mariage inscrit sur les registres : l'un des éléments constitutifs de la filiation manque dans ce cas, l'acte

(1) La cour de cassation a décidé que la femme n'avait pas besoin d'autorisation pour s'inscrire en faux contre un acte de célébration de mariage qu'elle prétendait n'avoir pas été célébré. (Arrêt du 31 août 1824, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 561.)

qui prouve le mariage. Mais la question devient douteuse, s'il y a eu une célébration régulière; par exemple, une personne en état de démence s'est mariée devant l'officier de l'état civil, l'acte est inscrit sur les registres. Un enfant naît de cette union, un acte de naissance est dressé. Pourra-t-il invoquer ces actes pour prouver sa filiation? Nous croyons qu'il le peut. Il est vrai que, dans la rigueur des principes, l'acte dressé pour constater la célébration d'un mariage non existant est également inexistant, et comme tel il ne peut produire aucun effet. L'objection est sérieuse. Mais ne peut-on pas répondre qu'il y a un titre, et que foi doit rester au titre jusqu'à ce que le juge ait déclaré qu'il n'y a pas de mariage? Et en supposant que le mariage soit déclaré inexistant, toujours est-il qu'il y a un acte inscrit sur les registres de l'état civil, qui prouve authentiquement l'union que deux personnes ont contractée, union de fait, soit; mais le fait ne suffit-il pas pour établir la filiation, si on le combine avec le fait de la naissance, lequel est également établi d'une manière authentique? Nous le croyons. Qu'on ne dise pas que nous, qui prêchons la logique à toute occasion, nous sommes inconséquents, en attribuant un effet au mariage inexistant; ce n'est pas au mariage que nous l'attribuons, c'est à deux faits constatés par des actes authentiques. Si l'état des enfants est constaté, pourront-ils réclamer le bénéfice du mariage putatif? Nous examinerons cette question plus loin (n° 515).

SECTION II. — Des nullités relatives.

§ Ier. *Vices de consentement.*

448. Quand il n'y a point de consentement, dit l'article 146, il n'y a point de mariage. La loi ne dit pas que le mariage est nul, il n'existe pas. Il en est autrement si le consentement a été donné, mais s'il est vicié par l'erreur ou la violence. Dans ce cas, le mariage est nul. L'erreur donne lieu à un doute; on peut soutenir que s'il y a erreur dans la personne, le mariage est non existant. Nous avons examiné la question plus haut (n° 291); il nous reste à parler des vices qui entraînent la nullité du mariage. La nullité est relative. Aux termes de l'article 180, le mariage ne peut être attaqué que par les époux dont le consentement n'a pas été libre, ou qui ont été induits en erreur. Pourquoi l'erreur et la violence ne produisent-elles qu'une nullité relative?

Portalis répond que le défaut de liberté est un fait dont le premier juge est la personne qui prétend n'avoir pas été libre. « Des tiers, dit-il, peuvent avoir été témoins des procédés extérieurs, desquels on se croit autorisé à conclure qu'il y a eu violence ou contrainte; mais ils ne peuvent jamais apprécier l'impression continue ou passagère qui a été ou qui n'a pas été opérée par ces procédés. » Cela est vrai, à plus forte raison, de l'erreur. Ce premier motif, que l'on donne d'ordinaire pour expliquer le caractère relatif de la nullité qui résulte d'un vice de consentement, n'est pas décisif. Ce n'est qu'une difficulté de preuve, mais cette difficulté n'est pas une impossibilité. Aussi la loi admet-elle, en matière d'obligations, toute personne intéressée à se prévaloir des vices qui en annulant le consentement, annulent en même temps le contrat. Il doit donc y avoir un autre motif.

« Quel est celui, dit Portalis, qui aurait le droit de soutenir que je n'ai pas été libre quand, malgré les apparences, j'assure l'avoir été? Dans une affaire aussi personnelle, mon témoignage ne serait-il pas supérieur à tout