trouve l'erreur de droit. Et qui le leur aurait appris? La société ne s'est pas même souciée, jusqu'au dix-neuvième siècle, de leur apprendre à lire : et la loi présumerait que ceux qui ne savent pas lire savent néanmoins le droit! Sans doute, il est quelquefois nécessaire de présumer que les citoyens connaissent la loi, alors même qu'ils en ignorent l'existence; mais n'étendons pas la présomption au delà des bornes de la nécessité. Si la bonne foi se présume pour une erreur de fait, elle doit se présumer, à plus forte raison, pour une erreur de droit.

A notre avis, la présomption n'existe pas plus dans un cas que dans l'autre. Nous insistons sur la question, parce que nous avons contre nous le nom et l'autorité de Merlin; mais il est arrivé ici au grand jurisconsulte ce qui lui arrive fréquemment, c'est qu'il se laisse dominer par la tradition : un adage romain est pour lui la vérité. Nous respectons fort la tradition, surtout quand elle s'appuie sur les jurisconsultes de Rome, nos maîtres; mais au moins faut-il que ces brocards traditionnels soient consacrés par notre code civil, et qu'ils soient en harmonie avec la raison. Puis il faut être conséquent dans une science qui s'appuie sur la logique. Il ne faut donc pas commencer, comme le fait M. Demolombe, par admettre la présomption de bonne foi en faveur de l'époux, et dire ensuite que c'est aux époux à prouver leur bonne foi. C'est ce dernier principe qui est le vrai : il faut s'y tenir (2).

§ II. *Effets du mariage putatif.*

507. L'article 201 dit que le mariage putatif produit *les effets civils*, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Cela est trop absolu, car la loi semble dire que, par une fiction fondée sur la bonne foi, le mariage, quoique déclaré nul, continue à produire tous ses effets, comme s'il n'était pas annulé. Telle n'est évidemment pas la pensée du législateur. Il faut donc limiter les termes trop généraux de l'article 201, en ce sens que le mariage putatif

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 545, n° 359.

produit tous les effets que produirait un mariage légal, dont la dissolution aurait lieu à partir du jugement qui en prononce l'annulation (1). Il résulte de là que le mariage annulé produit tous ses effets quant au passé. Mais en faut-il conclure qu'il ne produit aucun effet pour l'avenir? Marcadé répond qu'après le jugement d'annulation, le mariage ne produit plus aucun effet (2). Cela aussi est trop absolu. Marcadé lui-même ajoute : Bien entendu, les effets produits se maintiennent à perpétuité (3). Il faut donc voir quels sont les effets que le mariage a produits, en le considérant comme valable, ces effets subsistent quand même ils ne doivent se produire qu'après l'annulation du mariage. Mais une fois rompu, le mariage putatif ne peut plus produire de nouveaux effets.

N° 1. EFFETS DU MARIAGE PUTATIF QUANT AUX ENFANTS.

508. Le mariage annulé produit ses effets au profit des enfants, quand même il n'y aurait qu'un seul des père et mère qui fût de bonne foi (art. 202). Dans l'ancien droit, on soutenait que les enfants devaient, en ce cas, être légitimes par rapport à l'un des conjoints et illégitimes par rapport à l'autre. Les auteurs du code ont rejeté cette opinion, sur le fondement que l'état des hommes est indivisible, et qu'en cas de conflit, il faut se décider entièrement pour la légitimité (4). On a critiqué ce motif; l'état des hommes, dit-on, n'est pas nécessairement indivisible; il peut se trouver divisé par suite de jugements contradictoires. Cela est vrai, mais c'est une exception qui découle des principes sur l'autorité de la chose jugée. Ces principes ne lient pas le législateur, et Portalis a raison de dire que la loi ne peut pas consacrer cette anomalie absurde qu'un enfant soit légitime tout ensemble et illégitime.

Les enfants sont donc légitimes et jouissent de tous les droits que la loi accorde à la légitimité. Ils porteront le

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, § 460, p. 247.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. I^er^, p. 522, article 202, n° 3.
(3) Portalis, Discours préliminaire, n° 62 (Locré, t. I^er^, p. 172).
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 549, n° 362.

nom de leur père, quand même celui-ci serait de mauvaise foi. Si l'enfant naissait dans les dix mois qui suivent l'annulation du mariage, il pourrait invoquer la présomption que la loi attache au mariage. Naturellement, la présomption cesse à partir du jugement qui déclare le mariage nul. Les enfants ont droit à l'éducation, aux aliments (art. 203, 207, 205). Ils succèdent non-seulement à leurs père et mère, mais à tous les membres de la famille, car ils appartiennent à la famille comme s'ils étaient légitimes. Voilà un effet du mariage putatif qui ne se produit qu'après l'annulation du mariage; il se produit parce que les enfants sont considérés comme légitimes, et cet effet, une fois produit, subsiste toujours.

Les parents des père et mère succèdent-ils toujours aux enfants? Il y a ici un motif de douter. Les articles 201 et 202 ne parlent que des enfants et des époux; on pourrait donc dire que le mariage ne produit aucun effet à l'égard des tiers. Mais cette interprétation serait contraire à l'essence même du mariage putatif. Il représente le mariage véritable, dans les limites que nous avons déterminées; or, le mariage crée des liens entre les enfants et les parents de leurs père et mère, et ces liens sont réciproques. Concevrait-on que l'enfant fût considéré comme le neveu des frères et sœurs de son père, et que ceux-ci n'eussent pas la qualité d'oncle ou de tante à l'égard de l'enfant? Ici encore, il faut dire avec Portalis que les liens qui dérivent du sang ne se divisent pas. Donc tous les parents des époux succéderont aux enfants, alors même que l'un des époux serait de mauvaise foi; les effets de sa mauvaise foi lui sont personnels; cette mauvaise foi n'empêche pas le lien de parenté de se former entre l'enfant et les parents; ce qui décide la question (1).

509. Le mariage putatif opère-t-il légitimation? C'est une question célèbre et toujours controversée. Il y a un cas dans lequel elle ne peut pas même être agitée : si les enfants sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux, ils ne sont pas légitimés par le mariage putatif de leurs

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 337, n° 366.

père et mère, pas plus que par leur mariage légal; l'article 331 le dit du mariage légal, et l'impossibilité est la même pour le mariage putatif. En effet, la condition de la légitimation, c'est la reconnaissance des enfants (art. 331); or, la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin (art. 335). Puisque le texte décide la question, il est inutile d'entrer dans la discussion à laquelle les auteurs se livrent sur ce point : il y a assez de controverses sans que l'on en crée d'inutiles.

Si les enfants sont simplement naturels, nous croyons qu'ils seront légitimés par le mariage putatif. D'après les principes que nous venons de poser, cela ne peut pas même faire l'objet d'un doute. Le mariage putatif produit les effets d'un mariage véritable; or, le mariage légal légitime, donc le mariage putatif doit aussi légitimer. Cela est aussi fondé sur l'esprit de la loi. On ne voit pas une ombre de raison pour scinder les effets du mariage; il se peut, et le cas s'est présenté, que le mariage ait été contracté pour légitimer un enfant né avant la célébration; le mariage est annulé, mais à raison de la bonne foi des époux, il est déclaré putatif. Pourquoi ne produirait-il pas l'effet que les époux ont eu principalement en vue en se mariant? Il y a cependant une difficulté de texte. Le mariage putatif est une fiction, et toute fiction doit être strictement renfermée dans les limites tracées par la loi qui l'établit. Or, l'article 201, en disant que le mariage annulé produit les effets civils à l'égard des enfants, entend parler des enfants qui sont nés du mariage; ce qui le prouve, c'est que l'article 202, qui ne fait qu'un avec l'article précédent, dit formellement que le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en faveur des enfants issus du mariage. Nous avons répondu d'avance à l'objection, en remarquant que les termes du code n'ont pas le sens restrictif qu'ils paraissent avoir. Si on les prenait au pied de la lettre, on aboutirait à cette conséquence absurde que les enfants succèdent aux parents de leurs père et mère, tandis que les parents ne succéderaient pas aux enfants. Il faut donc considérer les termes comme énonciatifs; le législateur

ne parle que des enfants issus du mariage, parce que tel est le cas ordinaire; on ne peut pas dire qu'il ait entendu se prononcer contre la légitimation, puisqu'il n'y a pas songé. C'est d'après les principes que la question doit se décider, et sur ce terrain il n'y a pas de doute sérieux. La fiction est que le mariage putatif est mis sur la même ligne que le mariage légal; on n'étend donc pas la fiction en légitimant les enfants, on ne fait que l'appliquer.

Pothier a une singulière objection. « La bonne foi des parties, dit-il, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoraient le vice; car ce commerce était, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent; mais la bonne foi que les parties ont eue en contractant ce prétendu mariage ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant, car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage (1). » Pothier tombe ici dans le défaut de ceux qui prouvent trop, et l'on sait qu'en droit ceux qui prouvent trop ne prouvent rien. Sans doute, le commerce des époux avant leur mariage est criminel, mais l'est-il moins quand le mariage est valable que lorsqu'il est putatif? Si l'immoralité est couverte par le mariage subséquent, elle doit l'être aussi par un mariage putatif, puisque le mariage putatif est l'image de l'union légitime. Telle est aussi l'opinion commune (2).

N° 2. EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX, S'ILS SONT TOUS LES DEUX DE BONNE FOI.

510. Si les deux époux sont de bonne foi, dit l'article 201, le mariage annulé produit *les effets civils* à leur égard. Ils ont donc tous les droits qui naissent d'un mariage légal, d'abord sur la personne et les biens de leurs enfants : ils exercent la puissance paternelle et l'usufruit

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 441.
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 606.

qui y est attaché. Voilà un effet qui se prolonge au delà du jugement qui prononce la nullité, et par la force des choses. Il en est de même des conventions matrimoniales des époux, des donations qu'ils se sont faites. Tous ces effets sont incontestables. Mais que faut-il dire des effets que le mariage produit entre les époux? Il est certain qu'il ne peut plus être question du devoir de fidélité, ni de la protection que le mari doit à sa femme, ni de l'obéissance que la femme doit à son mari. Mais si l'un des époux était sans fortune, ne pourrait-il pas demander une pension alimentaire de son conjoint? Le code donne ce droit au conjoint qui a obtenu le divorce (art. 301). Il nous semble que cette disposition doit recevoir son application, par analogie, au mariage putatif. Il y a, en effet, même raison de décider. L'époux sans fortune doit compter sur la subsistance que le mariage lui assure; combien d'unions sont contractées dans cette vue! Ce serait donc tromper l'attente des contractants que de les priver de cet avantage.

511. Il se présente une question plus difficile. Aux termes de l'article 767, « lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent *au conjoint non divorcé* qui lui survit. » Les époux dont le mariage est annulé conservent-ils ce droit de succession réciproque? On décide la question négativement, par la raison que le droit est attaché à la qualité d'époux; or, après l'annulation du mariage, il n'y a plus de conjoints. C'est là la raison pour laquelle l'époux divorcé ne succède pas; le motif de décider est le même pour l'époux dont le mariage est annulé (1). Ici, nous semble-t-il, la doctrine généralement admise est trop absolue. Non, le divorce et l'annulation du mariage ne sont pas régis par les mêmes principes. Le mariage dissous par le divorce ne produit plus aucun effet. Il n'en est pas de même du mariage annulé, ses effets se prolongent au delà de l'annulation. On ne peut donc pas se prévaloir de ce que l'article 767 dit du conjoint divorcé contre l'époux dont le mariage est annulé. Reste à savoir si

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 557, n° 370.

cet époux peut invoquer sa qualité de conjoint pour succéder? Il est certain qu'il n'est plus époux dans la réalité des choses; mais nous sommes dans le domaine d'une fiction. La vraie difficulté est donc celle-ci : la fiction s'étend-elle au droit héréditaire? La loi maintient le droit d'hérédité au profit des enfants, des père et mère, et même des parents; pourquoi ne maintiendrait-elle pas le droit de succession au profit du conjoint? N'est-ce pas là un des *effets civils* du mariage? Dès lors ne faut-il pas dire que cet effet est produit par le mariage putatif? La seule objection sérieuse que l'on puisse faire au conjoint, c'est que le mariage annulé ne peut plus produire de nouveaux effets à partir du jugement qui a prononcé la nullité; or, le droit de succession est un nouvel effet. Mais cet argument ne peut pas être opposé aux enfants; pourquoi donc l'opposerait-on à l'époux?

N° 3. EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX, SI UN SEUL EST DE BONNE FOI.

512. L'article 202 porte que si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux. A l'égard des enfants, les effets du mariage ne peuvent pas se diviser. La loi admet cette division quant aux époux, bien qu'elle ne soit point très-rationnelle; il en résulte cette singulière conséquence, qu'il y a une femme légitime sans qu'il y ait un mari légitime. Si la loi a admis cette anomalie, c'est qu'elle n'a pas voulu que l'époux de mauvaise foi retirât un avantage quelconque d'un mariage qu'il a contracté sciemment, au mépris de la loi et de l'honnêteté publique. L'époux de bonne foi aura donc seul la puissance paternelle et les avantages que la loi y attache. De là une nouvelle anomalie : si c'est la femme qui est de bonne foi, elle exercera la puissance paternelle, tandis que le mari en sera déchu. C'est une dérogation au droit commun (article 373) qui s'explique par la fiction du mariage putatif. L'époux de bonne foi succède seul aux enfants, l'époux de mauvaise foi ne succède pas aux enfants quoique les enfants lui succèdent. Nouvelle exception au droit commun d'après lequel le droit de succession est réciproque.

513. La même anomalie se présente pour les libéralités. Si les époux se sont fait des donations, le conjoint de bonne foi en profitera, tandis que l'époux de mauvaise foi sera déchu de son droit. Vainement dirait-on que les donations étant réciproques, l'une est la condition de l'autre; et l'une tombant, l'autre ne doit-elle pas tomber? L'objection altère l'essence des donations; elles se font non par calcul, mais dans un esprit de bienfaisance et d'affection. C'est en ce sens que l'article 299 prive l'époux contre lequel le divorce a été admis de tous les avantages que son conjoint lui avait faits, tandis que, d'après l'article 300, l'époux qui a obtenu le divorce conserve les libéralités qui lui ont été faites par l'autre époux, encore qu'elles aient été stipulées réciproques.

On applique le même principe aux conventions matrimoniales. Ici il y a une nouvelle anomalie. Ces conventions sont essentiellement bilatérales; néanmoins à raison de la bonne foi de l'une des parties et de la mauvaise foi de l'autre, la loi les brise. Toutefois, c'est dans l'intérêt de l'époux de bonne foi; il peut donc renoncer au bénéfice que la loi a établi en sa faveur, et demander qu'on liquide la société de biens qui a existé entre lui et son conjoint d'après le droit commun, en faisant abstraction du contrat de mariage. Si le mari de bonne foi demande le partage de la communauté d'après le droit commun, la femme de mauvaise foi pourra-t-elle renoncer? On le dit (1), mais cela nous paraît très-douteux. Le conjoint de mauvaise foi n'est pas considéré comme époux, la femme ne peut donc pas se prévaloir de sa qualité de femme commune en biens. Vainement dit-on que le droit de renoncer est une conséquence du pouvoir absolu que le mari a sous le régime de communauté; nous répondons qu'à l'égard de la femme de mauvaise foi, il n'y a pas de communauté, il n'y a qu'une simple société de fait; or, dans une société de fait, il n'est

(1 Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 248. note 19, § 460.

pas permis à l'une des parties de renoncer en laissant toutes les dettes à la charge de l'autre.

514. On demande si les donations faites à l'époux de mauvaise foi seront maintenues. En principe, il faut répondre négativement, puisque l'époux de mauvaise foi ne peut réclamer aucun effet civil du mariage. On objecte que les donations qui se font par contrat de mariage sont des pactes de famille, qui ont en vue l'intérêt du conjoint et des enfants autant que l'intérêt du donataire. Cela est vrai si le mariage est valable et s'il est maintenu; cela n'est plus vrai si le mariage est annulé : dans ce cas, il n'y a de plus pacte de famille.

L'opinion commune distingue (1). Si la donation est une institution contractuelle, et s'il y a des enfants nés du mariage, l'institution leur profitera, puisqu'ils y sont compris, au cas où le donateur ne veut ou ne peut recueillir les biens; or, il ne le peut, puisqu'il n'est plus considéré comme époux. Que s'il n'y a pas d'enfants, l'institution devient caduque. Si la donation comprend des biens présents, l'époux donataire peut-il s'en prévaloir s'il est de mauvaise foi? On le prétend, mais nous cherchons vainement un motif juridique à l'appui de cette opinion. La donation est faite au mariage, dit-on. Oui; mais, dans l'espèce, il n'y a plus de mariage. On invoque l'intérêt des enfants; mais les enfants ne sont pas donataires. Au point de vue juridique, cela décide la question.

§ III. *Du mariage non existant.*

515. On demande si les principes qui régissent le mariage putatif reçoivent leur application au mariage non existant. Il n'y a pas eu de consentement, ou le mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil. Si, sur la demande d'une partie intéressée, le tribunal déclarait qu'il n'y a jamais eu de mariage, y aurait-il néanmoins mariage putatif, si les prétendus époux étaient de bonne foi? Le cas s'est présenté plusieurs fois, pour le mariage

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 563, nos 381-382.

contracté devant un ministre du culte. Il y a des arrêts pour et contre, et les auteurs aussi sont divisés. Nous croyons que le mariage non existant ne peut jamais avoir l'effet d'un mariage putatif. Cela est de toute évidence, si l'on admet la doctrine des actes non existants. Rien de plus positif que l'article 1131 : un contrat qui n'existe pas ne peut avoir aucun effet. On objecte que la fiction qui considère le mariage annulé comme valable, quoique en réalité il soit nul, peut aussi considérer comme existant le mariage pour l'existence duquel il manque une condition (1). Sans doute, le législateur pourrait étendre la fiction jusqu'à considérer comme existant un acte qui n'existe pas; cela serait peu juridique, mais si la loi était expresse, il n'y aurait plus à raisonner. La question est donc une question de texte; les articles 201 et 202 s'appliquent-ils au mariage non existant?

Nous n'hésitons pas à répondre : non. L'article 201 parle du mariage *déclaré nul*, ce qui veut bien dire *annulé*. Or, annule-t-on un mariage non existant? Non, on déclare qu'il n'y a point de mariage : ce sont les expressions de l'article 146. Dira-t-on qu'à la rigueur le mot *nul*, dans l'article 201, peut signifier ou *annulable* ou *non existant*, la langue française n'ayant point de termes différents pour exprimer la *nullité* et la *non-existence*? Nous admettrions cette interprétation si, dans les articles qui précèdent, il était question des mariages nuls et des mariages non existants; on pourrait dire alors que l'article 201 est une disposition générale qui s'applique à tous les mariages déclarés nuls ou non existants. Mais dans tout le chapitre IV, il n'est pas dit un mot des mariages que nous appelons non existants; il n'est parlé que des mariages nuls, des cas dans lesquels le mariage est nul, et des personnes qui peuvent demander la nullité. Après cela, le code traite des effets que produit l'annulation du mariage, c'est l'objet des articles 201 et 202. N'est-ce pas une preuve mathématique que ces articles n'ont rien de commun avec les mariages non existants? Marcadé soutient le contraire (2).

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 540, n° 355.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 516, n° 1 de l'article 202.

mais il a contre lui non-seulement l'évidence des textes, il a encore contre lui la théorie générale du code civil. On peut soutenir, c'est notre opinion, que le code établit la distinction des actes nuls et des actes non existants, mais il est certain qu'il ne parle nulle part de l'action à laquelle peut donner lieu l'inexistence d'un acte. Au titre du Mariage, le législateur a consacré tout un chapitre aux demandes en nullité de mariage, et il ne dit pas un mot des mariages inexistants. Qu'est-ce à dire? Ces mariages restent donc sous l'empire du droit commun. Dès lors, il est impossible de leur appliquer les articles 201 et 202; car ces articles créent une fiction, et une fiction est, par son essence, exorbitante du droit commun. Cela décide la question, nous semble-t-il (1).

La jurisprudence est divisée, et, il faut l'avouer, les arrêts rendus sur cette question ont peu de valeur, soit pour, soit contre l'opinion que nous venons de défendre; ils ne discutent pas les difficultés qu'elle présente (2). Or, les questions de droit ne se décident pas à coups d'arrêts, elles se décident par des raisons. Si la jurisprudence offre si peu de lumières, c'est que la théorie des actes nuls et des actes inexistants est encore indécise et flottante. Et cela se conçoit : les auteurs mêmes du code Napoléon n'avaient pas d'idées arrêtées sur cette difficile matière. Si l'on admet la distinction, il faut aussi admettre les conséquences. Il n'y a pas de demi-principes, vrais pour une partie, faux pour une autre.

(1) Voyez, en ce sens, Zachariæ, t. III, p 243 et suiv., § 460.

(2) Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 23 avril 1812, décide que le mariage célébré devant le curé est non existant, et ne peut produire aucun effet (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 589, 2º). Voyez, dans le même sens, un arrêt de Bourges du 17 mars 1830 (Dalloz, *ibid.*, nº 419, 2º), et, en sens contraire, les arrêts de Bruxelles et de Paris cités plus haut, p. 638 et 639, nº 504.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE II. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE Ier. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — *Des officiers de l'état civil.*

§ Ier. *Des officiers de l'état civil en France.*

1. Principe de la sécularisation des actes de l'état civil, p. 5.
2. De l'ancien droit français, p. 6.
3. De l'état civil des protestants après la révocation de l'édit de Nantes, p. 7.
4. Édit de 1787. Opposition du clergé, p. 9.
5. L'Assemblée constituante pose le principe de la sécularisation; la loi du 20 septembre 1792 l'organise, p. 10.
6. Résistance du clergé. Le principe de la sécularisation l'emporte, p. 13.
7. La sécularisation est un principe général, il s'applique à tout l'ordre civil, p. 15.
8. Des officiers de l'état civil, p. 16.

§ II. *Des actes de l'état civil reçus à l'étranger.*

Nº 1. Du droit commun.

9. L'article 47 pose le principe général, p. 16.
10. La compétenee des agents diplomatiques est exceptionnelle et doit être restreinte dans les limites de la fiction sur laquelle elle repose, p. 17.
11. Application du principe au mariage, p. 18.

Nº 2. Règles spéciales concernant les militaires.

12. Du principe : *Où est le drapeau, là est la France*, p. 20.
13. La compétence générale de l'article 47 n'est pas annulée par la compétence spéciale de l'article 88, p. 22.
14. Application du principe, p. 24.

SECTION II. — *Des registres de l'état civil.*

15. Pourquoi des registres? pourquoi en double? Nombre des registres, p. 26.
16. Publicité des registres. Qu'entend-on par extraits? qui les délivre? p. 27.