

AUTOUR DU MARIAGE DU MOURANT ET DU MORT

Ou

**Quand le plaisir apparaît obscène, et la norme décalée,
(Et que les soignants se trouvent en situation inhabituelle)**

Alain VERNET¹, Benoist FAUVILLE², Cyril BOUTET³, Maria Michel⁴,
Komi AGBOLI⁵, Jean PETIT⁶, Corinne STRUTINSKI⁷

RESUME

Le mariage du mourant – et par extension celui du mort – est une situation, qui, bien qu’exceptionnelle, peut se présenter, et qui, chez les soignants qui peuvent y être confrontés, suscite une inquiétante étrangeté. Le droit a prévu ces situations. Les mieux connaître peut rassurer les soignants. Ce qui n’empêche pas le questionnement éthique à leur sujet. A partir d’une situation concrète, nous examinerons les aspects juridiques et éthiques de ces mariages.

¹ Psychologue, diplômé en droit et philosophie, Président du Comité Nivernais de soins palliatifs – CNSP, 31, rue Henri Dunant – 58400 La Charité sur Loire - & Centre hospitalier George Sand, 77 rue Louis Mallet – 18000 Bourges – alain.vernet@ch-george-sand.fr – 02.48.67.25.43

² Psychologue, docteur en psychanalyse et psychopathologie clinique, Réseau Emeraude58 - CNSP - 58400 La Charité sur Loire

³ Psychologue, Centre hospitalier Nord Ardèche, BP 119 – 07103 Annonay

⁴ Infirmière coordinatrice, diplômée en philosophie, Réseau Emeraude58 - CNSP – 58400 La Charité sur Loire

⁵ Psychiatre, praticien hospitalier, DIU de médecine légale, DU de soins palliatifs, Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges

⁶ Médecin, gériatre et soins palliatifs, médecin coordonnateur chef de service, Réseau Emeraude58 – CNSP – 58400 La Charité sur Loire

⁷ Médecin, gériatre, Praticien hospitalier, Equipe mobile de gériatrie, Centre hospitalier – 69655 Villefranche sur Saône

AUTOUR DU MARIAGE DU MOURANT ET DU MORT

Ou

**Quand le plaisir apparaît obscène, et la norme décalée,
(Et que les soignants se trouvent en situation inhabituelle)**

INTRODUCTION

Il est des situations de soins palliatifs qui nous renvoient de l'étrangeté, au moins un sentiment de malaise, et qui, dès lors, peuvent nous apparaître anormales, choquantes, voire obscènes.

A vrai dire, pour certaines de ces situations, il n'est pas besoin d'être en soins palliatifs pour en percevoir l'étrangeté, ressentir de la perplexité, les analyser comme bizarres, les apprécier comme scandaleuses, car elles peuvent être extraordinaires – c'est à dire inhabituelles, dysharmoniques, transgressant une organisation, un ordre, une loi, juridique ou morale, -.

Pour d'autres situations, cette représentation d'étrangeté tient au fait qu'elles sont rares.

Notre propos est d'évoquer une telle situation peu fréquente en soins palliatifs, -au moins dans un service hospitalier, mais il n'est pas certain qu'elle soit beaucoup plus fréquente au domicile - même si elle n'est pas particulièrement rare en soi, situation par ailleurs habituellement associée à une représentation positive : le mariage, et qui, dans ce contexte particulier de la fin de vie, peut être vécue comme scandaleuse, affectée d'un exposant négatif.

L'objectif est de fournir quelques repères clairs aux soignants, rarement, mais parfois, confrontés à cette situation, dont la rareté même fait la difficulté, car ouvrant un espace d'inconnu, donc susceptible de susciter chez eux, une « inquiétante étrangeté », avec possiblement, soit des attitudes de déni, des passages à l'acte, des jugements moraux, toutes attitudes pouvant sortir du cadre de la posture soignante de neutralité bienveillante.

La vignette clinique, qui mêle des constats objectifs, des interprétations subjectives, des jugements moraux, des prénotions et préjugés exprimés ironiquement comme des remarques de bon sens, a tenté de rendre cet aspect de débordement de l'attitude de « neutralité bienveillante ».

Le mariage au terme ultime de la vie pose évidemment quelques questions d'ordre juridique : les formes particulières à un tel contrat et les conditions de formation et de validité de celui-ci. Mais celles-ci ne s'écartent guère de la règle commune, ce qui, étant connu – et c'est le but de notre travail de les faire connaître – peut contribuer à aborder cette situation plus sereinement, si elle survient. On exposera donc, dans un premier temps, les règles communes à tous les mariages, avant, dans un second temps, d'évoquer les règles spécifiques au mariage du mourant ; ainsi qu'à celui du mort constaté et déclaré.

Mais au delà de l'aspect juridique, il peut poser des questions éthiques, si bien qu'en plus de cette analyse formelle juridique, nous tenterons d'interroger la fonction d'un tel événement, d'une part pour le patient en fin de vie : comme nécessité d'un rituel de réappropriation du temps ; et d'autre part les prénotions des soignants ainsi que de l'entourage.

On doit d'abord préciser que le mariage est un événement (l'instant à partir duquel on devient conjoints), et un état –civil-, qui dès lors se déploie dans la durée, l'événement créant l'état qui entraîne des conséquences juridiques, certes, mais également affectives, ainsi que sociales, à travers les représentations que les uns et les autres, plus ou moins directement concernés, peuvent avoir de l'événement et de ses conséquences.

I°) UNE SITUATION SUSCITANT UN ETAT DE PERPLEXITE

Même si l'on se marie moins souvent qu'avant le mariage est encore un événement qui n'est pas rare. C'est un événement qui reste heureux, même s'il arrive qu'on peut déchanter, dit-on, par la suite, à la joie duquel on souhaite associer son entourage, familles, amis, parfois collègues et voisins, joie qui se manifeste par une forme de fête. C'est un événement qui d'ailleurs est revendiqué comme un modèle, une sorte d'accomplissement, par des couples qui longtemps n'ont pu y prétendre, comme les couples homosexuels. C'est

pourquoi le mariage est bien plus qu'une union entre deux personnes, qui les engage l'un envers l'autre, ainsi qu'envers les autres, - à la face du monde pourrait-on dire, ce qui déjà est important -. Le mariage est aussi ce qu'on nomme une institution, c'est à dire qu'il est aussi une structure sociale générale, impersonnelle, à prétention universelle, qui dépasse la situation particulière, spécifique, de l'union de deux personnes, pour, en quelque sorte, moduler les représentations sociales, l'organisation de la société, les formes de la sociabilité, et sans doute une certaine éthique du rapport aux autres et à soi-même.

Et la dissolution du mariage, à travers le divorce, qui concerne aujourd'hui un mariage sur trois, et qui est donc aussi un événement fréquent, ne paraît pas avoir complètement transformé ou annulé ce caractère institutionnel du mariage.

Le mariage est donc une situation habituelle pour les soignants ; soit qu'elle les concerne directement : qu'ils soient eux-mêmes mariés, qu'ils l'aient été, ou qu'ils soient à marier ; soit qu'elle concerne les patients dont ils s'occupent. A vrai dire si le mariage est pour eux, dans leur vie privée, et leur entourage, événement et état, il est rarement événement pour les patients dont ils s'occupent, mais souvent état.

Cette situation n'a donc pas pour eux un caractère inhabituel ou d'étrangeté, n'est pas saugrenue, sauf s'ils travaillent en pédiatrie ; encore qu'il s'agit là d'une situation susceptible d'advenir dans un temps plus ou moins lointain, encore qu'assez indéterminé. Ce n'est donc pas une situation problématique, source d'étrangeté ou de perplexité, même si elle peut parfois être source d'inconfort, quand le conjoint –comme cela arrive à une fréquence moins rare qu'on pourrait le penser – est démuni, incapable, désemparé, ou qu'il présente un caractère difficile l'amenant à être anxieux, fuyant, mais aussi critique, revendicateur, voire agressif et persécuteur.

Ce n'est pas en tout cas une situation plus inhabituelle et plus inconfortable que la maladie qui reste le lot quotidien des soignants, et que la mort, surtout pour les soignants qui travaillent en soins palliatifs.

Or la conjonction du mariage et de la mort ne va pas de soi, et peut déconcerter les soignants, susciter du malaise, et même de l'incompréhension, du fait d'un caractère inhabituel, rendant inopérants les habituels repères, et apparaissant même, à certains, comme ayant un caractère transgressif, ainsi qu'on peut le percevoir dans l'observation suivante :

VIGNETTE CLINIQUE

Disons que Monsieur X jeune retraité qui n'a guère plus de 68 ans, a peut être été saisi par le démon de midi, qu'il a peut être voulu se libérer de la servitude d'une conjugalité devenue pesante quand, la retraite venue, il s'est trouvé beaucoup plus longtemps à son domicile, en tête à tête avec son épouse, percevant peut-être chez celle-ci, des défauts dont il s'accommodait jusqu'alors, et ne trouvant pas dans les stigmates du vieillissement de son épouse devenus soudain comme une apocalypse, matière à l'aimer plus. La célébration de l'amour s'était en quelque sorte dissous dans l'habitude, et la passion s'était envolée, remplacée par le devoir, à la manière de cette boutade de Sacha Guitry : « *l'amour commence par le champagne et se termine dans la tisane* ». Rien donc, dans cette histoire ordinaire qui put ressembler à cette transfiguration du devoir, qui finit par rencontrer l'amour, ainsi que saura le faire dans « le baiser au lépreux » [5], roman de François Mauriac, Noémie d'Arthail, l'épouse de Jean Péloueyre, qui découvre un accomplissement et une plénitude, dans le dévouement auprès d'un poitrinaire chétif, laid, impuissant, comme est son mari, au point que ce mariage arrangé par le prêtre, à l'origine pure affaire d'intérêts - où chacun trouve son compte : le vieux Péloueyre, le père de Jean, une garde-malade dévouée ; les parents d'Arthail, un moyen de se refaire financièrement, après quelques affaires aventureuses ; le curé, une vengeance contre ce laïc et bouffeur de curés qu'est le cousin Casenave à qui l'héritage Peloueyre, de ce fait, passera sous le nez -, finira en mariage d'amour.

Non, dans notre histoire, l'amour s'en est allé, coulant comme la Seine sous le Pont Mirabeau. Ils ne s'aimèrent plus, et n'eurent donc pas d'enfants, ne les ayant d'ailleurs pas eus non plus du temps de leur amour. Et comme tant d'autres, ils divorcèrent, sans façon et sans drame, par consentement mutuel.

Rien là qui mérite qu'on s'attardât sur la situation.

Certes, quelques voisins – voisines plutôt- trouvèrent un peu à redire, sans que pour autant sa vie privée les regardât beaucoup ; quoiqu'elles le jugèrent un peu sévèrement. A son âge, alors qu'il pouvait enfin penser à lui, en profiter, couler des jours tranquilles, voilà qu'il s'entêtait à vouloir recommencer sa vie, repartir de zéro, s'encanailler, courir des gueuses qui, à l'évidence, ne manqueraient pas de tout lui croquer.

Sans doute ne furent-elles pas fâchées qu'il tombât malade, développant une tumeur cérébrale ! Elles n'allèrent pas jusqu'à dire qu'il y avait comme une justice immanente, comme un Bon Dieu, distribuant de mérités châtiments, à défaut d'être parfaitement justes, mais le cœur y fut bien un peu, tout de même. Ne l'avait-il pas un peu cherché ?

Mais il ne s'agit pas, malgré tout, de vouloir la mort du pécheur ; et dans l'adversité notre homme ne fut pas abandonné ; il était impensable de se comporter avec lui comme il avait fait avec son épouse. D'autant plus qu'il voyait bien, alors, qui étaient ses amis, et sur qui, vraiment, il pouvait compter et s'appuyer.

Et puis peut-être n'avait-il plus tout à fait sa tête lorsqu'il décida de divorcer ; pensez-donc, « un cancer du cerveau » !

Face à tant de sollicitude, à cette débauche de fraternité, à cette offrande d'humanité, notre homme ne fut pas insensible. Et il désigna personne de confiance l'une de ses dames de charité.

En bon paysan madré il ne mit cependant pas tous ses œufs dans le même panier. A la personne de confiance – qui fonctionnait sur le mode de la trinité – la bonne, la belle et l’acariâtre – une en nom, mais une pour toutes et toutes pour une, le soin de gérer la maladie. A un vieux copain, le soin de s’occuper de la maison, dont seul ledit copain avait la clef, et des affaires, avec procuration sur le compte bancaire.

A vrai dire le vieux copain se serait bien passé d’une telle responsabilité, car il estimait que c’était là une source de tracas et d’ennuis, mais pourvu qu’il n’ait pas d’histoires, il acceptait ; les personnes de confiance, quant à elles, trouvaient que la confiance ne se partage pas ainsi, et que si on peut avoir confiance pour assumer la maladie, la moindre des choses est de faire aussi confiance pour ce qui concerne le matériel et l’argent, choses à propos desquelles, somme toute, on ne peut faire confiance à n’importe qui !

Elles distillèrent donc quelques doutes, - ce que je dis, moi vous savez, c’est pour son bien, pour qu’il ne se fasse pas avoir, vous connaissez les gens, tout miel et sucre par devant, vinaigre et ciguë par derrière - ; y compris au malade. Et si le vieux copain était un peu malhonnête, après tout sait-on jamais ? Exit donc le vieux copain, finalement pas fâché de laisser des responsabilités qu’il n’avait guère envie d’assumer.

Mais il faudrait tout de même que quelqu’un s’occupât de vos affaires ; votre maison, vous savez à notre époque, avec les moins que rien qui traînent, une maison, toujours fermée, ça attire ; nous on fait ce qu’on peut, mais on n’est pas toujours là ; surtout les après - midis où on vient vous voir. Ah si votre femme était encore là ! Quelle idée vous avez eu de divorcer. On la voit encore, on lui donne des nouvelles, elle est bien malheureuse, elle s’inquiète pour vous, elle ne vous en veut pas, elle aimerait passer vous voir ; mais oui, mais oui, ça me ferait plaisir. Et puis avec votre maladie, on ne sait pas, vous ne vouliez peut être pas divorcer ; des fois on en fait des choses sans le vouloir, malgré soi !

Elle passa donc, de plus en plus souvent. Je veux bien m’occuper de tes affaires, de la maison, veiller sur toi, mais qu’est ce qu’on va bien penser, que je le fais pourquoi ; par intérêt ; certes non ! Par amitié, je le veux bien ; en souvenir de nous ! Par amour si tu le voulais ! Pour que tout redevienne comme avant ! Comme si tout allait bien, comme si tu allais bien, comme si tu n’allais pas mourir, comme si tu n’étais pas mort !

Le mariage fut célébré, durant un intervalle de lucidité – avec un discernement qui en apparence semblait intact, mais qu’en était-il finalement, compte tenu de cette pathologie ? -. Il se remaria avec l’épouse dont il avait divorcé, dans la chambre d’hôpital ornée de fleurs blanches, et l’on distribua des dragées dans le service. Quelques heures après il décédait.

Les contes pour enfants finissent souvent par la formule : ils furent heureux, et eurent beaucoup d’enfants. Ici, points d’enfants ! Furent-ils, tout de même heureux, l’espace bref d’un court instant.

En ce qui le concerne lui, il est difficile de le savoir, car il sombra rapidement dans l’inconscience. En tout cas il semblait adhérer avec un certain bonheur –ne parlons pas de plaisir- à cette perspective du mariage. En conclusion, peut être pourrions nous esquisser quelques hypothèses pour expliquer les raisons possibles d’un tel bonheur.

Fut-il heureux pour l’épouse ; en terme d’héritage, certainement. Mais au delà du matériel, il pouvait agir comme une sorte de réparation narcissique du divorce, agir comme une restauration de l’image de soi.

Les soignants du service, de leur côté, s'interrogèrent sur leur rôle et trouvèrent la situation quelque peu obscène. Fallait-il laisser faire, fallait-il participer, n'étaient-ils pas pris à témoin de ce qui aurait dû demeurer à jamais de l'ordre de l'intime ; en tout cas il est certain qu'ils redoutèrent de sortir de leur neutralité, de leur impartialité, surtout quand le patient leur évoquait la situation, ou même sollicitait leurs avis et conseils.

Il faut dire que si, individuellement, le mariage, la maladie, la mort, étaient des figures connues des soignants, la conjonction des trois avait un caractère inhabituel, et que toutes les normes étaient ici décalées, au point qu'ils se demandaient même si elles n'étaient pas perverses.

Mais pour le juriste, pour inhabituelle que soit la situation, elle n'était pas improbable, car pas imprévue, au contraire, tant il est vrai que le droit, en habitué des situations scabreuses, des dérives toujours possibles, des anomalies qu'il faut résoudre, a pour fonction de gérer l'exception à l'aide de règles générales et impersonnelles.

Le mariage du mourant, et pourquoi pas du mort, n'est finalement qu'un mariage comme les autres [1], comme le mariage n'est qu'une convention parmi d'autres, un contrat entre parties privées devant un tiers qui est un officier public, comme l'officier ministériel qu'est le notaire, revêtus d'attributs de puissance publique et d'un appareil démonstratif et symbolique, par le biais duquel, la République, notre matrice citoyenne, notre mère prescriptrice, tient la chandelle, donne sa bénédiction, contrôle, valide, sanctionne.

II°) LES REGLES JURIDIQUES DU MARIAGE

Contrat, le mariage l'est, que nous ayons ou non, par-devant notaire, établit un contrat de mariage.

Etablir un contrat de mariage devant notaire, c'est émettre une volonté spécifique ou particulière, quant au régime des biens possédés par le couple et à leur dévolution en cas de divorce. Mais ne pas en établir ne veut pas dire qu'il n'y a pas l'expression d'une volonté, qui est alors présumée et énoncée par la loi, qu'on appelle une loi supplétive de volonté. C'est ici la loi qui prend sur elle, face au silence des parties, d'exprimer ce qu'elle pense être leur volonté ;

Et elle indique que dans ce cas votre régime des biens sera celui de la communauté réduite aux acquêts.

Tout mariage obéit donc à ces règles :

LES REGIMES DU MARIAGE :

Communauté légale réduite aux acquêts (art 1400 à 1496 C. civil).

Communauté universelle (art 1497 à 1535 C. civil).

Régime de séparation de biens (art 1536 à 1568 C. civil).

Régime de participation aux acquêts (art. 1569 à 1581C. Civil).

C'est dire son effet sur les biens. Mais le mariage a aussi des effets sur les personnes :

LES EFFETS DU MARIAGE

SUR LES EPOUX

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance (art 212 C. civil).

Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie (art 215-1 C.civil).

À la fois communauté physique (devoir conjugal).

A la fois communauté matérielle (résidence commune choisie d'un commun accord (art 215 C; civil).

Mais ils peuvent avoir deux domiciles distincts (art 108 C. civil).

SUR LA FAMILLE

Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation de leurs enfants et préparent leur avenir (art 213 C. civil); c'est ce qu'on appelle l'Autorité parentale, qui est conjointe.

L'autorité appartient aux pères et mères pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation (art 372.2 C. civil).

Ce qui est différent de la fixation de la résidence habituelle de l'enfant.

La responsabilité des père et mère est engagée pour les dommages causés par les enfants mineurs (Art 1384.4 C. civil). Il s'agit d'une responsabilité de plein droit du fait d'autrui.

Mais cette responsabilité de plein droit cesse si la communauté d'habitation a disparu; les parents pourront alors s'exonérer de leur responsabilité s'ils prouvent qu'ils n'ont pas commis de faute, ni de surveillance, ni d'éducation.

Produisant de tels effets de droit, le mariage est donc un acte juridique, d'une nature contractuelle (c'est à dire conclue par l'échange de deux volontés libres et autonomes, s'accordant sur l'objet du contrat). Ainsi :

LE MARIAGE EST UN CONTRAT

Comme tout contrat celui-ci est un acte juridique (intentionnel, voulu) (à différencier du fait juridique, qui est le plus souvent involontaire, ou subi et non voulu), qui produit des effets réciproques, obligatoires, ce qu'on appelle des obligations, l'exécution fautive, qui induit un préjudice, par l'un, ou l'inexécution, de son obligation, entraînant pour l'autre un droit à réparation, ou à résolution (annulation) du contrat, mettant en jeu ce qu'on appelle la responsabilité civile. Il crée des obligations réciproques (ce sont les effets du mariage), qui sont des obligations de faire et de ne pas faire, qui sont à la fois des obligations de moyens et de résultats. Le mariage est donc un acte juridique créateurs de droits et ayant des effets pour les Tiers.

Comme tout contrat, il nécessite :

Un **negotium** (la substance même de l'accord); c'est à dire ici un désir d'union.

Un **instrumentum** (le support de l'accord, qui peut servir de preuve de celui-ci; l'acte dressé par l'Officier d'Etat Civil); c'est ce qui rend l'accord opposable aux tiers.

C'est un contrat **intuitu personae** (il ne saurait valoir pour d'autres personnes que les époux, même s'il entraîne des effets sur les tiers).

LES CARACTERES DU CONTRAT

Il relève d'un accord de volontés libres, autonomes, indépendantes, c'est à dire que :

La volonté ne doit pas être affectée par un trouble du discernement; et qu'il faut donc avoir la **capacité** pour contracter.

•Il faut donc être majeur (c'est à dire disposer à la fois d'une capacité de jouissance et d'une capacité d'exercice).

Par exemple, le mineur, par rapport au mariage, est dans une incapacité de jouissance et d'exercice (il n'a ni l'usage du droit, ni la possibilité d'en faire usage) tandis que l'incapable majeur est dans une incapacité d'exercice (il a l'usage du droit, mais ne peut l'exercer librement et souverainement).

L'autonomie de la volonté ne peut être affectée par un **vice du consentement**, c'est à dire que le consentement doit être *libre et éclairé*. (*Libre, c'est à dire non obtenu par Erreur, Dol (tromperie), Violence ; éclairé, c'est à dire en étant parfaitement informé des buts et effets du contrat*

Il doit avoir :

Un **Objet** Certain et Déterminé; le pourquoi on le fait (les obligations ou les effets du mariage) ;

Une **Cause** Licite; il ne doit pas être un faux nez masquant une autre intention (mariage blanc, par exemple) ; ce qui, dans notre exemple, reste très limite.

Et comme tout contrat, il obéit à des conditions de fond et de forme

LES CONDITIONS DU MARIAGE

CONDITIONS DE FOND

Il ne doit pas exister d'empêchements au mariage

EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

Bigamie (donc pas de mariage préalable non dissous – art 147 C. civil – ce qui pose le problème de l'absence et de la disparition⁸)

Abolition du délai de viduité (loi de 2004 portant réforme du divorce)

- Il était de 300 jours, à compter du décès d'un conjoint, ou en cas de divorce, à compter du jour de l'ordonnance autorisant la résidence séparée des époux

Inceste absolu ou relatif (respect de degrés de parenté) car il existe des empêchements nés de situations incestueuses :

Inceste absolu

- Art 161 C.civil : ligne directe, interdiction absolue entre ascendants et descendants légitimes, naturels, adoptifs
- Art 162 et 163 C. civil : ligne collatérale, interdiction absolue entre frères et sœurs

Inceste relatif

- Art 164 C.civil, possibilité d'une dispense pour cause grave donnée par le Président de la République
 - Ligne directe : entre alliés, gendre, belle-mère, bru, beau-père
 - Ligne collatérale : oncle et nièce, tante et neveux, entre enfants adoptifs d'une même personne (même en cas d'adoption simple), adopté et enfants naturels ou légitimes de l'adoptant, l'adopté et le conjoint de l'adoptant

Conditions d'âge :

⁸ Dont la déclaration obéit à des règles spécifiques, en particulier de délai

18 ans pour le garçon et la fille (jusqu'en 2006, c'était 15 ans pour la fille)

- Possibilité d'une dispense du Procureur de la République en cas de motifs graves (grossesse), sous réserve de l'accord des parents
- En cas d'émancipation le consentement des parents est requis

Evidemment le consentement ne doit pas être vicié Il doit être exprimé en personne (mais le mariage par procuration est possible en cas de guerre – « fiancé aux armées »)

Vices du consentement

En matière de mariage les vices du consentement sont un peu particuliers :

Le dol n'est pas retenu comme vice du consentement – « en mariage, trompe qui peut »!
(Autrement dit « les promesses n'engagent que ceux qui les écoutent » !).

En revanche on retient *l'erreur*

- Dans la personne (erreur sur l'identité, ou le sexe; transsexuel)
- Sur les qualités essentielles de la personne (elle n'est pas vierge; elle a un passé judiciaire; elle a des enfants cachés)

Et naturellement on retient *la violence*

CONDITIONS PARTICULIERES AUX INCAPABLES MAJEURS

Ces possibilités de vice du consentement (qui peuvent affecter les incapables majeurs) nécessitent donc qu'il y ait des conditions particulières les concernant, différentes selon les situations :

- Sauvegarde de justice : le consentement du majeur est valable.
- Curatelle : le consentement du curateur est requis en préalable
- Tutelle : consentement donné par le tuteur ou le conseil de famille, s'il existe; nécessité de recueillir l'avis du médecin-traitant sur l'opportunité du mariage; son certificat est transmis à l'officier d'Etat Civil

CONDITIONS DE FORME

•AVANT LE MARIAGE

- Formalités de publicité (publication des bans)
- Transmission des documents à l'Officier d'Etat Civil

•AU MOMENT DE LA CELEBRATION

- Au lieu de la commune de résidence d'un des époux depuis au moins un mois
 - Présence de deux témoins
 - Caractère public du mariage (admission du public à la cérémonie)
- Cérémonie solennelle (présence physique des époux, présence d'un Officier d'Etat-Civil, rituel : lecture d'articles du Code Civil, échange oral des consentements, rédaction immédiate d'un acte de mariage, comportant des formules et des signatures obligatoires)

III°) LES REGLES JURIDIQUE DU MARIAGE DU MOURANT ET DU MARIAGE DU MORT

A°) Le mariage du mourant

Qu'en est-il du mariage du mourant ? Qui est aussi appelé aussi Mariage In extremis. A vrai dire il s'agit essentiellement d'un allègement des conditions de formes, portant sur la publicité du mariage, et du lieu où se déroule la cérémonie :

•DISPENSE DES FORMALITES DE PUBLICITE

- Préalables (les bans)
- Au moment (dans l'intimité ; le caractère public de la cérémonie n'est pas exigé)
 - L'officier d'Etat Civil se déplace à la résidence du mourant
 - Soit à la demande du Procureur de la République
 - Soit d'office (il informe ensuite le Procureur de la République)

Juridiquement donc, ce mariage du mourant ne pose guère de problème, et n'offre pas, finalement, un grand intérêt. La difficulté est renvoyée à une appréciation d'opportunité, donc d'appréciation de la situation individuelle, donc à une appréciation subjective, d'un

représentant de l'autorité : Officier d'Etat Civil, Procureur de la République. Et plus encore à une appréciation médico-psychologique : son degré de discernement et de lucidité, afin qu'il n'y ait pas vice du consentement.

Le juriste ici se cale sur l'avis des soignants, ce qui est une position confortable pour lui, mais très inconfortable pour eux, même s'ils sont alors considérés comme les alliés de la personne vulnérable. Leur témoignage peut donc être sollicité s'il apparaissait au dépositaire de l'autorité public un vice du consentement, qui s'apprécie d'abord à travers les propos du mourant. Le mourant doit être en état d'exprimer lors de la cérémonie ce consentement, lorsque la question lui est posée par l'officier d'état-civil. Il doit donc être encore conscient, et lucide, apte à manifester une volonté libre ; qu'il le soit de manière durable, ou que la célébration du mariage s'effectue dans un moment de lucidité.

B°) Le mariage du mort

C'est un mariage qui existe depuis la première guerre mondiale, lorsque l'hécatombe des premiers jours de la guerre, après la mobilisation, au moment de ce qu'on a appelé la bataille des frontières, a interrompu des unions annoncées, qui n'avaient pu se concrétiser vu les circonstances, la mobilisation étant intervenue avant que les célébrations annoncées ne puissent se réaliser, et quand les jeunes femmes étaient enceinte de leurs futurs époux morts au front. La question s'était reposée, cependant dans des proportions moindres, à l'occasion du second conflit mondial. Les situations avaient été réglées par des lois de circonstances, c'est à dire ne valant pas que pour les situations de l'espèce, qui avaient principalement permis la légitimation des enfants nés dans ces circonstances.

Une situation analogue s'est de nouveau présentée en 1959, lors de la rupture du barrage de Malpasset, à Fréjus, accident dans lequel 420 personnes avaient trouvé la mort, parmi lesquelles un futur époux, qui devait se marier, 15 jours plus tard avec sa fiancée, enceinte. Une dispense exceptionnelle lui avait alors été accordée, procédure qui fut reprise dans une loi codifiée dans l'article 171 du Code Civil⁹, qui donc prévoit expressément de telles situations, et les moyens d'en traiter.

⁹ Modifié par une loi du 17 mai 2011 (qui a étendu la possibilité à chacun des futurs époux, ce qui était jusqu'alors réservé à la future épouse). Il va de soi que désormais cette disposition s'appliquera dans les situations de personnes du même sexe.

Dans ces situations il appartient à l'époux survivant de demander une dispense au Président de la République¹⁰. La non réponse de celui-ci dans un délai de 6 mois vaut accord. En cas de refus un réexamen de la situation peut-être demandé.

Le mariage peut être prononcé s'il y a une réunion suffisante de faits marquant sans équivoque le consentement de la personne décédée au mariage¹¹.

Il prend effet la veille de la date de décès¹² de la personne concernée par le projet de mariage.

Il ne produit aucun droit de succession *ab intestat*, c'est à dire les effets légaux, mais uniquement ce qui aurait été prévu par testament (qui bénéficierait des droits de succession entre époux, donc minorés). Mais il permet d'accéder, le moment venu, au bénéfice d'une pension de reversion, du versement d'un capital-décès, et au produit d'une assurance veuvage préalablement contractée. De même ceci peut avoir des effets fiscaux.

IV°) QUESTIONNEMENT ETHIQUE

Les deux situations du mariage du mourant et du mariage du mort, pour peu fréquentes qu'elles soient, se rencontrent tout de même, et le droit positif leur apporte des solutions précises. Cet éclairage par le droit, qui dit la règle, évitant ainsi une part non négligeable d'incertitude – même si l'on demeure face à une situation inhabituelle et complexe - devrait être une aide face à l'ambiguïté, l'incertitude, et donc la perplexité et l'angoisse qu'elles génèrent. A vrai dire cette existence de solutions juridiques pourrait même rendre inutile tout questionnement éthique, qui trouve sa nécessité en cas de vide ou d'absence de solutions, ou en cas de conflits de solutions acceptables ou pertinentes (qu'on qualifie alors de bonnes), ou lorsqu'une solution pertinente (bonne) comporte un risque non négligeable (donc un mal potentiel). Cependant l'état de malaise et de perplexité qui peut envahir certains face à ces situations, et qui n'est pas réductible à la simple incertitude de l'inhabituel, puisqu'il s'agit d'un malaise durable, pose la question du pourquoi, par conséquent de la fonction de ces

¹⁰ La Présidence de la République serait saisie d'environ 50 demandes par an.

¹¹ La loi du 17 mai 2011 a assoupli les exigences formelles de manifestation du consentement, car jusqu'à sa promulgation, il était exigé qu'aient été accomplies les formalités officielles marquant le consentement à mariage (publication des bans).

¹² Dans les situations d'absence (art. 112 à 132 C.Civ), et de disparition (art. 88 C civ) -en mer, par suite de faits d'attentats ou de catastrophes, et dans les cas particuliers d'accidents d'aéronefs [ce dernier cas bénéficiant de règles spéciales] -, il faut attendre les jugements déclaratifs les constatant, pour envisager la possibilité d'un mariage.

demandes, de leur statut symbolique, et si l'on peut dire de leur légitimité morale. C'est pourquoi on ne peut éluder le questionnement éthique à propos de ces sujets.

Un questionnement éthique ne doit cependant pas s'apparenter à un jugement moralisateur. Nous pouvons certes nous livrer à formuler des hypothèses interprétatives sur les motivations des acteurs de ces situations, mais elles ne doivent pas se transformer en jugement de valeur. C'est pourtant une tentation d'autant plus forte que le caractère inhabituel de telles situations les font paraître décalées par rapport à la norme commune, d'où cet aspect inconvenant et obscène, qui suscite malaise et perplexité, en particulier chez les soignants qui peuvent y être confrontés. Mais bien qu'inhabituelles, ces situations ne sont pas hors normes, puisqu'elles sont explicitement prévues par le Code civil. Elles n'ont donc rien d'illégal. Le légal, qui permet de savoir différencier le licite de l'illicite, donc les conventions permises, et celles qui sont interdites, devrait donc pouvoir se superposer au convenable. Mais on perçoit qu'il n'en est pas tout à fait ainsi. Sans doute parce que se superposent un événement ayant nécessairement un caractère public : le mariage, non pas tellement parce qu'il peut s'effectuer dans un environnement collectif, mais parce que c'est un événement déclaratif, reconnu comme tel par la puissance publique, l'Etat, symbolisé par un magistrat public qu'est l'officier d'Etat Civil ; et un événement privé, intime : la mort. A l'évidence la mort est aussi un événement déclaratif et public, qui relève d'un constat, validé par l'Etat Civil, donc la puissance publique, mais dans l'après coup, une fois que s'est effectué le passage de vie à trépas. C'est la raison pour laquelle le mariage du mourant peut être vécu plus difficilement que le mariage du mort, de l'ordre de l'écrit et de l'inscrit, alors que le mariage du mourant reste encore de l'ordre de l'énoncé et de l'affirmatif.

Par ailleurs ces mariages, qui produisent essentiellement des effets pour l'avenir, perceptibles d'abord sur les biens, qu'ils soient réels ou symboliques (comme la possession du nom) et moins sur les personnes, portant moins sur des sentiments partagés, paraissant donc plus de l'avoir que de l'être, ne correspondent pas terme à terme aux a priori qu'on se fait d'un mariage, qui est à la fois la célébration d'un amour, donc l'affirmation présente d'un partage, mais aussi un engagement d'avenir, plus de l'ordre de l'être que de l'ordre de l'avoir, même s'il n'en fut pas toujours ainsi¹³. On peut donc penser que ces mariages présentent principalement une apparence utilitariste, en contradiction avec l'affichage de principes éternels qu'on s'accorde à reconnaître à l'institution du mariage. Néanmoins on ne peut nier

¹³ Dans nombre de situation de l'aristocratie à l'époque classique, et de la bourgeoisie au 19^{ème} siècle.

que s'ils valent pour l'avenir en ce qui concerne les biens, ils peuvent aussi témoigner d'une histoire partagée, et d'une mémoire des sentiments. De ce point de vue s'ils ne sont pas engagés pour l'avenir, ils manifestent un engagement passé, pouvant permettre à « l'avoir été » de demeurer, de perdurer, même au delà de la disparition des protagonistes. D'ailleurs l'évolution du mariage post-mortem, du mariage du mort, montre bien qu'est prise en compte cette logique des sentiments, alors qu'avant seul l'aspect utilitariste était mis en avant. En effet on justifiait ce mariage, essentiellement, par la légitimation de l'enfant à naître, les enfants illégitimes n'ayant pas alors, jusqu'à la loi du 4 mars 2002, les mêmes droits que les enfants légitimes. C'est pourquoi certains, qui considèrent d'abord l'intérêt objectif, peuvent s'interroger sur la pertinence de la pérennité d'un tel dispositif, qui s'inscrit désormais plus dans l'ordre de l'intérêt subjectif et symbolique.

C'est un tel intérêt subjectif qui paraît aussi faire toute la valeur du mariage du mourant. Peut-on penser que ce fait symbolique de l'union facilite l'instant du passage, affronté à deux jusqu'à l'ultime moment, même si l'on entre toujours seul dans la mort ? A moins qu'il ne s'agisse d'une ultime protestation de vie, en forme de mécanisme de défense, ce que, d'un point de vue psychologique, on pourrait analyser comme une manifestation contra-phobique ou un déni de réalité ? A moins qu'on ne considère qu'il s'agisse d'une réappropriation du temps, d'une manière de le maîtriser, de lutter contre la contingence, de demeurer acteur de son destin, et finalement d'être vivant jusqu'au bout ?

On ne peut faire ici que des conjectures. Mais c'est sans doute aussi le manque d'une explication sûre et certaine qui contribue, dans ces situations, à faire naître la perplexité des soignants.

CONCLUSION

A l'évidence le caractère inhabituel de ces mariages surprend, et comme dans tout effet de surprise, il produit comme un effet de sidération¹⁴, qui désorganise l'entendement et fige la pensée, suscitant perplexité, et cette « inquiétante étrangeté » d'où surgit une anxiété diffuse, indicible, face à ce qui se présente comme un impensable. Il peut alors être nécessaire de mettre des mots, du sens, sur ce qui se passe, opérant en quelque sorte une réduction de cet inconnu impensable à des figures connues et déjà pensées. C'est là l'intérêt du droit, qui a prévu ces situations, et donne les moyens d'y répondre. C'est pourquoi il nous a paru utile d'exposer ce point de droit, inconnu de la plupart des soignants, Le légal, qui fonde grâce à des règles communes, les conditions du contrat social et de notre vivre ensemble, agit de ce point de vue, par l'assimilation de la règle¹⁵, à la manière des habitudes aristotéliennes, comme une seconde nature, qui nous fait agir vertueusement, sans qu'il y ait besoin d'une délibération, et offre un caractère rassurant et sécurisant. Et ce faisant, il pourra permettre d'éviter les jugements moralisateurs, cette « moraline » dont parle Nietzsche, qui pourrait remplacer la morale, c'est à dire faire en sorte, comme l'écrit Ricoeur [4], « *d'avoir une vie bonne, avec et pour les autres, dans des institutions justes* », ce qui est une définition de l'éthique des soignants. Alors la norme n'apparaîtra plus décalée, et le caractère obscène de la situation pourra disparaître. Cette citation de Ricoeur est extraite de l'ouvrage "*Soi-même comme un autre*" et c'est précisément en se voyant *comme un autre* que Freud élaborera à l'origine la notion d'"inquiétante étrangeté"[3] (Unheimlich, le terme de heimlich désignant quelque chose d'intime ou de caché.). En effet, chacun a pu également expérimenter ce malaise face à une silhouette inquiétante que l'on perçoit brièvement dans un reflet, pour finalement s'apercevoir qu'il s'agit de notre propre silhouette, déformée par le verre et la lumière, que nous percevons en réalité. Le mariage du mourant ou du mort incarnent vraisemblablement ce miroir porté au visage du soignant sur sa propre finitude, provoquant ainsi le malaise.

Certes il sera toujours difficile de comprendre les motivations profondes des acteurs de ce qu'on pourrait désigner comme un drame¹⁶, mais on postulera qu'elles sont respectables, dès lors qu'elles ne sont pas illicites. Aussi il faudra peut-être moins les considérer d'un point de vue éthique que d'un point de vue psychologique, avec empathie et compassion, comme

¹⁴ Et même l'unité corporelle, si l'on en croit les expressions populaires, comme « les bras m'en tombe », « j'en ai les jambes coupées ».

¹⁵ C'est le sens qu'on pourrait donner à la formule « nul n'est censé ignorer la loi ».

¹⁶ C'est à dire une manière de résolution de conflits, par opposition à la tragédie, qui expose sans trancher, ou à travers une intervention magique, divine, extra – ordinaire.

nécessaires, utiles, et somme toutes manifestations d'un processus de deuil, à analyser par conséquent comme des défenses contre la dépression [2].

Il reste qu'une sorte d'incompréhension pourra persister, qui tient à la mort elle-même sorte de quintessence de l'intime et du secret, ce que Jankélévitch a parfaitement exprimé, en écrivant « *Quand on pense à quel point la mort est familière, et combien totale est notre ignorance, et qu'il n'y a jamais eu aucune fuite, on doit avouer que le secret est bien gardé* » [4]. Cette incompréhension est due à la superposition d'un fait juridique, la mort, événement certes prévisible, attendu, mais qui gardera une part d'aléatoire dans le moment de sa survenue, un aspect d'imprévisibilité, mais aussi un caractère d'instantanéité, et le mariage, acte juridique, contrat, qui, bien qu'événementiel, lors de sa déclaration, se situera dans la durée par ses effets, avec toujours la possibilité d'une évolution, soit par modification, soit par dénonciation y mettant un terme, la mort ayant un aspect irréversible, tandis que le mariage, non par ses effets produits, mais par ses effets à venir, pouvant toujours être réversible, réversibilité qu'en l'espèce il ne pourra plus avoir ; à moins d'imaginer une sorte d'hypothèse catastrophe d'un divorce post mortem, à la requête du survivant, et anticipé, par le « de cujus »¹⁷, par l'expression de « dernières volontés » ayant valeur testimoniale, hypothèse tellement outrancière que chacun perçoit bien qu'elle ne peut qu'être une boutade en forme rhétorique de litote.

BIBLIOGRAPHIE

- [1] CARBONNIER J., *Droit civil*, vol.1, Paris, PUF, 2004
- [2] FREUD S., *Deuil et Mélancolie*, *Métopsychoanalyse*, Paris, Gallimard, 1962
- [3] FREUD S., *L'inquiétante étrangeté et autres essais*, Paris, Gallimard, Folio, 1988
- [4] JANKELEVITCH V., *La mort*, Paris, Flammarion, Champs, 2008
- [5] MAURIAC F., *Le baiser au lépreux*, Paris, Grasset, 1922
- [6] RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990

¹⁷ De l'expression latine « is de cujus successione agitur » -celui dont on s'occupe de la succession » ; désigne dans le langage notarial le défunt.