

THE MCGILL LAW JOURNAL

VOLUME 6

1960

NUMBER 4

LE MARIAGE PUTATIF

Germain Brière*

Lorsqu'un tribunal déclare un mariage nul, il ne fait que constater que ce mariage, bien qu'il ait été célébré en fait, n'a jamais existé en droit;¹ en d'autres termes, le jugement est en l'occurrence déclaratif, et non pas constitutif d'une situation nouvelle;² la nullité opère donc rétroactivement. Il en est autrement au cas d'un jugement de divorce, lequel, mettant fin à un mariage valable, ne produit d'effets que pour l'avenir.

L'anéantissement rétroactif du mariage est lourd de conséquences. Juridiquement, les époux n'ont jamais été mari et femme;³ le régime matrimonial, accessoire au mariage, est réputé n'avoir jamais existé; les époux ne seront pas héritiers l'un de l'autre; les enfants sont illégitimes,⁴ etc. Aussi, le légis-

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

¹V. notamment *Dame Bessette v. Meunier* [1959] C.S. 283, à la p. 285.

²Mazeaud, Henri, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, Paris (1955), t. 1, p. 834.

³L'arrêt *Malboeuf v. dame Dache* (1939), 66 B.R. 148, est quelque peu troublant à ce sujet. Tout en déclarant un mariage nul pour bigamie, la Cour d'appel a infirmé un dispositif du jugement du tribunal de première instance selon lequel le mariage était nul de nullité absolue et les parties n'avaient jamais été mari et femme. Les circonstances étaient, il est vrai, tout à fait exceptionnelles: à la suite d'un jugement par défaut déclarant son mariage nul, le mari s'était remarié, mais postérieurement le premier mariage avait été déclaré valable sur requête en revision. Les juges qui ont rendu le jugement majoritaire, peut-être influencés par la théorie du mariage putatif dont il n'était pourtant pas question en l'instance, n'ont pas tiré toutes les conséquences de la nullité qu'ils acceptaient pourtant de prononcer. L'opinion des juges dissidents, notamment celle du juge Barclay, nous paraît plus logique.

⁴V. cependant *Cox v. Jones* [1951] C.S. 32, où le juge exprime l'opinion que l'enfant a droit aux effets civils du mariage bien que les parents paraissent tous deux de mauvaise foi; aussi, *F. v. C.* [1949] C.S. 193, où l'on affirme que le mariage doit produire des effets civils en faveur d'un enfant, bien qu'en l'instance la mauvaise foi des époux semble acquise. Pareille attitude ne nous paraît pas admissible dans l'état actuel du droit; dans un arrêt plus récent, *Flam v. Flitman* [1958] C.S. 442, le juge ne semble pas l'admettre, puisque, après avoir déclaré que les deux époux étaient de mauvaise foi, il ajoute qu'il est heureux qu'aucun enfant ne soit né du mariage. Il serait toutefois plus équitable que les enfants jouissent des effets civils du mariage en tout état de cause; le droit suisse admet cette règle bienveillante (v. Mazeaud, *op. cit.*, p. 839).

lateur a-t-il voulu que la rétroactivité de la nullité cessât de jouer, quant aux effets civils du mariage, lorsque les époux, ou tout au moins l'un d'entre eux, est de bonne foi; on dit alors que le mariage est putatif,⁵ et on détermine les effets civils comme si le jugement de nullité ne faisait que dissoudre le mariage; en d'autres termes, on fait comme si le mariage avait été valable pour le passé mais cessait pour l'avenir.⁶

Le Code civil de la province de Québec ne contient que deux textes très courts, les articles 163 et 164, au sujet du mariage putatif; il en est ainsi d'ailleurs du Code civil français, dont les textes sont là-dessus identiques.⁷ Devant tant de laconisme du législateur, nos commentateurs se sont montrés plutôt circonspects, voire hésitants,⁸ et leur oeuvre est en conséquence incomplète. Les tribunaux, appelés à résoudre de nombreux problèmes en la matière, n'ont pas toujours donné des solutions satisfaisantes; un arrêt du Conseil privé⁹ sur le sujet est particulièrement déroutant. Aussi avons-nous cru utile de publier cette brève étude, où nous utilisons largement la jurisprudence québécoise.

Nous analyserons d'abord les conditions du mariage putatif, puis nous tenterons d'en déterminer les effets.

I — LES CONDITIONS DU MARIAGE PUTATIF

La bonne foi, seule condition que le législateur ait posée au mariage putatif, présente certains problèmes; par ailleurs, on peut se demander s'il n'existe pas d'autres conditions, de caractère secondaire.

(a) LA BONNE FOI, CONDITION ESSENTIELLE.

Il faut que l'un des époux, tout au moins, soit de bonne foi pour que le mariage soit considéré comme putatif et qu'il produise en conséquence des effets civils. Il importe cependant d'apporter à ce sujet certaines précisions.

Tout d'abord, cette bonne foi doit exister au moment même du mariage;¹⁰ c'est alors que l'un des époux, sinon les deux, doivent ignorer la cause de

⁵Ce mot vient du verbe latin *putare*: les époux croyaient contracter un mariage valable.

⁶Mignault, *Le Droit civil canadien*, t. 1, p. 457; Trudel, G., *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, p. 462; Mazeaud, *op. cit.*, p. 835.

⁷Art. 201 et 202 C.N.

⁸V. cependant l'ouvrage du professeur L. Baudouin, *Le Droit civil de la Province de Québec*, Montréal (1953), qui contient une étude intéressante sur le sujet (pages 192-196).

⁹*Berthiaume v. dame Dastous* (1930, Conseil privé), 47 B.R. 533.

¹⁰V. notamment *Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222, à la p. 224.

nullité du mariage; il est indifférent que la cause de nullité ait été découverte peu après le mariage ou longtemps après.¹¹

C'est au tribunal qu'il appartient d'apprécier s'il y a bonne foi ou non. La jurisprudence s'est montrée plutôt bienveillante à ce sujet; on relève tout de même quelques arrêts concluant à l'absence de bonne foi.¹²

On admet maintenant que cette bonne foi peut résulter aussi bien d'une erreur de droit que d'une erreur de fait. Par application de l'erreur de fait, on a considéré de bonne foi une personne qui se remarie croyant son premier conjoint décédé alors qu'il vit encore;¹³ une personne qui ignore l'état de démence de son conjoint;¹⁴ des époux qui ne découvrent qu'après leur mariage le lien de parenté à un degré prohibé qui existe entre eux;¹⁵ la femme qui épouse un homme marié, croyant épouser un célibataire;¹⁶ la femme impuissante qui ignore les effets scientifiques de sa condition.¹⁷

On a par ailleurs considéré de bonne foi en raison de l'erreur de droit une personne qui croyait contracter un mariage valide en épousant un divorcé, alors que le divorce en question ne pouvait être reconnu par nos tribunaux.¹⁸ De même, on a jugé que la bonne foi subsiste chez une personne qui connaît l'empêchement de parenté qui existe à son mariage, lorsque l'autre partie lui fournit avant le mariage une dispense de l'autorité religieuse.¹⁹ L'ignorance des exigences de la loi quant aux conditions de forme du mariage constitue également une erreur de droit.²⁰

Il est d'ailleurs possible que les deux époux soient de bonne foi, l'un en raison de l'erreur de fait et l'autre à cause d'une erreur de droit. C'est ce

¹¹L'affaire *Dame Wilson v. Partridge* [1959] C.S. 17, illustre bien cette règle. Une jeune fille domiciliée à Vancouver épouse en mai 1929, dans l'Etat de New-York, un certain Partridge, domicilié à Montreal, dont l'épouse a obtenu un divorce au Nevada. Elle croit alors contracter un mariage valable, vu l'état de divorcé de Partridge. Le père de la jeune femme, mis au courant du mariage par la suite, a des doutes sur l'état marital de Partridge et consulte un avocat. Le mariage est de nouveau célébré à Vancouver le 8 août 1929 et, pour plus de sécurité, la célébration est répétée le lendemain dans l'Etat de Washington. La femme obtient le bénéfice du mariage putatif en raison de sa bonne foi lors de la première célébration du mariage, même si, lors des deux célébrations subséquentes, elle se trouvait au courant de l'existence probable d'un empêchement légal et n'était donc plus de bonne foi.

¹²*Barakett v. Eddy* (1932), 70 C.S. 125; *Flam v. Flitman* [1958] C.S. 442.

¹³*Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222.

¹⁴*Darce v. Byron* [1946] C.S. 123.

¹⁵*De Grandmont v. la Société des Artisans canadiens-français de la Cité de Montréal* (1898), 15 C.S. 147.

¹⁶*Dwyer v. dame Snyder* [1957] C.S. 275.

¹⁷*G. v. B.* [1947] C.S. 82.

¹⁸*Dame Wilson v. Partridge* [1959] C.S. 17; *Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354.

¹⁹*Gilbert v. Gilbert* 35 R.L. n.s. 289. V. aussi, pour un cas analogue, *The Corporation of the United Townships of Hansfield & Pontefract v. dame Denault* (1921), 30 B.R. 204.

²⁰*Berthiaume v. dame Dastous* (1930, Conseil privé), 47 B.R. 533.

qui s'est produit dans l'affaire *Montmigny v. Lelièvre*,²¹ la femme avait obtenu un décret canonique prononçant la nullité d'un mariage préexistant et déclarant qu'il n'y avait pas d'obstacle en droit canonique à un mariage subséquent; un ministre du culte lui avait dit, au surplus, qu'elle pouvait se remarier; croyant qu'elle pouvait désormais, au regard de toute loi, contracter un second mariage, elle le fit sans obtenir de jugement de nullité d'un tribunal civil et en se présentant comme veuve à son second mari; d'où erreur de fait de la part du mari, alors qu'il s'agissait d'une erreur de droit dans le cas de la femme.

Toujours au sujet de la bonne foi, on s'est demandé s'il fallait en faire la preuve en vue d'obtenir le bénéfice du mariage putatif. Il y a sur ce point divergence d'opinions; les uns n'exigent pas cette preuve, vu la présomption de bonne foi dont dispose l'article 2202 C.C.,²² tandis que les autres, estimant que cette présomption ne s'applique pas en matière de mariage, considèrent cette preuve indispensable. Cette dernière opinion est exposée par Mignault,²³ qui ne fait que citer l'ouvrage de Baudry-Lacantinerie, et reprise par Gérard Trudel,²⁴ qui cite en ce sens l'arrêt *Montmigny v. Lelièvre*;²⁵ toutefois, cet arrêt ne contient qu'un *obiter dictum* à ce sujet.²⁶ Nous préférons l'opinion contraire, retenue par la jurisprudence française²⁷ et d'ailleurs acceptée par quelques arrêts de nos tribunaux;²⁸ on relève également un arrêt de la Cour suprême du Canada, où cette attitude semble prise pour acquise.^{28a}

(b) CONDITION SECONDAIRES.

Il y a lieu d'examiner maintenant si la bonne foi est la seule condition du mariage putatif, ou s'il existe aussi d'autres conditions, que l'on pourrait qualifier de secondaires. On s'est demandé en effet si la bonne foi pouvait exister pour toutes les causes de nullité de mariage, puis s'il fallait qu'une célébration ait eu lieu pour qu'un mariage fût considéré de bonne foi; on a hésité également sur la procédure à adopter pour réclamer les effets du mariage putatif.

Tout d'abord, y a-t-il lieu de distinguer selon que le mariage a été déclaré nul pour une cause de nullité absolue, comme l'existence d'un mariage antérieur,

²¹(1939), 67 B.R. 197.

²²L'art. 2268 du Code civil français est identique à notre art. 2202.

²³*Op. cit.*, p. 464.

²⁴*Op. cit.*, p. 463.

²⁵(1939), 67 B.R. 197.

²⁶Le juge Létourneau s'exprime ainsi: "La jurisprudence en France est à l'effet que la bonne foi se présume toujours alors; j'aurais plus aisément penché du côté des auteurs qui ont combattu cette conclusion, mais la divergence n'importe pas puisqu'il nous avons une allégation et une preuve."

²⁷V. Mazeaud, *op. cit.*, pp. 836-837.

²⁸*Dame Rogatko v. Levinstein* (1933), 71 C.S. 243, à la p. 244; *F. v. C.*, [1949] C.S. 193. V. aussi *Levinstein v. dame Rogatko* (1933), 54 B.R. 538, à la p. 541.

^{28a}*Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354, à la p. 361.

ou qu'il l'a été pour une cause de nullité relative, par exemple le défaut de consentement des parents dans le cas d'un mineur? Dans l'affaire *Richard v. Levasseur*,²⁹ où il s'agissait d'absence de consentement en raison de l'aliénation mentale de la femme, on a jugé que le mariage n'avait pu être contracté et qu'en conséquence les dispositions de l'article 163 C.C. ne pouvaient s'appliquer; le juge affirme que c'est là l'opinion de Mignault et il cite trois arrêts antérieurs. Or, selon Mignault, peu importe que l'union soit simplement annulable ou radicalement nulle;³⁰ il est vrai que cet auteur relève, dans une note, une opinion en sens contraire, mais il indique qu'on a réfuté cette opinion. Quant aux trois arrêts cités dans l'affaire *Richard v. Levasseur*, ils ne traitent aucunement du mariage putatif.³¹ Le juge aurait pu, toutefois, invoquer un autre motif pour refuser à l'épouse le bénéfice du mariage putatif; souffrant d'aliénation mentale au point d'être incapable de donner un consentement valide à son mariage, elle ne pouvait remplir la condition essentielle du mariage putatif: la bonne foi; certes, elle n'était pas de mauvaise foi, mais elle ne pouvait davantage être de bonne foi. Il y a lieu de maintenir, croyons-nous, que les articles 163 et 164 C.C. s'appliquent aussi bien aux cas de nullité absolue qu'à ceux de nullité relative; c'est d'ailleurs ce qu'a affirmé le juge Casault dans l'arrêt *Morin v. la Corporation des Pilotes*,³² où il s'agissait d'une nullité absolue résultant de la bigamie; le bénéfice du mariage putatif a, au surplus, été accordé dans plusieurs cas où le mariage était nul de nullité absolue,³³ sans que la difficulté fût soulevée. Quant à la jurisprudence française, elle ne distingue pas selon les causes de nullité.³⁴

Autre question: faut-il qu'une célébration ait eu lieu pour que le mariage puisse être considéré comme putatif? Certains auteurs³⁵ estiment que la célébration régulière n'est pas indispensable, vu que le Code civil parle du mariage "contracté" de bonne foi;³⁶ il suffirait donc que le consentement fût donné. D'autres estiment par ailleurs qu'une apparence de célébration est nécessaire;³⁷ pareille exigence semble logique dans l'état actuel du droit québécois, qui ne reconnaît qu'une forme de célébration du mariage; on peut difficilement ignorer ici qu'on ne peut se marier que devant un ministre du

²⁹[1957] C.S. 323.

³⁰*Op. cit.*, p. 461.

³¹*Quincey v. dame Kedroskie* [1951] B.R. 593; *D. v. R.* [1954] R.L. 271; *Dame Bernard v. dame Leduc* [1955] C.S. 289.

³²(1882) 8. Q.L.R. 222, à la p. 223.

³³V. notamment *Dame Wilson v. Partridge* [1959] C.S. 17; *Dwyer v. dame Snyder* [1957] C.S. 275; *Montmigny v. Lelièvre* (1939), 67 B.R. 197; *Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354; *Berthiaume v. dame Dastous* (1930, Conseil privé), 47 B.R. 533; *Gilbert v. Gilbert* 35 R.L. n.s. 289.

³⁴Mazeaud, *op. cit.*, p. 837.

³⁵Mignault, *op. cit.*, p. 461; Trudel, *op. cit.*, p. 463.

³⁶Art. 163 C.C.

³⁷Turgeon, H., 51 R. du N. 80; *Dame Tkachena v. Orrell* [1940] C.S. 340 à la p. 344.

culte. Nos rapports judiciaires nous offrent un cas-limite à ce sujet, celui d'un mariage contracté dans une maison privée par un prétendu rabbin, sans publication de bans ni licence, sans aucune entrée aux registres; la femme, qui croyait contracter une union valable, a obtenu les effets civils du mariage.³⁸ Signalons qu'en France, la jurisprudence admet le mariage putatif même en l'absence de célébration devant l'officier de l'état civil,³⁹ mais elle exige tout de même une apparence de célébration.⁴⁰

Pour terminer l'étude des conditions du mariage putatif, il y a lieu de s'interroger sur la procédure à adopter lorsqu'on veut bénéficier des dispositions des articles 163 et 164 C.C. Le demandeur en nullité alléguera sa bonne foi et conclura à ce que le jugement lui accorde le bénéfice recherché. En raison des règles de la procédure, il serait imprudent de ne pas le faire, quoique certains disent qu'en déclarant la nullité du mariage, le tribunal a le droit et le devoir de se prononcer sur la bonne foi des époux, même sans qu'aucune demande ait été faite à ce sujet.⁴¹ Cependant, pareille demande pourrait, semble-t-il, être faite postérieurement au jugement qui déclare la nullité du mariage, pourvu évidemment qu'on ne s'y soit aucunement prononcé sur la bonne ou la mauvaise foi, car alors il y aurait chose jugée.⁴² Quant au conjoint poursuivi en nullité de mariage, s'il entend alléguer sa bonne foi en vue d'obtenir les avantages qui en résultent, il peut le faire dans sa défense, sans recourir à la demande reconventionnelle;^{42a} en effet, le défendeur peut faire valoir par sa défense les moyens qui ont réduit le droit réclamé par le demandeur.⁴³ La possibilité de procéder par demande reconventionnelle a même été écartée dans un arrêt.⁴⁴ Toutefois, on estime que pour obtenir une pension alimentaire, le défendeur de bonne foi ne peut procéder que par demande reconventionnelle.⁴⁵

II — LES EFFETS DU MARIAGE PUTATIF

Alors que le mariage nul dépourvu du caractère putatif ne produit aucun effet, le mariage putatif "produit les effets civils", pour employer les termes

³⁸*Cohen v. Kautner* (1929), 67 C.S. 94.

³⁹Mazeaud, *op. cit.*, p. 837.

⁴⁰Planiol et Ripert, *Traité de Droit civil* (1939), 12e éd., t. 1, p. 392; Josserand, *Droit civil positif français* (1938), 3e éd., t. 1, p. 470.

⁴¹Un juge se dit prêt à admettre cette théorie dans l'arrêt *Montmigny v. Lelièvre* (1939), 67 B.R. 197 à la p. 209.

⁴²V. l'arrêt *Levinstein v. dame Rogatko* (1933), 54 B.R. 538, aux pp. 543-544, où l'on paraît maintenir qu'une nouvelle demande ne peut être faite même lorsque le premier jugement ne s'est pas prononcé sur la question de la bonne foi.

^{42a}C'est ce qui a été décidé dans l'affaire *Dwyer v. dame Snyder* [1957] C.S. 275. On a d'ailleurs procédé ainsi dans d'autres espèces, notamment *Montmigny v. Lelièvre* (1939), 67 B.R. 197, et *Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354.

⁴³Art. 196 C.P.C.; *Montmigny v. Lelièvre* (1939), 67 B.R. 197, à la p. 201.

⁴⁴*Laverdière v. Gauvin* [1948] R.P. 233.

⁴⁵*Montmigny v. Lelièvre* (1939), 67 B.R. 197, aux pages 201 et 208.

mêmes du Code. Que signifie exactement cette formule? Selon la doctrine la plus sûre, les effets produits avant l'annulation ou la déclaration de nullité sont maintenus, alors que le mariage cesse de produire des effets pour l'avenir.⁴⁶ En d'autres termes, le mariage putatif produit les effets d'un mariage dissous, sans rétroactivité; il ne produit pas d'effets nouveaux, mais ses effets acquis au jour du jugement subsistent.⁴⁷

Pareille interprétation semble tout à fait logique. Toutefois, le Conseil privé s'en est écarté dans l'arrêt *Berthiaume v. dame Dastous*.⁴⁸ Alors qu'il s'agissait de savoir si la femme putative a droit à une pension alimentaire pour l'avenir, le vicomte Dunedin s'est exprimé ainsi:

Two arguments were then put forward by the learned counsel for the appellant directed as to the lady's right to alimony. First, he said that the civil rights referred to were only those which existed up to the date when the marriage was declared null. The simple answer is that the word is *produces*, not *has produced*, and the absurdity of such a doctrine when applied to the legitimacy of children, who in the article (164) are linked with the wife, is manifest. Secondly, he said that obviously all the civil rights of a wife which flow from marriage could not continue to exist, e.g. the right to cohabit, and therefore the right of alimony could not exist. It is, however, impossible to suggest on this view that any civil rights appendant to real marriage are not produced by a putative marriage. But the criterion is obvious, those only subsist which are consistent with a real marriage not existing. Alimony is such a right . . .⁴⁹

Le critère utilisé par le Conseil privé, "those only subsist which are consistent with a real marriage not existing" nous paraît plutôt obscur; il ne s'agit peut-être que de la traduction du critère posé par Mignault, mais les termes employés par ce dernier sont déjà beaucoup plus clairs: "Quand on veut connaître les effets qu'a pu produire un mariage putatif dont la nullité a été prononcée, il faut l'assimiler à un mariage réellement valable actuellement dissous. Il y a entre eux identité d'effets." Le Conseil privé, selon nous, s'est mépris sur la portée du mariage putatif; nous y reviendrons plus loin, lorsque nous analyserons la question plus précise de la pension alimentaire. Nous préférons le critère utilisé par Marcadé et repris par nos tribunaux: le mariage putatif "produit les effets d'un mariage valable, dans l'intervalle entre la célébration et la déclaration judiciaire de nullité; puis une fois cette déclaration intervenue, il ne produit plus aucun effet; mais, bien entendu, les effets produits se maintiennent à perpétuité."⁵⁰ En suivant cette interprétation aussi logique que simple, il devient plus facile de préciser quels sont les effets en question, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants nés du mariage.⁵¹

⁴⁶V. notamment Mazeaud, *op. cit.*, p. 837; Mignault, *op. cit.*, p. 457; Trudel, *op. cit.*, p. 462, qui toutefois ne fait plus pareille distinction à la p. 464.

⁴⁷Pianiol, Ripert & Rouast, *Traité pratique de droit civil français*, (Paris, 1952), t. 2, p. 253.

⁴⁸(1930), 47 B.R. 533.

⁴⁹*Berthiaume v. dame Dastous* (1930, C. privé), 47 B.R. 533, aux pp. 540 et 541.

⁵⁰*Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222.

⁵¹On pourrait aussi considérer les effets du mariage putatif à l'égard des tiers. Le Code est muet là-dessus. En France, la jurisprudence décide que le mariage putatif

(a) EFFETS À L'ÉGARD DES ÉPOUX.

A l'égard des époux, les effets du mariage putatif varient selon que les deux sont de bonne foi ou l'un d'eux seulement.⁵²

1. *L'hypothèse selon laquelle les deux époux sont de bonne foi.*

Le mariage putatif produit alors les effets d'une dissolution du mariage. En conséquence, la liquidation des biens des époux s'opère conformément aux règles du contrat de mariage, ou de la communauté légale à défaut de contrat de mariage; les donations que les époux se sont faites par contrat de mariage sont exécutoires, sous réserve de l'arrivée du terme; la femme a droit à son douaire; enfin, si l'un des époux est décédé avant le jugement déclarant le mariage nul, l'autre conserve ses droits dans la succession du prédécédé. Considérons de façon plus détaillée certaines de ces conséquences, et d'abord l'application des conventions matrimoniales.

Sur cette question, l'opinion du Conseil privé dans l'affaire *Berthiaume v. dame Dastous* ne peut être suivie; le vicomte Dunedin s'est alors exprimé ainsi:⁵³

The argument of learned Counsel turned so specially on the question of alimony, that scant mention was made as to the *communauté de biens*. Their Lordships would have felt inclined to hold that inasmuch as nullity of marriage was declared, it was equivalent to saying that no *communauté de biens* ever really existed; to declare the dissolution of what never existed would be a pleonastic

produit ses effets à l'égard des ayants cause universels des époux, c'est-à-dire leurs héritiers, mais que seul l'époux de bonne foi peut se prévaloir du mariage putatif contre les ayants cause particuliers et les créanciers; quant aux tiers, ils peuvent se prévaloir contre les époux du caractère putatif du mariage, par application de la théorie de l'apparence (v. Mazeaud, *op. cit.*, p. 838). Les tribunaux du Québec reconnaissent aussi que l'époux de bonne foi peut invoquer celle-ci à l'égard des tiers (v. *Corporation of the United Townships of Hansfield & Pontefract v. dame Denault*, 30 B.R. 204, et *Morin v. la Corporation des Pilotes*, précité).

⁵²Il n'est pas inutile de préciser ici que tant que le mariage n'est pas déclaré nul, il produit tous les effets d'un mariage valable. Aussi a-t-on jugé que malgré le décret ecclésiastique déclarant un mariage invalide pour parenté au quatrième degré dont il n'y a pas eu dispense, les effets civils du mariage continuent jusqu'au jugement du tribunal civil le déclarant nul, et qu'en conséquence, pendant l'instance, les époux continuent à être considérés comme tels pour les effets civils, la communauté continue d'exister, le mari demandeur demeure obligé de fournir des aliments à la femme défenderesse (*Levesque v. Ouellet* (1902), 22 C.S. 181). V. aussi *Fitzallen v. Rieutord* (1905, C. de revision), 27 C.S. 296; *Cross v. Provost* (1898), 15 C.S. 184; *De Grandmont v. la Société des Artisans canadiens-français de la Cité de Montréal* (1898), 15 C.S. 147; *Dame Ross v. dame Ross* (1937), 62 B.R. 169. Cependant, on considère que la reconnaissance d'un mariage nul, faite de la part du défendeur, dispense le tribunal de déclarer judiciairement le mariage nul avant de lui appliquer les effets du mariage putatif (v. *Berthiaume v. dame Dastous* (1930, Conseil privé), 47 B.R. 533; et *Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222); cette dernière attitude nous laisse perplexe.

⁵³(1930, C. privé), 47 B.R. 533, à la p. 541.

proceeding. But the learned Judges of the Court below who decided that the marriage was valid have had no opportunity of saying what are exactly the civil rights of a putative marriage, and since the case was first heard their Lordships have had their attention directed to several cases which seemed to point to a settled practice as to this, which their Lordships in such a matter would not willingly disturb. They are, therefore, of opinion that the case should be remitted to the Superior Court of Quebec to deal with the civil effects of a marriage held null but allowed to be putative.

La théorie contraire, selon laquelle les conventions matrimoniales sont exécutoires au cas de mariage putatif, a été clairement admise en doctrine⁵⁴ et appliquée à plusieurs reprises par nos tribunaux.⁵⁵ Dans l'affaire *Morin v. la Corporation des Pilotes*,⁵⁶ notamment, le juge Casault s'exprime ainsi :

La dissolution du mariage putatif met fin au contrat: c'est sa date qui détermine les droits des parties. La communauté est dissoute de ce moment: la femme la prend dans l'état qu'elle est alors . . . Elle conserve les droits de survie, tel que le douaire, que la loi a mis au contrat, à sa date, et les conventions matrimoniales spéciales qu'elle y a elle-même stipulées, mais seulement sur les biens qui y étaient sujets lorsque la nullité a été, soit prononcée soit autrement établie d'une manière effective.

La Cour suprême du Canada a elle-même rangé l'application des conventions matrimoniales parmi les effets du mariage putatif, dans l'important arrêt *Stephens v. Falchi*.⁵⁷ Pour répondre à l'objection tirée du principe *quod nullum est, nullum producit effectum*, le juge en chef Duff y cite Pothier, selon qui la bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, supplée au vice du mariage, donnant à celui-ci les effets civils "à l'effet de confirmer entre elles leurs conventions matrimoniales et de donner à la femme un douaire".⁵⁸

Quant à la question de savoir si les époux de bonne foi sont successibles entre eux, il y a lieu de distinguer selon que le droit de succession s'est ouvert ou non avant la déclaration de nullité. Il est certain que si le jugement de nullité est postérieur au décès de l'un des époux, le survivant de bonne foi succède au prédécédé; les auteurs et les tribunaux sont d'accord sur ce point.⁵⁹ Mais

⁵⁴Langelier F., *Cours de droit civil*, t. v, p. BTR; Mignault, *op. cit.*, p. 457; Trudel, *op. cit.*, p. 464; Baudouin, L., *op. cit.*, p. 195.

⁵⁵*Dame Wilson v. Partridge* [1959] C.S. 17, où l'on écarte expressément l'opinion précitée du Conseil privé; *L. v. G.* [1948] B.R. 413, aux pp. 421 et 422, arrêt commenté par Me H. Turgeon à 51 R. du N. 80; *Cohen v. Kautner* (1929), 67 C.S. 94, à la p. 99; *Gregory v. Dyer* (1841, Cour d'appel), 15 L.C.J. 223.

⁵⁶(1882), 8 Q.L.R. 222 à la p. 225.

⁵⁷[1938] S.C.R. 354. Il s'agissait de savoir si le mari putatif pouvait invoquer une disposition du contrat de mariage soumettant les affaires matrimoniales des futurs époux aux lois de l'Italie, où le mari était alors domicilié.

⁵⁸Idem, à la p. 362. Pothier repousse d'ailleurs cette autre objection, évoquée par le Conseil privé dans l'arrêt *Berthiaume v. dame Dastous* et selon laquelle on ne peut appliquer les conventions matrimoniales vu que celles-ci dépendent de la condition *si nuptiae sequantur*, laquelle n'a pas été accomplie puisque le mariage est nul; la réponse de Pothier est que la bonne foi supplée à la nullité du mariage et fait regarder la condition comme accomplie.

⁵⁹V. notamment *Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882) 8 Q.L.R. 222; et *Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354.

il y a eu quelque hésitation en présence de l'hypothèse selon laquelle le jugement de nullité est prononcé du vivant des deux époux; Mignault écarte le droit de succession en l'occurrence,⁶⁰ alors que Gérard Trudel ne fait pas la distinction précitée.⁶¹ L'opinion de Mignault doit être maintenue, car, on l'a vu, le mariage putatif ne peut produire de nouveaux effets. Dans l'affaire *Morin v. la Corporation des Pilotes*, le juge Casault a accepté l'opinion en ce sens de nombreux commentateurs du Code Napoléon, qui soutiennent, à l'encontre de Laurent, que lorsque le mariage a été déclaré nul avant le décès de l'un des conjoints, il n'y a plus d'époux et qu'en conséquence le titre même de la vocation successorale manque quand la succession vient à s'ouvrir.⁶² S'appuyant, avec raison, sur cette doctrine, le juge Casault a refusé à une femme de bonne foi la possibilité de réclamer des droits ouverts après la reconnaissance juridique de la nullité de son mariage, en l'occurrence une pension de veuve, qu'elle aurait pu réclamer si le mariage n'avait pas été reconnu comme nul avant le décès du mari.

2. *L'hypothèse selon laquelle un seul des époux est de bonne foi.*

Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, il bénéficie des effets civils du mariage, alors que son conjoint s'en voit privé.⁶³ L'époux putatif est donc le seul à pouvoir exiger l'exécution des donations et autres avantages du contrat de mariage, sous l'évidente réserve de l'arrivée du terme le cas échéant,⁶⁴ et il conserve seul son droit de succession à l'égard de son conjoint décédé avant le jugement de nullité.⁶⁵

Si seul l'époux de bonne foi peut exiger le partage de la communauté, il n'est certes pas obligé de le faire. On admet en France qu'il peut demander la liquidation du régime matrimonial sur la base d'une société de fait, ce qui ne l'autorise cependant pas à demander l'application des dispositions du contrat de mariage qui lui sont favorables, quitte à imposer à son conjoint la liquidation sur la base d'une société de fait pour le surplus; il doit accepter toutes les conventions matrimoniales ou les rejeter en bloc.⁶⁶ Cette observation de la doctrine française nous paraît applicable dans notre droit.

⁶⁰*Op. cit.*, p. 458.

⁶¹*Op. cit.*, p. 465.

⁶²(1882), 8 Q.L.R. 222, à la p. 226.

⁶³V. notamment l'arrêt *F. v. G.*, [1951] C.S. 458.

⁶⁴V. l'arrêt *Grevey v. Dyer* (1841, Cour d'appel), 15 L.C.J. 223, où une femme qui avait épousé de bonne foi un homme déjà marié, s'est vu accorder ses avantages matrimoniaux, plus précisément sa part de communauté.

⁶⁵*Cathcart v. The Union Building Society* (1864), 15 L.C.R. 467, une femme qui avait épousé de bonne foi un homme déjà marié, a été admise à succéder à son mari concurrentement avec la première femme. Sur cette question particulière des droits du premier conjoint au cas d'un mariage postérieur qui serait putatif, v. *Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354 aux pp. 361, 365, 367 et 368.

⁶⁶Planiol, Ripert & Rouast, *op. cit.*, p. 259.

La principale difficulté qui se présente ici a trait au droit qu'aurait l'époux putatif de réclamer des aliments de son conjoint. Le Conseil privé a donné à ce sujet une opinion nettement affirmative dans l'affaire *Berthiaume v. dame Dastous*,⁶⁷ opinion qui a été suivie postérieurement dans au moins trois arrêts de la Cour supérieure.⁶⁸ Nous estimons néanmoins que le droit de l'époux d'exiger de son conjoint une pension alimentaire après la déclaration de nullité du mariage ne peut être l'un des effets du mariage putatif; celui-ci ne peut en effet produire d'effets pour l'avenir. Après avoir hésité sur ce point, la doctrine française en est venue à refuser la pension alimentaire sur la base du mariage putatif;⁶⁹ elle considère cependant que l'époux de mauvaise foi est responsable du dommage que l'annulation du mariage entraîne soit au point de vue moral soit au point de vue pécuniaire, et qu'en réparation de ce préjudice il peut être condamné à servir une pension alimentaire à son conjoint de bonne foi.⁷⁰ Cette solution a le double mérite d'être équitable et de sauvegarder la règle fondamentale selon laquelle le mariage putatif ne produit que les effets civils d'un mariage dissous, alors que les arrêts précités sapent cette règle à sa base. La pension alimentaire en faveur du conjoint de bonne foi n'est pas fondée sur l'article 164 du Code civil, car l'obligation de secours entre époux a disparu, mais bien sur la responsabilité civile délictuelle. Nonobstant cette observation, il est fort possible que nos tribunaux continuent à suivre la directive précitée du Conseil privé, même si la règle du *stare decisis* n'existe pas dans notre droit.

(b) EFFETS À L'ÉGARD DES ENFANTS.

Le Code civil dispose que les enfants bénéficient des effets civils du mariage dès que l'un de leurs parents est de bonne foi.⁷¹ L'effet principal, quant à eux, est évidemment le fait qu'ils sont et demeurent légitimes, nonobstant la nullité du mariage de leurs parents; il en est ainsi, même si le mariage putatif n'a fait que les légitimer.⁷² Selon l'expression de Pothier, reprise par la Cour suprême du Canada,⁷³ le mariage putatif donne aux enfants qui en sont nés les droits de famille et tous les autres droits qu'ont les enfants nés d'un légitime mariage. En conséquence, ils ont droit à des aliments et succèdent à leurs père et mère, même à celui d'entre eux qui serait de mauvaise foi. Précisons que leur droit de succession survit à la déclaration de nullité du mariage, contrairement à ce qu'on a vu au cas du conjoint; c'est que le droit de succession n'est pas, quant

⁶⁷(1930, C. privé), 47 BR. 533.

⁶⁸*Lolli v. Husolo*, [1947] C.S. 17; *Dame Wilson v. Partridge* [1959] C.S. 17; *Dame Rogatko v. Levinstein* (1933), 71 C.S. 243, et (1933), 54 B.R. 538 à la p. 540.

⁶⁹Planiol, Ripert & Rouast, *op. cit.*, p. 258.

⁷⁰Planiol, Ripert & Rouast, *op. cit.*, p. 261.

⁷¹Art. 164 C.C.

⁷²*Dame Tkachena v. Orrell* [1940] C.S. 340 à la p. 344.

⁷³*Stephens v. Falchi* [1938] S.C.R. 354 à la p. 362.

aux enfants, un nouvel effet alors que le conjoint ne possède plus dans tous les cas, à la mort du prédécédé, la qualité à laquelle la loi attache le droit de succession.⁷⁴ Par contre, seul l'époux de bonne foi peut exercer ses droits dans la succession de ses enfants.

Une difficulté se présente quant à la puissance paternelle et au droit de garde. On décide en France que seul l'époux de bonne foi les conserve.⁷⁵ Mignault est de cet avis en ce qui concerne la puissance paternelle;⁷⁶ il devrait en être ainsi de ses attributs, dont le droit de garde. Quant à Gérard Trudel, il estime que la puissance paternelle n'appartient qu'à l'époux de bonne foi, mais que le seul avantage de l'enfant est pris en considération quand il s'agit de décider qui en aura la garde;⁷⁷ cette opinion comporte une certaine contradiction.

Le recours à la jurisprudence ne nous est guère plus utile. Dans l'affaire *Bernstein v. Lawrence*,⁷⁸ où il s'agissait d'un mariage déclaré nul parce que la femme était déjà mariée, on a jugé que la garde doit aller à la mère, nonobstant sa mauvaise foi, si elle est en position de prendre soin de l'enfant et de l'éduquer, spécialement si le mari, en raison de son occupation, doit s'absenter du foyer durant la majeure partie de la journée. Par contre, dans un arrêt plus récent,⁷⁹ on a estimé que seul l'époux de bonne foi conserve la puissance paternelle. Cette dernière solution est incontestablement dans la ligne du mariage putatif, alors que l'autre s'en écarte. Toutefois, la tendance d'une certaine jurisprudence à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur les règles de la puissance paternelle, pourrait bien finir par l'emporter dans le présent cas.

Tels nous paraissent être, trop brièvement exposés, les conditions et les effets du mariage putatif. Une jurisprudence abondante a largement contribué — nous avons pu le constater — à faire de la lumière sur cette question, au sujet de laquelle le législateur s'est montré vraiment trop circonspect; toutefois, les arrêts ne constituent pas tous des guides d'une valeur égale; aussi avons-nous voulu mettre en relief ceux qui aident à constituer une véritable théorie du mariage putatif, tout en écartant les autres.

⁷⁴*Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222 à la p. 226.

⁷⁵Mazeaud, *op. cit.*, p. 838.

⁷⁶*Op. cit.*, p. 461.

⁷⁷*Op. cit.*, p. 466.

⁷⁸79 C.S. 380.

⁷⁹*Dame Rishikof v. Neidik* [1959] R.L. 321.