

L'erreur, cause de nullité du mariage

Tchouar Djilali¹

Résumé :

Le droit algérien, qui fait l'objet d'attentions soutenues chez certains auteurs, place la famille parmi ses valeurs fondamentales. Il la subordonne, ainsi que le mariage qui est sa base, à la dignité, à l'entente, à la mansuétude et à l'affection.

Or, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence, dans l'application des dispositions du code de la famille, hésite entre plusieurs conceptions doctrinales en matière de nullité du mariage. Ces dernières se sont développées dans plusieurs directions et, par conséquent, ne sont cependant pas parvenues à éclairer du discours juridique la notion d'erreur, pas plus que de celle des qualités dites essentielles de la personne.

Cette orientation fait une grande place à la volonté des conjoints sur la validité de leur union matrimoniale. Or, cette orientation connaît d'importantes limites : le consentement ne peut pas être tout puisqu'il ne faut pas qu'il soit vicié. Mais, les vices du consentement peuvent porter aussi bien sur l'identité civile et physique que sur les qualités essentielles de la personne. En présence de ces vices, il convient de se demander, lesquels rendent le mariage entaché d'une cause de nullité?

Mots-clés : Mariage, nullité, erreur, qualités, vices.

Abstract :

Algerian law, which is the subject of sustained attention in some authors, places the family among its fundamental values. He subordinates her and the marriage that is her foundation to dignity, understanding, meekness and affection.

The fact remains, however, that the jurisprudence, in applying the provisions of the Family Code, hesitates between several doctrinal conceptions concerning the nullity of marriage. The latter have developed in several di-

¹ Professeur, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université de Tlemcen

rections and, therefore, have not succeeded in shedding light on the notion of error in the legal discourse, nor on that of the so-called essential qualities of the person.

This orientation makes much room for the will of spouses on the validity of their marital union. However, this orientation has important limitations: consent cannot be everything since it must not be vitiated. However, vices of consent can include both the civil and physical identity and the essential qualities of the person. In the presence of these vices, it is necessary to ask, which make the marriage tainted by a cause of nullity?

Keywords : marriage, nullity, error, qualities, vices.

الملخص:

يضع القانون الجزائري، بحكم الاهتمام المستمر لدى بعض الكتاب، الأسرة ضمن قيمه الأساسية، إذ يعلّقها، كالزواج الذي هو أساسها، على الكرامة، والتفاهم، والعطف.

بيد أن الحقيقة تظل أن القضاء، عند تطبيقه لأحكام قانون الأسرة، يتردّد بين عدة مفاهيم فقهية تتعلق ببطلان الزواج. وقد تطورت هذه المفاهيم في عدة اتجاهات، وبالتالي لم تنجح في تسليط الضوء على مفهوم الغلط في الخطاب القانوني، ولا على ما يسمى بالصفات الجوهرية للشخص. ويولي هذا التوجه اهتماما كبيرا لإرادة الزوجين على صحة الزواج. غير أنه علقها بعدة قيود أساسية: فالرضا لا يمكن أن يكون كل شيء، بحيث لا ينبغي أن يكون مشوبا بعيب. إلا أن عيوب الإرادة يمكن أن تشمل الهوية المدنية والجسدية والصفات الجوهرية للشخص. وفي وجود هذه العيوب، من الضروري أن تتساءل، أي من الأسباب تجعل الزواج باطلا؟

الكلمات المفتاحية: الزواج، البطلان، الغلط، الصفات، العيوب.

Dans le contrat de mariage, à l'instar des autres contrats, c'est le consentement mutuel des deux parties qui constitue la substance de l'acte, lequel ne saurait exister à défaut de cet élément indispensable à sa formation. Toutefois, encore faut-il, pour que le mariage soit valable, qu'il soit le résultat d'une volonté libre et sincère. Si le consentement a été exprimé, sous l'influence d'une cause qui lui enlève tout caractère de liberté, de sincérité, voire de conformité, le mariage sera entaché d'une cause de nullité. L'époux dont le consentement a été altéré peut attaquer le mariage en établissant qu'un vice a entaché sa formation.

En droit matrimonial, le vice du consentement qui peut engendrer, entre

L'erreur, cause de nullité du mariage

autres, l'annulation du mariage est l'erreur. Mais va-t-on retenir tous les cas d'erreur ? Sinon, dans quels cas l'erreur est-elle un vice de la volonté susceptible de provoquer l'annulation du mariage. Les sortes d'erreur sont effectivement nombreuses : erreur sur la personne physique, erreur sur l'identité civile de la personne, erreur sur les qualités essentielles, etc. Quelles sont, parmi ces erreurs, celles retenues par le droit algérien ?

D'une manière générale, l'erreur qui entache l'intégrité du consentement, produit en notre matière, des conséquences différentes suivant qu'elle est plus ou moins grave. Il convient, dès lors, de distinguer l'erreur obstacle, qui est exclusive de tout consentement (A) de l'erreur qui constitue un vice de consentement(B).

A.- L'erreur, cause exclusive de tout consentement

En droit, deux erreurs sont susceptibles d'enlever toute valeur au consentement qu'elles avaient laissé former : l'erreur sur la nature de l'acte du mariage (a.-) et l'erreur sur la personne du conjoint (b.-).

a.- Erreur sur la nature de l'acte du mariage

En pratique, cette erreur se présente lorsque chacun des contractants a entendu faire une opération différente, voire une relation distincte. Ainsi en est-il lorsqu'une personne veut contracter mariage, alors que dans l'esprit de l'autre il s'agit d'une union libre. En présence d'un cas pareil, les deux parties ne visent pas la même institution, mariage et union libre sont deux institutions différentes. D'où, il n'est nullement admis qu'il y a eu à un moment quelconque un accord de volontés. Car, en droit, une nature identique dans l'acte est une chose essentielle. Est-ce là, au premier chef, une erreur qui fait que le consentement n'a pu exister ?

La loi de 1984 ne renferme aucune disposition concrète se référant à cette hypothèse, c'est peut être regrettable, compte tenu du grand changement social régnant actuellement en Algérie. Or, par application de l'article 222 du Code de la famille, les jurisconsultes musulmans fournissent plusieurs cas et soulignent qu'il n'y a rien de fait¹. Effectivement, l'erreur-obstacle,

1 Cf. Ibn Qudama, Mughni, T.7, p. 448 et s. ; Ibn Taymya, Al-Fatawa, T.3, p. 447 et s. ; Y. de Bellefonds, Droit musulman comparé, T. 1, p. 380 et s.

portant sur la nature de l'acte, a été envisagée jadis par le fiqh. A ces yeux, il peut se faire que demande et acceptation, bien que comportant des termes identiques, ne renferment pas dans la réalité le même contenu.

C'est dire que, réellement, on admet difficilement que puisse, à l'heure actuelle, se concrétiser une erreur sur la nature du mariage, à moins qu'une erreur se greffe sur l'inadvertance et éclipsant la présence de ce malentendu, lequel donne à l'acte une apparence de vitalité. Ce sera lorsque, par erreur, une des parties aura mal exprimé ce qu'elle a en vue et que, par suite de cette interprétation erronée de sa pensée, celle-ci sera jointe en apparence à la volonté de son contractant. De ce fait, il est facilement admis de dire que l'objet visé en apparence ne l'était pas en réalité, le mariage tombe de lui-même.

b.- L'erreur sur la personne physique du contractant

L'autre cas d'erreur-obstacle, prévu par les jurisconsultes, est celui de la personne physique du conjoint. Cette erreur est rapprochée de l'erreur sur la nature du contrat; elle annihile le consentement et relève en réalité de l'article 33 al.1 du code de la famille, alors que l'article 82 du code civil ne peut viser que l'erreur sur l'identité civile et l'erreur sur les qualités.

Plus concrètement, en présence d'une erreur sur la personne physique, il n'y a non point seulement vice de consentement, mais bien plus défaut absence d'assentiment¹, car l'accord de volontés, indispensable pour la formation du mariage ne se produit pas. De ce fait, le mariage n'est pas annulable, il est nul. En droit, cette nuance entre les différents cas de nullité est pratiquement fondamentale, ne serait-ce qu'à raison des personnes pouvant demander la nullité de l'acte.

Si en droit français, ce genre d'erreur est quasi impossible à réaliser et dont les décisions soulignées n'ont presque jamais offert d'exemple²; «Il faudrait, soulignait Esmein, un mariage dans l'obscurité»³, et cela pour la simple raison est que la conclusion du lien matrimonial nécessite la participation personnelle des époux. Or, le droit algérien est loin de cette réalité.

1 Cf. Clavel E., Droit musulman, du statut personnel et des successions, Paris, 1895, T. 1^{er}, p. 43.

2 Le cas d'une substitution de personne paraît si chimérique et si difficile à accepter qu'elle, déclare Demolombe, «ne réussirait peut être pas même au théâtre». Cf. Demolombe Ch., ..., n° 251, p. 406.

3 Cf. Esmein P., note, D. 1955, p. 242.

L'erreur, cause de nullité du mariage

Non seulement la loi de 1984 permettait la conclusion du mariage par procuration, encore même qu'elle soit authentique et spécifique, par application des articles 11 et 20 du code de la famille, respectivement amendé et abrogé en 2005, où elle n'imposait nulle part la présence personnelle des conjoints, et leur déclaration individuelle et séparée de se prendre pour mari et femme.

Mais, même en présence de ces amendements législatifs, le mariage coutumier persiste dans la réalité et le législateur s'est contenté de lui fournir une assise juridique le rendant ainsi officiel par le biais d'une décision de justice. Ceci résulte expressément de l'article 22 pour qui «Le mariage est prouvé par la délivrance d'un extrait du registre de l'état civil. A défaut d'inscription, il est rendu valide par jugement».

De par ce texte, la loi continue à se contenter du fait que le consentement existe, il ne faut pas qu'il soit manifesté par les époux eux-mêmes, comparissant en personne devant l'Imam lors de la lecture de la fatiha, lors, autrement dit, de la conclusion du mariage. Ainsi, la loi algérienne reconnaît donc la possibilité de mariage contracté par mandataire, la présence des concernés n'étant nullement exigée.

Dans ces conditions, l'erreur sur l'identité physique de la personne paraît envisageable, une telle substitution de personnes n'est donc point une hypothèse d'école ou de roman¹, elle paraît, au contraire, au moins par application boiteuse de notre législation, à peu près envisageable. C'est vrai, si une telle hypothèse n'est pas très courante en Algérie, mais elle n'est pas, non plus, pratiquement chimérique, autrement dit, impossible. «Pour admettre une erreur sur l'identité physique de la personne, il faut imaginer que la mariée, sous son voile, n'est pas celle à laquelle l'époux pense s'unir, ou que la mariée épouse en réalité le jumeau de son promis»²

B.- L'annulabilité du mariage pour vice d'erreur sur l'identité civile et sur les qualités essentielles de la personne

En face des différents cas d'erreur annihilant le consentement, surgissent

1 Cf. Carbonnier Jean, Droit civil, la famille, 8^{ème} éd., 1969, p. 34.

2 Cf. Beignier Bernard et Binet Jean-René, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 241.

d'autres cas où l'erreur n'aura pas une portée aussi grave. Ainsi en est-il de l'erreur sur l'identité civile de la personne et de l'erreur sur ses qualités essentielles. Ceci dit, le consentement peut exister, mais n'étant pas un consentement réel du fait qu'il n'a pas été donné librement et en toute connaissance de cause. On sera alors en présence d'un consentement vicié. A titre d'exemple, l'auteur Chaféite Echirazi soulignait que «si le tuteur a dit : je te donne en mariage ma fille, en pensant à l'ainée et que le prétendant ait accepté tout en croyant qu'il s'agissait de la cadette, le mariage n'est pas valable»¹.

Ainsi, on dit que le consentement est vicié lorsque l'erreur porte sur la personne civile. A cet égard, l'erreur consiste fondamentalement dans une usurpation d'état civil, tel est le cas de la personne qui, en fournissant des pièces d'identité erronées, de nature à surprendre la bonne foi de son futur conjoint, se fait passer pour descendant d'une famille à laquelle il est totalement allochtone.

C'est également une usurpation de ce genre qu'implique l'erreur sur la filiation ou la situation de famille du célibataire ou divorcé. Tel est donc, d'une façon générale, la signification réelle de l'erreur sur l'identité civile du conjoint. Par contre, la jurisprudence française précise qu'il est injuste d'assimiler à une erreur sur l'identité la croyance qu'une personne est célibataire alors qu'elle a déjà été mariée et divorcée², ou l'erreur sur la filiation, ou l'erreur sur la date de naissance³.

Or, une telle erreur n'est prise en considération qu'à condition qu'elle soit déterminante du consentement. Ce vice de consentement est plus proche du dol où l'époux peut, à l'encontre de la doctrine hanafite⁴, attaquer le

1 Cf. Echirazi, El- Muhaddab, T. 2, p. 41 et s.

2 Cf. Tribunal civil Eine, 22/03/1956, Gaz. Pal., 1956, 1, 338.

3 Pour plus de détails sur cette question, cons. Singulièrement, Lemouland Jean-Jacques, éd. Ellipses, Paris, 2014, pp. 126-127.

4 En effet, en droit hanafite, le dol, pas plus que la violence, est sans influence sur la validité du mariage. Pour plus de détails, cons. Shehab A.,....., th. Montpellier, 1980, p. 298 ; Rifai Z.A., Le consentement et les vices de consentement en droit musulman hanafite, th. Nancy, 1933, p. 101 et s. Pour cette doctrine, c'est la volonté déclarée qui donne la mesure exacte du lien matrimonial. Celui-ci est valable dès l'instant où les futurs époux ont exprimé leur volonté en prononçant les termes servant ordinairement à la

L'erreur, cause de nullité du mariage

mariage qu'il a contracté en alléguant que son consentement a été surpris par les artifices de son conjoint. Il s'agit donc de toutes manœuvres frauduleuses, tromperies, mensonges destinés à amener le futur conjoint victime à contracter mariage. C'est dans cet esprit qu'on admet à la victime du vice de consentement d'échapper aux effets de l'acte, qu'elle n'aurait pas contracté si elle avait connu la vérité. C'est ainsi que l'erreur, à l'instar du dol, suffira pour fonder la nullité du mariage. Quid de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne?

La réponse à cette question nécessite, du point de l'analyse, de mettre en lumière la position des jurisconsultes et celle de la jurisprudence française en la matière (a), pour décortiquer, en dernier lieu, les dispositions du droit algérien de la famille(b).

a.- Polémique doctrinale et Incertitude jurisprudentielle

Une autre erreur est également susceptible d'altérer le consentement du conjoint: l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Mais, bien qu'elle soit considérée ainsi, il faut d'abord se poser la question si l'erreur sur ces qualités serait suffisante à fonder une cause de nullité?

Pour répondre à cette question, et à défaut d'une législation algérienne concrète en matière familiale, les jurisconsultes musulmans n'édifient pas une théorie à travers laquelle les espèces devraient être appréciées, procédant ainsi, d'une manière empirique, par voie d'exemples. Pour en tenir au lien conjugal, l'erreur a donné lieu à plusieurs solutions doctrinales distinctes. D'une manière générale, en doctrine, la question est assez vivement controversée et trois tendances se sont heurtées; la réalité, c'est qu'il

conclusion de l'union matrimoniale et cela sans qu'on ait à se soucier de connaître si le consentement est vicié ou non (Cf. Sarakhsi, Mabsut, T. 5, p. 25 et s. ; Ibn Nouaym, Albahr erraiq, T. 4, p. 123 et s.). Cette position est beaucoup plus critiquable du fait qu'elle admet la séparation absolue entre le consentement et l'intention, séparation aboutit à des conséquences contraires de la théorie générale de l'acte.

De même, en droit français, le dol dans la formation du mariage n'est pas sanctionné. L'article 180 du code civil ne mentionne effectivement comme vices de consentement que l'erreur et la violence donnant lieu à une cause d'annulation du mariage. Cette position législative empruntée à une coutume de l'ancien droit, exprimée par le célèbre adage de Loysel «en mariage, il trompe qui peut» (Cf. Loysel, Institutes coutumières, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, n° 105, p. 145), s'explique par «des raisons tirées de la difficulté à distinguer « des artifices normaux qui ne sont qu'art de plaire» (Cf. Benabent A., Droit civil, la famille, 2^{me} édit., 1984, n° 82, p. 64).

a conflit entre l'école particulièrement l'école Zahirite¹ d'une part et l'école malékite², hanafite³, chaféite⁴ et hanbalite d'autre part⁵.

D'aucuns écartent carrément la théorie de l'erreur en notre matière⁶ pour la simple raison que dans l'Islam, disent-ils, le mariage fait parti des actes pour qui le Messager de Dieu (bénédictio et salut d'Allah sur lui), a dit qu'ils produisent leurs effets qu'ils aient été voulus sérieusement ou par pure plaisanterie⁷. D'autres, soutenant principalement cette position doctrinale, apportent cependant l'exception suivant laquelle certaines erreurs, telles que l'erreur portant sur l'identité de la personne et plus singulièrement l'erreur sur la personne physique doit donner lieu à nullité, jugeant ainsi la doctrine hanafite trop complexe et susceptible d'engendrer en pratique d'assez graves difficultés⁸.

Ces positions complètement incompréhensibles permettent de dire, sans grand risque d'erreur, que leurs adeptes paraissent bien rigoureux dans leur

1 Cf. Ibn Hazm El-andaloussi, El-mahala bi-Elatsar, éd. Dar eh fikr, T. 10, n° 1899, p. 72,

2 Cf. Eddardir, Echarh Essaghir..., éd. Dar Elmmarif, t. 2, 467.

3 Les hanafites, à l'encontre des autres écoles, reconnaissent le droit de séparation pour cause de vice de consentement uniquement à l'épouse et, par conséquent, le mari n'est nullement en droit pour demander la séparation si sa femme se trouve atteinte d'une maladie, objet d'une erreur sur les qualités essentielles rendant son consentement vicié. Cf. Ibn Elhoumam, Fath Elqadir, éd. éd. Dar ihiae eltourath Elarabi, t. 3, p. 262. Pour plus de détail sur cette question, cons. Particulièrement, El-Morssi Abdelaziz Essamahi, Recherches sur la dissolution du mariage, édit. 1^{ère}, Imprimerie Eh-fadjr, 1986, p. 182 et s. (en arabe) ; Ramdane Ali Essayd Echarnabassi et Djaber Abd-Elhadi Salem Echafii, Ahkam El-Oussra..., éd. Elhalabi Elhpukoukia, Beyrouth, Liban, 2006, pp.120 et s.

4 Cf. Elkhatib Echarbini, Moughni el mouhtaj il charh ehminhaj, éd. Elhalabi, 1957, t. 3, p. 202.

5 Cf. Echoukani, Nayl Elaoutar Charh moutaha el-akhbar, ed. Dar ettourath, Le Caire, t. 6, p. 166 ; Ibn Qudama, Elmoughni, éd. Dar elkitab elarabi ;Dar errayane, t. 6, p. 251 ; Mohamed Benyahia Elmortada, Elbaher Ezakhir..., éd. Dar El-kitab Elislami, t. 4, p. 60 ; Ibn Abidine, Rad El-mahtar ala dar El-mokhtar, éd. Dar Elfikr, t. 3, p. 594 (en arabe).

Ainsi, Ibn Hazm, soulignait que le mariage ne peut être résolu, une fois valide, pour cause de la lèpre, 6 la démence ou autres maladies, telles que la castration, les infirmités des organes sexuels ou autres vices, en ajoutant que, celui qui s'est marié avec une femme ne pouvant avoir des relations sexuelles avec elle, le magistrat ne peut nullement prononcer leur séparation et encore moins leur accorder un délai pour les (soins. Cf. Cf. Ibn Hazm, El mahala, éd. Dar elfiqr, t. 11, p. 357 (en arabe

7 Cf. Ibn Nujaym, Al-bahr al-bayek, T. 4, p. 123. Pour plus de détails, cons. Dib P., Essai sur une théorie des mobiles en droit hanafite, th. Dijon, 1950, p. 119 ; Shehab A., op.cit., th. Montpellier, 1980, p. 298.

8 Cette position est soutenue par les chaféites qui sont pleinement d'accord pour dénier en principe toute influence à l'erreur sur les qualités. Cf. Echirazi, op. cit., p. 50 (en arabe)..

L'erreur, cause de nullité du mariage

analyse, voulant maladroitement tout à la fois sauvegarder l'union sainte qu'est le mariage et ignorer l'état psychologique de ses contractants. De toute façon, ce point de vue est contestable. C'est vrai que l'erreur sur les qualités se trouve écarter lorsqu'elle porte, par exemple, sur le caractère ou la beauté, voire sur l'intelligence, il est certains cas, par contre, où l'on peut facilement admettre l'annulation du mariage, dans lequel l'un des conjoints découvre en son cocontractant un criminel, un repris de justice, couvert de tares. Le refuge du divorce-répudiation est bien présent, et encore seulement pour le mari, pour obvier à l'époux victime de porter toute sa vie peut être le poids de son erreur. Mais, pour être juste tout en embrassant le principe d'égalité entre les deux sexes, nous n'en resterons pas moins convaincus que la nullité de pareilles unions serait effectivement désirable.

C'est dans cet esprit que s'est relativement aligné le rite malékite en adoptant une position plus satisfaisante, quoique nous ne croyions pas devoir la soutenir dans son ensemble¹. Les adeptes de ce courant doctrinal estiment qu'il y a nullité lorsque le conjoint victime s'est trompé sur la qualité essentielle de la personne cocontractante. On le voit donc, pour cette doctrine, l'erreur sur une qualité essentielle est une cause de nullité du mariage, mais avec cette précision que, pour déterminer la qualité essentielle en cette matière, il faudra s'en rapporter à l'appréciation purement objective, écartant de ce fait toute appréciation subjective.

Ainsi donc, cette position doctrinale s'exprime dans la théorie objective. Plus concrètement, les qualités essentielles du conjoint causes de nullité, souligne-t-elle, sont celles à défaut desquelles le mariage serait inimaginable pour ne pas dire inexistant. Dans ce contexte, certains auteurs, tels Klalil Ibn Ishack et autres, se sont contentés d'énumérer les différents cas entraînant la nullité du mariage pour cause d'erreur tenant aux qualités essentielles de la personne. Il en est ainsi de la lèpre, la castration complète, la petitesse de la verge ne permettant pas le coït, l'impuissance, l'excroissance vaginale, la cistocèle vaginale, la défécation au moment du coït, etc.².

1 Eddassouki, Hachiat Eddassouki ala echarh elkabir, éd. Dar ihiae El-koutoub elimya, t. 2, p. 283;

2 Cf. Klalil Ibn Ishack, op. cit., §119, p. 38 et s. Pour plus de détails sur cette question, cons. particulièrement, Bousquet G.H. et Jahier H., Les vices rédhibitoires de la femme en droit musulman, re-

Il convient donc de préciser qu'il n'est point question d'exclure en principe la nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint, mais la définition desdites qualités se fera en fonction d'un critérium purement matériel.

En pratique, c'est ladite conception qu'appliquait dans toute sa rigueur notre jurisprudence durant la période coloniale. Mais si cette position avait été retenue par le tribunal civil d'Alger en date du 3 mai 1958, elle était, cependant, complètement réfutée par la jurisprudence française d'avant 1975, laquelle épousait la conception suivant laquelle la seule erreur susceptible d'engendrer la nullité du mariage, par application de l'article 180 du code civil, est l'erreur sur la personne physique ou sur la personne civile, mais que toutes autres erreurs si graves soient-elles, sont sans influence sur la validité du mariage. Pour elle, le fait de cacher au moment du mariage à l'autre conjoint la condamnation pour complicité d'assassinat, à 15 ans de travaux forcés, n'est nullement considéré comme une erreur sur les qualités essentielles attenantes à la personne¹.

Pour la Haute Cour française, l'erreur sur le passé criminel du conjoint, bien qu'elle soit déterminante du consentement, n'était constitutive de l'erreur dans la personne, nécessaire pour établir la nullité du mariage. Cette position, rigide soit-elle, avait entraîné la cour de Nîmes à refuser la nullité du mariage qu'un mari avait contracté avec une femme qui n'avait ni seins, ni matrice, ni ovaire, ni vagin². De même, la cour de cassation avait souligné, dans une autre affaire, que «la demande d'annulation du mariage ne pouvait pas se fonder sur un prétendu vice du consentement, (l'impuissance, en l'occurrence), parce que, en pareil cas, l'erreur commise ne porte pas sur la personne de l'un des époux, mais seulement sur ses qualités physiques»³.

marques juridico-médicales, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, Alger, 1951, p. 52 et s.

1 Cf. Cass. Ch. Réunies, 241862/04/, D. 1862, 1, 153, concl. du procureur général Dupin ; Cass. 251888/07/, D.P. 1988, 11, 87 ; Trib. Civ. Seine, 181938/01/, D. 1939, 2, 39.

2 Cf. Cour Nîmes, 29/11/1869, Sirey, 1870, 2, 78.

3 Cf. Cass. Civ. 6/04/1903, Sirey 1904, 1, 273.

L'erreur, cause de nullité du mariage

Cette conception jurisprudentielle restrictive fut récusée par d'autres décisions pour qui l'erreur peut bien porter sur les qualités essentielles de la personne entraînant la nullité du mariage lorsqu'elle porte sur l'impuissance du conjoint¹, sur son état mental², sur son honorabilité³. Ainsi donc, il n'est plus nécessaire, pour fonder une action en nullité, que l'erreur ait porté sur l'identité physique ou civile d'un conjoint, il suffit dès lors que l'erreur ait pour objet une qualité de la personne, à la condition que cette erreur soit déterminante, à défaut de laquelle le consentement n'aurait pas été donné si l'époux victime avait agi en connaissance de cause.

Cette jurisprudence a été confirmée par la loi du 11 juillet 1975. L'alinéa 2 de l'article 180 amendé du code civil dispose expressément que «s'il y a erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage»⁴. Ainsi, par application de cet amendement, il a été jugé qu'il y a erreur sur une qualité essentielle lorsque l'un des époux a été tenu dans l'ignorance d'une liaison que son conjoint n'avait nullement l'intention de rompre⁵, ou lorsqu'il a ignoré que son conjoint avait la qualité de divorcé⁶, ou lorsqu'elle avait la qualité de prostituée⁷, ou lorsqu'il s'est trompé sur son aptitude à avoir des relations

1 Cf. Trib. Civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, D. 1959, 495, note Cornu G. ; TGI. Lille, 17/03/1962, D. 1963, Somm. 10. Plus plus de détails sur cette question, cons. particulièrement, Trochu M., L'impuissance, D. 1965, chr., p. 153.

2 Cf. TGI. Le Mans, 18/03/1965, Gaz. Pal. 1965, 2, 12 ; RTDCiv., 1965, p. 796, obs. Nerson R.

3 Cf. TGI. Paris ? 8/02/1971, J.C.P., 1972, 17244, note Raymond G.

4 L'alinéa 1 de cet article a fait l'objet d'un autre amendement en 2006, ainsi rédigé «Le mariage qui a été contracté sans le consentement des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (L. n° 2006-399 du 4 avril 2006, art. 5, JORE, 05/04/2006, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou sur l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant constitue un cas de nullité du mariage».

5 Cf. TGI, Le Mans, 07/12/1981, JCP. 1986, II, 20573, note Lemouland J.J.; Rennes 11/12/2000, RTDCiv. 2001, 855, obs. Hauser J. Par contre, d'autres décisions ont refusé la nullité pour une liaison antérieure au mariage, dont il n'est pas établi qu'elle dure encore. Cf. Cass. Civ. 13/12/2005, Bull. civ., 1, n° 495; D. 2006, Pan. 1417, obs. Lemouland J. J. et Vigneau; RTDCiv. 2006, 285, obs. Hauser J..

6 Cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 2/12/1997, RTDCiv. 1998, 659, obs. Hauser J.; Defrénois, 1998, 10174, obs. Massip J.

7 Cf. TGI Paris, 13/02/2001, Droit famille, 2002, 1, note Lécuyer H.; Nîmes, 8151 ,2012/02/, obs. de Boysson.

sexuelles normales¹, ou sur son intégrité mentale², ou lorsque l'époux ignorait la séropositivité de l'épouse, dont il a eu connaissance quelques mois après la conclusion du lien matrimonial³. Cette incertitude jurisprudentielle a entraîné le tribunal du Mans à énumérer les qualités qui ne devant plus être retenue : fortune, intelligence, caractère, race, religion, virginité de la femme, etc⁴.

De même, en dépit de la laïcité de l'Etat, les qualités religieuses du conjoint ont été prises en considération, dans certaines hypothèses, pour annoncer la nullité du mariage. C'est le cas d'un époux animé de sentiments religieux profonds a ignoré le mariage précédent de son conjoint et le divorce qui y a mis fin par application des dispositions du code civil⁵. Dans le même contexte, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé dans son arrêt du 15 novembre 2005, que pour des musulmans le refus pour l'un des époux de se soumettre au mariage religieux constitue pour l'autre une erreur sur les qualités essentielles⁶. L'article 180 du code civil a pu être appliqué à des cas d'erreur sur les sentiments mêlés d'erreur sur les convictions religieuses⁷.

En revanche, l'erreur sur la virginité de l'épouse, bien qu'elle soit retenue comme une erreur sur la qualité essentielle fondant la nullité du mariage par le tribunal de grande instance de Lille en date du 1^{er} avril 2008⁸, n'est

1 Cf. TGI, Paris, 26/03/1982, Gaz. Pal., 1982,2, 519, note J. M.

2 Cf. TGI, Rennes, 9/11/1976, D. 1977, 539, note Cosnard H.D.; CA Limoges, 5/01/1989, RTDCiv. 1989, 294, obs. Rubellin-Devichi J.; CA Aix-en-Provence, 31/03/2005, Droit famille, 2005, n° 176, obs. Larribau-Terneyere.

3 Cf. TGI, Dinan, 4/04/2006, D. 2007, RTDCiv. 2007, 550, obs. Hauser J.

4 Cf. TGI Le Mans, 7/12/1981, JCP, 1986, 2, 20573, note Lemouland J.-J.

5 Cf. TGI Paris, 5/01/1982, RTDCiv. 1983, 327, obs. Nerson R. et Rubellin-Devichi J.; TGI Le Mans, 7/12/1981, JCP 1986, II, 20573, note Lemouland J.-J.; Cass. 1^{ère} civ., 2/12/1997, Droit famille, 1998, n° 35, RTDCiv. 1998, 659, obs. Hauser J.; Défrenois, 1998, 1017, obs. Massip J.; CA Paris, 17/12/1998, Droit famille, 1999, n° 121, obs. Lescuyer H.

6 Cf. CA. Aix-en Provence, 15/11/2005, JCP 2006, IV, 2366.

7 Cf. TGI Paris, 7/05/1996, RTDCiv. 1996, 583, obs. Hauser J.

8 «Attendu qu'en l'occurrence, Mme... Acquiesçant à la demande de nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité, il s'en déduit que cette qualité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de M.... au mariage projeté ; que dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande de nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint...». Cf. TGI Lille, 1/04/2008, D. 2008, 1389, note Labbé P. ; RJPF, 2008/7-8/10, note Dekeuwer-Défosser; RTDCiv. 2008, 455, obs. Hauser J.

L'erreur, cause de nullité du mariage

pas, après appel, aux yeux de la cour d'appel de Douai, un fondement valide pour l'annulation du mariage du fait que le mensonge à cet égard ne porte nullement sur une qualité essentielle, d'où l'annulation du jugement de Lille¹.

Face à cette décision, il convient de préciser que les rédacteurs de 1975 ont marqué leur préférence pour la conception de l'erreur déterminante, laquelle déplace la difficulté vers l'appréciation de ce qui, dans le mariage, est une qualité essentielle². L'interprétation, pour la doctrine, se fait suivant un critère d'ordre psychologique qu'est l'intention au moment de la passation de l'acte du mariage et non pas sur un critère purement in abstracto, critère étant dans ce contexte sinon inadapté, du moins imparfait. Autrement dit, pour entraîner la nullité du mariage, l'erreur doit porter sur une qualité considérée comme essentielle par la victime.

Concrètement, le caractère déterminant de l'erreur doit donc être apprécié in concreto, c'est-à-dire subjectivement, le tribunal étant amené à se référer à la psychologie de l'époux victime, demandeur en nullité, telle qu'elle peut être révélée, entre autres, par son passé, sa situation individuelle, ses convictions personnelles. Mais, toute qualité déterminante n'est pas pour autant, par son absence, une cause de nullité du mariage. Sinon, le contraire risque de conduire à des conséquences funestes quant à la stabilité du mariage. Ce risque consiste «à sanctionner de multiples déceptions de lendemain des noces, voire d'absorber dans le cadre de la nullité bien des causes de divorce»³. Autrement dit, «c'est en fonction d'une appréciation sociologique que se fera la distinction entre les qualités essentielles et celles qui ne sont qu'accessoires. Mais pour entraîner la nullité du mariage, l'erreur portant sur une qualité essentielle doit encore revêtir un caractère subjectif :

1 Cf. C.A. Douai, 17/11/2008, D. 2008, AJ., 2938, obs. Egéa ; JCP, 2009, I, 102, obs. Gouttenoire C. ; Gaz. Pal., 2008, 3783, note Pierroux ; JCP. 2008, II, 10005, note Malaurie, Ph. ; RTDCiv. 2009, 98, obs. Hauser J. ; RLDC, 2009-57, n° 3304, note note Dekeuwer-Défosser.

2 Cf. Roy Odile, Droit de la famille, éd. Archétype82, Paris, 2017, p. 55 et s.; Langles O., Vices de consentement et droit du mariage, JCP, 1998, éd. N., doc., p. 483 ; Neuville S., Le silence de l'article 180 du code civil, un héritage équivoque, Droit famille, 1999, chr. 3 ; Courbe Patrick et Gouttenoire Adeline, Droit de la famille, 6^{ème} éd., édit. Sirey, Paris, 2014, p. 54.

3 Cf. Lemouland J. J., Note sous TGI Le Mans, 7/12/1981, JCP. 1986, I, 20573.

il ne suffit pas que les qualités soient essentielles dans l'opinion commune, elles doivent encore l'être pour la victime de l'erreur »¹.

Enfin, disons qu'il faut se garder de se limiter à une appréciation purement in concreto de l'erreur, c'est dire qu'il faut prendre en considération, au stade de la preuve, de l'opinion commune; il s'agit pour le tribunal de se référer, à défaut d'éléments convaincants propres à l'espèce, au standard du conjoint moyen, aux qualités essentielles qu'un conjoint peut normalement chercher dans le mariage et ce, afin d'estimer une réalité psychologique ardue à saisir en elle-même².

C'est en se basant sur ces deux critères que le tribunal de grande instance de Nantes devait préciser qu'en cette matière le recours à l'appréciation objective est inévitable sur le plan de la preuve, ainsi que l'aptitude aux rapports sexuels entre deux jeunes personnes, lorsqu'elles se sont mariées, constituait l'une des qualités que chacune était en droit d'attendre de l'autre³. C'est dire que le caractère déterminant de l'erreur découle, tout compte fait, du critère in concreto, et ce n'est que par l'anicroche de la preuve que l'appréciation objective joindra la subjective⁴. Qu'en est-il du droit algérien?

c.- Réflexion sur le droit algérien

Pour en revenir en droit algérien, disons tout de suite que le code civil de 1975 semble se rattacher à la conception subjective en matière de l'appréciation de l'erreur sur les qualités. Pour lui, l'expression déterminante et exclusive garantit le principe de l'autonomie de la volonté, en insérant l'intention, la volonté du conjoint agissant et victime de l'erreur pour déterminer si la qualité qui fait défaut était essentielle pour se prononcer sur la nullité de l'union conjugale. De ce point de vue, l'erreur n'est pas un vice de la personne, mais un vice de consentement. Cette conception résulte, sans ambiguïté, de l'alinéa 2 de l'article 82 du code civil qui dispose que «l'erreur

1 G Cornu, note sous Grenoble, 13 mars et 20 nov 1958 ., D.435 ,1959 .

2 Cf. Cosnard H.-D., op. cit., D. 1977, p. 539.

3 Cf. TGI Nantes, 11/12/1985, R.J.O., 1986, 2, p. 81, obs. Cosnard H.D.

4 Certains auteurs estiment que «les qualités essentielles sont celles qui participent de l'essence du mariage et dont l'absence est de nature à perturber gravement une vie normale de couple». Cf. Mazeaud Henri, Léon et Jean et Leveneur L., L famille, t. 1, vol. 3, 7ème éd., 1995, édit. Montchrestien, Paris, 1995, n° 736.

L'erreur, cause de nullité du mariage

est essentielle notamment lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur les qualités de la personne avec qui l'on contracte, si cette identité ou cette qualité est la cause principale ayant déterminé la conclusion du contrat»¹.

On remarque aisément que la conception de l'erreur en droit positif est élargie par rapport non seulement à la doctrine dominante des juristes, mais également à celle embrassée par les malékites, puisqu'à côté de l'erreur sur l'identité de la personne, on admet aussi l'erreur sur les qualités dans la seule condition que ces qualités étaient déterminantes du consentement. Peut-on dire que notre droit positif s'est basé totalement sur la conception subjective de la qualité, marquant ainsi un recul net et absolu vis-à-vis de la conception objective ?

La réponse à cette question est incontestablement négative, se borner uniquement sur la théorie subjective pour déterminer si la qualité est essentielle, on l'a dit, engendre une certaine instabilité dans la famille du seul fait que l'erreur qui porte sur les qualités de la personne, si minime qu'elle soit, finira par influencer sur le mariage. Accepter l'efficacité de cette conception va permettre à l'erreur de détruire le mariage pour simple caprice². Par contre, la solution inverse conduit à respecter non seulement la stabilité du mariage, voire de la famille, mais encore la stabilité de la société.

De même que le code de la famille, en épousant une théorie large, estime en des termes lato sensu, que «Le mariage est déclaré nul, si le consentement est vicié», sans pour autant définir de quel vice s'agit-il et sur quel critère faut-il se baser pour déterminer, en ce qui nous concerne, si la qualité est essentielle ou non pas ? Ajouter à cela, le concept de «Ikhtala», selon l'expression arabe du texte législative, va nous orienter vers une autre théorie encore ambiguë que la première, celle du défaut du consentement.

Ce faisant, placé le consentement des futurs époux dans un contexte d'engagement ambigu, le mariage serait soumis à des dispositions floues, contradictoires, à savoir inopportunes. Mais, à en rester là, on ne ferait

1 Pour ce qui est de l'application du code civil en matière familiale, cons. Cour suprême, 14/11/2001, dossier n° 273177, Revue judiciaire, 2002, n° 2, p. 448 et s.

2 Cf. Cornu G., Centenaire, D. 1959, p. 218 et s.

qu'une constatation d'objet très limitée, et, surtout de caractère purement théorique. Ceci dit, il importe de préciser encore comment l'erreur sur les qualités de la personne du conjoint rend le mariage nul.

Comme on l'a vu, la conception des *fouqaha* n'est pas d'un grand recours en notre matière. C'est pourquoi, l'application des dispositions du code civil est appréciable dans ce contexte. Mais, si l'embarras des théoriciens paraît à première vue dissiper par cette application, n'en est point à son comble. Comment suppléer l'intégrité du consentement sans heurter la liberté conventionnelle? Mais surtout, comment admettre l'inefficacité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne sans renverser le principe du formalisme ainsi que celui du consensualisme? D'où l'hésitation des juristes qui remettaient toute la question en cause. Les *foqaha*, comme nous l'avons constaté, sont en effet, loin d'être d'accord sur ce point.

De tout ce qui précède, il résulte qu'on ne peut pas approuver le législateur familial d'avoir abandonné à des appréciations plus ou moins personnelles et variables le sort du contrat le plus important de la vie civile. Ceci dit, l'illogisme qu'on peut reprocher à cette solution tient à la loi familiale elle-même qui a voulu, à défaut de dispositions claires et dépourvues de toute ambiguïté dans le code, le tribunal doit se référer au *fiqh*. Car accepter, dans ce contexte, les solutions *fiqhiques* dans leur diversité, c'est accepter la validité d'un mariage boiteux dès la conclusion.

Notons que le critère sur les qualités essentielles, donnerait, en admettant bien entendu que les magistrats procèdent avec sagesse, des solutions appréciables; mais malheureusement tel n'a pas été le cas dans la pratique. Effectivement, même s'il n'y a pas, à notre connaissance, une jurisprudence abondante en la matière, nous avons pu relever quelques décisions inhérentes au cas où l'un des époux dissimule à l'autre un fait grave, tel que, à titre d'exemple, le défaut de virginité, que la loyauté l'obligerait à faire connaître, les juges voient toujours dans cette dissimulation une cause de divorce aux torts du mari du fait qu'il n'a pas assujéti, lors de la conclusion, la validité du mariage à cette qualité essentielle¹. Autrement dit, l'insertion

1 Cf. Cour Suprême, 031984/02/, dossier n° 34762, Revue judiciaire, 1989, n° 4, pp.

L'erreur, cause de nullité du mariage

de cette clause (clause de virginité) dans le contrat de mariage le rend, à défaut de laquelle, valide puisqu'il sera suivi, sur demande du mari, d'une dissolution par divorce aux torts de l'épouse n'ayant pas révélé l'absence de cette qualité, perdue, non pas accidentellement, mais par le biais de rapports sexuels hors mariage, autrement dit lors d'une fornication.

D'autres décisions, entre autres, permettent d'illustrer cette manière de procéder. La première émane de la cour suprême également, qui, en date du 23 mai 2000, devait préciser sur la cause de la dissolution du mariage contracté en rappelant clairement que «le mari n'a pas conditionné, lors de la conclusion, la validité du mariage sur la virginité de l'épouse et la consommation rend inconcevable le mobile ayant trait à l'absence de la virginité et, par conséquent, les juges du fond qui ont établi les conséquences du divorce aux torts de l'épouse en la privant de son droit aux dommages et intérêts, rendent leur décision dépourvue de tout fondement, d'où il convient de casser l'arrêt»¹.

Cette position vient d'être confirmée par un autre arrêt, relativement récent, de la cour suprême qui, dans ses motifs, donne sur cette question tant débattue un exposé du point adopté constamment en jurisprudence. La haute cour estime «qu'il n'est point démontré des faits de l'action et encore moins des documents du dossier, l'insertion d'une clause de virginité dans l'acte du mariage conformément à l'article 19 du code de la famille, et de ce fait, les juges du fond de la cour de Guelma qui ont prononcé le divorce aux torts exclusives de l'épouse en la privant ainsi des dommages et intérêts, ont enfreint la loi et passé outre le droit».²

On pourrait multiplier les exemples, mais ces décisions suscités illustrent à merveille la position de la jurisprudence algérienne : si apparemment elle

1 «ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسييب، مما يستوجب نقض القرار» انظر، محكمة عليا، 2000/05/23، ملف رقم 243417، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 109.

2 «حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف مما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجيه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب». انظر، محكمة عليا، 2009/02/11، ملف رقم 480264، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 1، ص. 284.

se laisse principalement guider par les opinions des jurisconsultes qui commandent la méthode, plus ou moins, subjective d'appréciation, en matière de preuve elle utilise la méthode objective.

En résumé, dans la doctrine comme la jurisprudence, le caractère déterminant de l'erreur dépend par dessus tout du critère psychologique (la clause de virginité), et ce n'est, enfin de compte, que par la difficulté de la preuve que l'appréciation objective joindra la subjective. Cette position jurisprudentielle peut, dans ces espèces, être considérée comme boiteuse, et à ce titre, motiver, à tort, l'erreur, soit-elle déterminante, aux torts exclusifs du conjoint victime. Dans toutes ces circonstances, on le remarque, la jurisprudence de la haute cour, bien qu'intervenant après coup, approuve libéralement le comportement fautif du conjoint qui s'était de lui-même dérobé au devoir de piété d'avant le mariage sans aucune justification légale.

Ceci dit, il est totalement inconcevable de ne pas se référer au critère objectif quant à l'appréciation de la qualité essentielle qu'est la virginité, alors qu'au regard de l'opinion publique, le défaut de cette qualité constitue sans nul doute, une fois dissimulée, une trahison, voire une violation à une règle d'ordre socio-religieux. D'où le critère objectif de l'appréciation de l'erreur sur les qualités essentielles tire son fondement de ladite opinion. Ajoutez à cela, pour entraîner la nullité du mariage, l'erreur portant sur une telle qualité doit encore revêtir un caractère subjectif qui se mesure, dans ce contexte, par le fait de demander la nullité du mariage, car une telle qualité est, aux yeux de la victime, déterminante au point où il n'aurait jamais passé à l'acte s'il a pris connaissance de ce défaut au moment de la conclusion du mariage.

Cela signifie que cette jurisprudence sanctionne le mari sous deux angles, d'une part, il doit assumer les effets funestes, soient-ils psychologiques et matériels, dus à son innocence et ce, du fait d'un subterfuge volontaire acquiescé par son épouse et, d'autre part, il est tenu de réparer le dommage subi par cette dernière d'un divorce qualifié d'abusif par les tribunaux, lesquels se sont basés en cette matière sur une opinion séculaire puisée du fiqh, totalement loin de la réalité algérienne, écartant ainsi toute appréciation so-

L'erreur, cause de nullité du mariage

ciologique à cet égard¹. Disons, enfin, que cette position jurisprudentielle n'a, à ce jour, absolument pas évolué.

Ce constat est confirmé pour d'autres espèces que nous avons pu soulever et où il s'est avéré impossible d'obtenir l'annulation d'un mariage pour des causes d'infirmité antérieures à sa conclusion. La première de ces causes est l'incapacité aux relations sexuelles dues à l'impuissance, à la castration, à l'ablation du pénis et toutes déformations des organes sexuels ne permettant pas des relations charnelles. Pour le fiqh dominant, chacun des conjoints a le droit de demander le divorce pour cause d'incapacité aux relations charnelles².

Conformément à cette position doctrinale, il est admis sans hésitation dans le droit algérien, que la femme a le droit de se prévaloir, pour faire dissoudre l'union conjugale, de l'impuissance de son mari. Ce droit est également reconnu au mari.

Or, si l'incapacité dont il est question à cet égard, est antérieure au mariage, l'époux victime pourrait, si elle est dissimulée, l'invoquer comme cause de nullité du mariage. Pour répondre à cette question, très significatif et de nature à dissiper toute équivoque, est à cet égard l'attendu de la cour suprême, lequel déclarait «qu'il est formellement reconnu dans le fiqh islamique comme dans la jurisprudence constante que l'époux incapable d'entretenir des relations sexuelles avec sa femme, on lui accorde un délai d'un an pour les soins, et que l'épouse doit rester à ses côtés durant cette

1 Pour ce qui est de la question du non droit en matière de la famille, Carbonnier, La méthode sociologique dans les études de droit contemporain, in Méthode sociologique et droit, Annuaire de la Faculté de Strasbourg, 1958, t. 5, p. 191 et s.; La sociologie juridique et son emploi en législation, in Communications à l'Académie des Sciences morales et politiques, 1967, pp. 91 et s.; Sociologie juridique, éd. PUF, Quadrige, 1994, p. 15 et s.; Flexible droit, éd. LGDJ, Paris, 10^{ème} éd., 2001, p. 25 et s.; G. Ripert, Les forces créatrices du droit, éd. LGDJ, 1955, pp. 12 et s.; Grawitz, De l'utilisation en droit des notions sociologiques, in Année sociologique, 1966, p. 415 et s.; Grosclaude B., La sociologie juridique de Max Weber, th. Strasbourg, 1960, p. 20 et s.; Terré, François, Temps sociologiques et temps juridiques, Annuaire de la faculté de droit d'Istanbul, 1966, p. 160 et s.; Du juridique et du social, éd. Mare et Martin, 2012, p. 35 et s.; Boudon R., Du bon usage des données d'opinion pour la décision politique, in l'Etat au xxème siècle, 2004, p. 307 et s.

2 Cf. Chehata Chafik, Droit musulman et son application au proche-orient, éd. Dalloz, 1970, p. 70 et s.; Alayli B., La réglementation des rapports sexuels dans le droit musulman comparé, th. Paris 2, 1980, p. 79 et s.

période, laquelle une fois expirée et que son infirmité persiste, la femme sera alors en mesure de demander le divorce»¹. Précisons que ce délai prendra effet, aux termes de cet arrêt, à compter du jour de l'exécution du jugement qui l'a ordonné, et ce, même si les conjoints ont cohabité avant cette décision pendant une longue période.

La cour suprême², embrassant également, comme d'habitude, l'opinion du fiqh d'autant, s'est sentie encouragée à appliquer une règle suivant laquelle la stérilité confirmée, antérieurement ou postérieurement au mariage, ouvre le droit au divorce pour les deux époux. Ainsi, elle a considéré que, en présence de cette infirmité, ni l'intérêt suprême de l'union conjugale, ni le respect de la vie privée et familiale ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de la dissolution du mariage. Cette affirmation est nettement motivée par ladite cour en des termes ne laissant aucune ambiguïté, car après avoir relevé qu'«il est décidé juridiquement que la femme peut demander le divorce pour tout préjudice légalement», affirme que «la cohabitation des conjoints était de longue durée et que le mari demeure infécond durant toute cette oblongue période, entraînant ainsi l'épouse à demander le divorce pour préjudice et, par conséquent les juges du fond, en répondant positivement à sa demande pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage, n'ont fait qu'appliquer correctement la loi»³.

De l'expression «infirmité», il résulte qu'il ne s'agit pas ici d'une altération passagère, dont la guérison paraît à peu près certaine. Les tribunaux, par application de l'article 53 al. 2 du code de la famille ne tiennent pas compte dans ce contexte que d'une infirmité ayant duré et installée. Cette condition permet de situer cette sorte d'infirmité à sa véritable place dans une théorie

1 Cf. Cour suprême, 191984/11/, dossier n° 34784, cité par Sakr Nabil, in la jurisprudence de la cour suprême, chambre du statut personnel, le divorce et ses effets, éd. Dar El-houda, Ain-Mlila, 2015, p.117.

2 Comparer avec l'arrêt prononcé par ladite cour en date du 15/2006/11/, approuvant ainsi la position des juges du fond de la cour de Blida du 23/2004/02/, qui souligne explicitement que «la stérilité n'est nullement considérée comme une cause légale permettant à l'époux de demander le divorce et l'exempte de réparer le préjudice causé par ce divorce abusif». Cf. Cour suprême, 15/2006/11/, dossier n° 373707, Revue de la Cour suprême, 2007, n° 1, p. 499.

3 Cf. Cour suprême, 16/1999/02/, dossier n° 213571, in Jurisprudence de la chambre civile, 2001, n° spécial, p. 119 ; Cour suprême, 22/1992/12/, dossier n° 87301, cité par Sakr Nabil, in la jurisprudence de la cour suprême, chambre du statut personnel, le divorce et ses effets, éd. Dar El-houda, Ain-Mlila, 2015, p.115.

L'erreur, cause de nullité du mariage

générale de non fécondation. Or, il est plus juste de distinguer dans cette matière, la stérilité notoirement connue antérieurement au mariage de celle révélée postérieurement au mariage. C'est-à-dire, il convient de distinguer, juridiquement parlant, la stérilité, cause d'une nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint, de l'infirmité, cause de divorce. Car, dans le première hypothèse, les tribunaux devraient se prononcer sur la nullité du mariage, une demandée, au motif que la stérilité ait existé au moment de la conclusion du mariage.

De tout ce qui précède, il découle de l'examen de la jurisprudence sur ces différentes questions, en l'occurrence, la virginité, l'impuissance et la stérilité, qu'elle prononce le divorce pour des faits antérieurs au mariage et pour cela elle devrait estimer comme ayant un caractère injurieux la dissimulation des faits antérieurs, qui auraient été de nature à empêcher la conclusion du mariage s'ils avaient été connus.

Conclusion

Pour conclure, disons que le défaut de ces qualités peut recevoir la qualification d'erreur sur les qualités ou d'erreur dolosive. Notons, toutefois, si l'option de la qualification demeure à cet égard une difficulté contingente, elle ne demeure pas moins qu'elle se place constamment sur le champ des vices de consentement, c'est-à-dire de la nullité, et non pas sur celui du divorce.

Réellement, il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une faute post-conjugale, mais d'une erreur (ou d'un dol) commise au seuil de la vie conjugale, que doit sanctionner la nullité, à l'exclusion de la dissolution par divorce. L'erreur dans les espèces cités¹ est bien une erreur sur une qualité de la personne, impulsive et déterminante, de nature à vicier le consentement, et qui pourrait motiver largement une demande en nullité du mariage. Le recours au di-

¹ Et dans d'autres espèces, l'erreur ne peut que motiver une nullité du mariage pour cause d'erreur provoquée. Ainsi en est-il du jugement du tribunal de Constantine, qui dans une affaire où le mari avait dissimulé par des manœuvres dolosives, son véritable âge qui est loin de la limite habituelle approuvée socialement, devrait prononcer la nullité du mariage pour vice de consentement. Cf. Tribunal de Constantine, 281981/09/, n° 81241/, Journal des magistrats, n° 43, p.115, cité par Belhadj Larbi, Les dispositions conjugales et leurs effets en droit de la famille algérien, éd. Dar Houma, aller, 2013, pp. 273-274 (en arabe).

orce n'est donc à cet égard, en réalité, qu'un procédé juridique contestable sur le terrain des principes. Car, on ne peut se pencher de penser que le divorce réprime ici plus un vice de consentement concomitant à la conclusion du mariage qu'une déception de la vie conjugale, et cela bien entendu dans aucun profit pour la stabilité du mariage.

On pourrait penser que, malgré l'interprétation boiteuse de la jurisprudence¹, une connaissance approfondie et fine des dispositions du code de la famille pourrait entraîner «un retour à une meilleure rationalité juridique et un revirement de la jurisprudence antérieure, pour expulser du divorce et cantonner dans les domaines de la nullité tout le pré-conjugal»².

Cependant, à défaut d'une analyse jurisprudentielle pointue des textes, il paraît plus raisonnable et cartésien, pour permettre aux tribunaux de ne plus altérer ainsi la notion du divorce, de leur soumettre de nouvelles dispositions de loi spécifiques à la matière auxquelles ils pourraient dorénavant, en réservant le divorce aux faits survenus postérieurement au mariage, prononcer la nullité de ce dernier lorsqu'une erreur sur les qualités essentielles de l'un des conjoints aurait sérieusement vicié le consentement de l'autre.

Bibliographie

Alayli B., La réglementation des rapports sexuels dans le droit musulman comparé, th. Paris 2, 1980.

Beignier Bernard et Binet Jean-René, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014.

Belhadj Larbi, Les dispositions conjugales et leurs effets en droit de la famille algérien, éd. Dar Houma, Alger, 2013,

1 Cette interprétation totalement erronée ressort clairement d'un arrêt de la Cour suprême pour qui «le mariage avec une femme enceinte d'une relation illicite, est un empêchement à mariage rendant ce dernier nul d'une nullité absolue, et, par conséquent, les juges du fond lorsqu'ils ont jugé que la responsabilité du divorce incombe à l'épouse et exempté ainsi le mari de toute responsabilité jugée à son égard, ont bien motivé leur arrêt tout en basant leur décision sur un fondement juridique valide, d'où le rejet du pourvoi». Dès lors, il convient de se demander s'il s'agit, dans cette affaire, d'une cause de divorce ou d'une nullité absolue du mariage? Cf. Cour suprême, 112006/10/, dossier n° 371562, Revue de la Cour suprême, 2007, n° 2, p. 457.

2 Cf. Cosnard, H. D., op. cit., Rev. Jurid. Ouest, 1978, 2, p. 62.

L'erreur, cause de nullité du mariage

Bellefonds Y de, Droit musulman comparé, édit. Mouton et Co, 1965, t. 1^{er}.

Benabent A., Droit civil, la famille, 2^{ème} édit., 1984.

Boudon R., Du bon usage des données d'opinion pour la décision politique, in l'Etat au XXème siècle, 2004.

Bousquet G.H. et Jahier H., Les vices rédhibitoires de la femme en droit musulman, remarques juridico-médicales, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, Alger, 1951.

Carbonnier Jean, Droit civil, la famille, 8^{ème} éd., édit. Thémis, Paris, 1969.

Carbonnier Jean, La méthode sociologique dans les études de droit contemporain, in Méthode sociologique et droit, Annuaire de la Faculté de Strasbourg, 1958.

Carbonnier Jean, La sociologie juridique et son emploi en législation, in Communications à l'Académie des Sciences morales et politiques, 1967.

Carbonnier Jean, Sociologie juridique, éd. PUF, Quadrige, 1994.

Carbonnier Jean, Flexible droit, éd. LGDJ, Paris, 10^{ème} édit., 2001.

Chehata Chafik, Droit musulman et son application au Proche-Orient, éd. Dalloz, 1970.

Clavel E., Droit musulman, du statut personnel et des successions, t. 1^{er}. Paris, 1895,

Courbe Patrick et Gouttenoire Adeline, Droit de la famille, 6ème éd., édit. Sirey, Paris, 2014.

Dib P., Essai sur une théorie des mobiles en droit hanafite, th. Dijon, 1950.

Elkhatib Echarbini, Moughni el mouhtaj il charh ehminhaj, éd. Elhalabi, 1957, t. 3(en arabe).

Echoukani, Nayl Elaoutar Charh moutaha el-akhbar, ed. Dar ettourath, Le Caire, t. 6(en arabe).

Eddassouki, Hachiat Eddassouki ala echarh elkabir, éd. Dar ihiae El-koutoub elilmya, t. 2, (en arabe).

Eddardir, Echarh Essaghir..., éd. Dar Elmmarif, t. 2 (en arabe).

El-Morssi Abdelaziz Essamahi, Recherches sur la dissolution du mariage, édit. 1^{ère}, Imprimerie El-fadjr (en arabe).

Grawitz, De l'utilisation en droit des notions sociologiques, in Année sociologique, 1966.

Grosclaude B., La sociologie juridique de Max Weber, th. Strasbourg, 1960.

Ibn Elhoumam, Fath Elqadir, éd. éd. Dar Ihiae eltourath Elarabi, t. 3, (en arabe).

Ibn Qudama, Elmoughni, éd. Dar Elkitab elarabi ;Dar errayane, t. 6, (en arabe).

Ibn Abidine, Rad El-mahtar ala dar El-mokhtar, éd. Dar Elfikr, t. 3. (en arabe).

Ibn Hazm, El mahala, éd. Dar Elfikr, t. 11, (en arabe).

Ibn Hazm El-andaloussi, El-mahala bi-Elatsar, éd. Dar eh fikr, t. 10, (en arabe).

Langles O., Vices de consentement et droit du mariage, JCP, 1998, éd. N., doc Neuville S.

Mazeaud Henri, Léon et Jean et Leveneur L., L famille, t. 1, vol. 3, 7ème éd., 1995, édit. Montchrestien, Paris, 1995.

Mohamed Benyahia Elmortada, Elbahr Ezakhir..., éd. Dar El-kitab Elislam mi, t. 4 ? (en arabe).

Ramdane Ali Essayd Echarnabassi et Djaber Abd-Elhadi Salem Echafii, Ahkam El-Oussra,..., éd. Elhalabi Elhpukoukia, Beyrouth, Liban, 2006, (en arabe).

Rifai Z.A., Le consentement et les vices de consentement en droit musulman hanafite, th. Nancy, 1933.

Ripert Georges, Les forces créatrices du droit, éd. LGDJ, 1955.

Roy Odile, Droit de la famille, éd. Archétype82, Paris, 2017.

Sakr Nabil, in la jurisprudence de la cour suprême, chambre du statut personnel, le divorce et ses effets, éd. Dar El-houda, Ain-Mlila, 2015, (en arabe).

L'erreur, cause de nullité du mariage

Shehab A.,....., th. Montpellier, 1980.

Terré François, Temps sociologiques et temps juridiques, Annuaire de la faculté de droit d'Istanbul, 1966.

Terré François, Du juridique et du social, édit. Mare et Martin, 2012.