La même évolution s'est produite en droit français ; l'ancien droit faisant la part belle au lignage, qu'on retrouvait surtout en droit des successions où l'on permettait aux enfants d'hériter et non au conjoint. Le Code civil en 1804 a repris cette conception du droit de la famille, mais la tendance s'est renversée de façon marquée au 19ème siècle. Le lignage a aujourd'hui beaucoup moins d'importance - les frères et sœurs n'ont par exemple aucune obligation d'aide matérielle au sein de la fratrie-, cela est la traduction du fait que la famille est aussi fondée sur d'autres liens que le lien de parenté. Cela se traduit aussi par le fait qu'on ait renforcé en matière de succession le droit des conjoints. On a pu aussi assister au relâchement du lien familial au profit d'une certaine liberté individuelle dans la mesure où le Pater Familias n'existe plus depuis longtemps. La notion de chef de famille a ainsi disparu en 1970. On est arrivé à une égalité entre les divers membres de la famille : entre enfants, entre enfants adultérins aussi, entre hommes et femmes et donc égalité au sein du couple (dans le mariage, en concubinage, etc.), et égalité entre les parents et leurs enfants en ce qui concerne les droits. Toute idée de hiérarchie disparaît donc dans le cadre familial. Les enfants restent bien entendu sous l'autorité des parents jusqu'à leur majorité, notamment du fait d'un devoir de protection. Cette liberté individuelle va servir pour permettre aux membres de la famille de passer des accords, des conventions entre eux, on parle ainsi d'une certaine contractualisation de la famille. On peut par exemple citer le fait que l'on permette aux couples de se mettre d'accord en ce qui concerne la garde de l'enfant dans le cas d'un divorce.

La place du droit de la famille dans notre société : On a pu souvent parler de la crise de la famille. Pourtant, dans le même temps, le législateur contemporain s'est beaucoup impliqué dans la question familiale. Ainsi, une loi de juillet 1994 dispose en son article premier que « la famille est une des valeurs essentielles sur laquelle est fondée notre société. » La famille intéresse donc la société. C'est pour cela qu'elle intéresse le droit. Hegel a dit que « si la société est le règne du droit, la famille est le règne de l'amour. » Cela renferme deux idées : les rapports dans la famille ne doivent pas être réglés par des règles juridiques, mais plutôt par des règles autres (morales, religieuses, coutumières etc.) ; et finalement le droit de la famille ne doit imposer de modèles car ce qui cimente la famille sont les rapports humains, les modèles de famille naissent dans les faits et le droit doit venir s'adapter. L'idée d'exclusion du droit des rapports dans la famille n'est pas envisageable. Quand les rapports humains sont paisibles le droit est en réalité presque inutile, mais dès lors que ces rapports sont conflictuels le droit intervenir : partage des biens, garde des enfants etc. Les règles du droit de la famille vont établir les liens entre les personnes, dire qui est membre de la famille etc. La question est aussi de savoir si le droit guide l'évolution des mœurs ou est tenté de s'y adapter. Dans certains cas le droit fixe des modèles, mais cela n'empêche pas que le droit doive parfois s'adapter à l'évolution des mœurs. Les deux idées ne sont donc pas incompatibles.

Le droit de la famille est nécessaire et son objet est de réglementer les relations de famille, d'une part en réglementant les relations d'ordre extrapatrimonial (relations personnelles dans la famille : obligation de fidélité entre les époux, de communauté de vie etc.), et les relations d'ordre patrimonial, c'est-à-dire pécuniaires (pécuniaire : masculin et féminin, adjectif neutre !), comme les questions successorales.
On s'intéresse ici au droit civil de la famille. Il existe du droit public de la famille : prestations familiales, droit social de la famille etc., qui ne sera pas traité ce semestre.

Les sources du droit de la famille : La source principale est le code civil de 1804, qui a subi, en droit de la famille, d'importantes réformes législatives qui, à leur tour, ont donné lieu à énormément de jurisprudence et d'interprétation doctrinale. Un texte ne peut être appréhendé tel quel, il faut toujours chercher à savoir s'il a été interprété. On a pu voir deux séries de grandes réformes du droit de la famille : deuxième moitié du 20ème siècle, puis années 2000. Il faut de plus compter désormais avec les sources internationales : traités internationaux, conventions internationales. Elles prennent une importance considérable : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) - il ne s'agit pas d'un cadre communautaire, elle a été rédigée dans le cadre du Conseil de l'Europe, organisme international indépendant des institutions communautaires-, de 1950. Elle n'a été ratifiée par la France qu'en 1974. Aujourd'hui le Conseil de l'Europe compte quarante-sept membres, étant tous parties de cette CEDH. Cette convention est accompagnée d'une juridiction, la Cour européenne des droits de l'Homme. Notons ici que CEDH est l'abréviation pour les deux derniers termes cités. Cette juridiction supranationale a pour objet d'appliquer les dispositions issues de la CEDH. La CEDH est d'applicabilité directe dans les juridictions nationales, ses dispositions sont donc invocables par tout justiciable d'un pays signataire devant ses juridictions nationales. Si le justiciable n'obtient pas satisfaction devant sa juridiction nationale, lorsque la procédure n'offre plus de solution, il est possible de saisir la CEDH afin de faire condamner le pays pour non-respect des dispositions contenues par le texte de la CEDH.

Lorsque le maire de Bègles a célébré un mariage homosexuel, il a été invalidé par l'ensemble des juridictions françaises. Les deux époux ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'Homme pour que la France soit condamnée, ce à quoi elle a répondu que le droit français n'était pas contraire à la CEDH.

Autre texte international important : la Convention internationale des droits de l'Enfant (CIDE) ou convention de New York, qui est une convention onusienne. Elle n'est pas accompagnée d'une juridiction spécifiquement créée pour assurer l'application de ses dispositions. Jusqu'en 2005 la Cour de Cassation a refusé l'applicabilité directe de la Convention de New York. Cela était déstabilisant dans la mesure où le Conseil d'État en avait reconnu

l'applicabilité directe. En 2005 la Cour de Cassation par deux arrêts est venue dire que les justiciables pouvaient invoquer certaines dispositions de la CIDE devant les juridictions nationales.

Le droit a donc subi deux vagues de réformes. Depuis 1964 le droit de la famille a fait l'objet d'un certain nombre de réformes successives : 1965 sur les régimes matrimoniaux, 1970 sur l'autorité parentale (ce n'est qu'en 1970 que disparaît définitivement l'institution de chef de famille : Loi du 4 juin 1970 - Suppression de la notion de chef de famille au profit de l'autorité parentale conjointe), 1975 sur le divorce, avec l'autorisation du divorce par consentement mutuel, ainsi que la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse.
Une deuxième vague de réforme a eu lieu durant les années 2000.
Mariage : Deux réformes récentes. Loi du 4 avril 2006 relative aux violences au sein du couple et une loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, loi s'accompagnant d'un décret d'application de mai 2007. La seconde lutte contre les formes de mariages fictifs ou simulés, ainsi que les mariages forcés.
Divorce : Loi du 30 juin 2000 pour réformer la prestation compensatoire en matière de divorce, destinée à compenser la disparité de niveau de vie entre les époux après le divorce (il ne s'agit pas d'une pension.)
« Capital destiné à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux divorcés et dont le paiement a lieu soit sous la forme du versement d'une somme d'argent, soit par l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. » Loi du 26 mai 2004 venue réformer le divorce : apparition du divorce unilatéral, dont l'établissement a été facilité. Cette loi a refusé l'idée de divorcer par consentement mutuel sans juge.

Filiation : Loi de 1970 qui a réformé en profondeur le droit de la filiation. Dès 1972 on avait déjà voulu réduire les inégalités entre enfants nés dans et hors mariage. Ordonnance du 4 juillet 2005 qui a réformé tout le droit de la filiation en profondeur : suppression des différences entre types de filiation, modification du droit de la preuve de la filiation etc. On peut enfin citer un décret d'application du 1er juin 2006.

Adoption : Réformée une première fois en 1966. Réforme par une loi du 4 mars 2002.

Autorité parentale : Réformée par la loi du 4 juin 1970, qui a supprimé l'institution du chef de famille pour la remplacer par l'institution de l'autorité parentale. Loi du 22 juillet 1983, du 8 janvier 1993 pour instaurer plus d'égalité entre les parents mariés et les parents non mariés (qui à l'origine voyaient leur statut régi de façon différente. Ainsi, le père non marié n'avait pas l'autorité parentale en cas de séparation). Loi du 4 mars 2002 qui a consacré l'égalité entre parents mariés et non mariés.

PACS : Consacré par la loi du 15 novembre 1999. L'idée est que le PACS est une figure parallèle au mariage afin de reconnaître l'existence juridique d'un couple hors mariage, y compris dans le cadre d'une relation homosexuelle. Les débats ont été assez compliqués avec des errements quant à la création d'un tel partenariat entre personnes qui n'ont pas l'apparence d'un couple classique. Réforme par une loi du 23 juin 2006 sur la réforme des successions et qui est venue modifier le PACS en améliorant le statut patrimonial des pacsés. Les questions patrimoniales en cas de rupture n'étaient pas totalement résolues par la loi de novembre 1999.

Droit patrimonial de la famille : Le droit des successions a été réformé par la loi du 23 juin 2006. A été modifiée, une question de droit des régimes matrimoniaux (relations pécuniaires entres les époux pendant la durée du mariage.)

Ces réformes avaient et ont pour but de répondre à des aspirations essentielles de notre société actuelle : on ne pouvait continuer à ignorer les situations de concubinage, d'inégalités entre enfants etc.
Les trois grands pôles de ces réformes sont l'égalité (homme/femme, entre enfants, homosexuels/hétérosexuels etc.), la liberté - car on a permis aux époux de divorcer par consentement mutuel, on peut donc décider des conséquences patrimoniales et personnelles du divorce : enfants, résidence, garde alternée etc. On parle de pacte de famille, de convention familiale-, et la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant : consacré par le droit interne depuis de nombreuses années (« le juge décidera en fonction de l'intérêt de l'enfant » etc.), mais aussi au niveau international avec l'article 3-1 de la CIDE qui pose le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.
Ces réformes ont aussi cherché à tenir compte de la pluralité des conceptions familiales.

Le droit de la famille utilise des notions-cadres : le droit vise parfois des concepts sans les définir car leur contenu est variable, c'est au juge de l'adapter en fonction des circonstances, comme par exemple en vertu de l'intérêt de l'enfant. On peut ainsi prendre l'exemple d'une mère dont l'enfant est né sous X, mais dont le père avait reconnu l'existence avant la naissance (reconnaissance de l'enfant à naître.) Or la naissance sous X a pour effet de faire disparaître l'identité de la mère, identité nécessaire pour reconnaître un enfant. Le temps que le père puisse identifier et retrouver l'enfant une procédure d'adoption avait été lancée. Conflit entre famille adoptive et le père. La Cour de Cassation s'est impliquée dans l'affaire. On a fait produire l'effet à la reconnaissance du père. Le père a néanmoins accepté que l'enfant soit adopté par la famille adoptive, tout en conservant un droit de visite (mais seulement car le père a accepté.) Comment déterminer l'intérêt de l'enfant dans un tel cas ? Ces questions sont difficiles à résoudre.

L'application du droit de la famille : Les juridictions de droit commun sont en réalité plutôt inadaptées en ce qui concerne le droit de la famille. Une réforme du 8 janvier 1993 a institué le juge aux affaires familiales (JAF), membre spécialisé du TGI (intervient en première instance), qui regroupe entre ses mains plusieurs compétences autrefois éparpillées entre plusieurs juges.

Première partie : Le couple.

Titre premier : Le couple marié.

Portalis en 1804 définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. »
Idée du mariage in extremis: on admet le mariage de vieillards, de mourants, dans lequel le but de procréation est évidemment absent. Il est difficile en définitive de définir le mariage. C'est à la fois une situation juridique qui va avoir des effets juridiques, c'est un statut juridique, avec des conséquences fiscales et juridiques, mais c'est aussi une dimension affective, morale qui caractérise le droit de la famille.
Il est habituel de le définir comme un « acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets, et la dissolution. »

Le mariage présente donc trois caractères : un caractère personnel (1), en ce sens qu'il s'agit d'une union personnelle entre deux personnes et non d'une union familiale (les familles n'interviennent pas, en principe, dans la décision du mariage), il revêt aussi un caractère d'interdiction du principe de la représentation : permettre à quelqu'un de nous représenter dans la conclusion d'une convention (on ne peut pas se marier pour quelqu'un d'autre), et c'est un mariage civil, se distinguant du caractère religieux. C'est un acte civil (2) et laïc dans la mesure où la loi ne considère pas valide un mariage simplement religieux. De plus, un ministre du culte quelconque ne peut célébrer un mariage s'il ne reçoit pas confirmation d'un mariage civil préalable (article 433-31 C. pénal.) Le mariage religieux n'est donc pas imposé. Se pose la question dans certains cas de divorce : absence de mariage religieux peut éventuellement être invoquée comme moyen lors d'une demande de divorce pour faute. Le mariage revêt enfin un caractère solennel (3.) Il doit nécessairement être célébré par un officier public en revêtant quelques solennités : notamment intervention de l'officier d'état civil.
Un acte consensuel est l'acte qui va produire des effets par le simple échange des consentements, indépendamment de toutes solennités, on parle donc du mariage comme d'un acte solennel, acte produisant des effets que dans le cas où les parties rempliraient certaines solennités particulières énoncées par la loi.

Se pose alors la question de savoir si le mariage est un simple contrat ou s'il s'agit d'une institution. Dans la tradition du droit canonique c'est un contrat, né de l'échange des consentements. La notion de volonté était juridiquement au cœur de la question du mariage. L'article 146 du code civil semble aller dans cette direction, en mettant l'accent sur le consentement des époux :
« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »
À partir du moment où les époux ont décidé de se marier, ils ne peuvent aller librement, c'est la loi qui va diriger leur action. Tandis que dans le cas d'un contrat classique les termes du contrat sont relativement libres. On ne peut donc considérer le mariage comme un simple contrat civil. Il a un aspect contractuel, mais aussi institutionnel car la loi impose tout un régime à l'encontre duquel la volonté des époux ne peut aller.

On pourrait donc dire que le mariage est un acte de volonté par lequel les parties adhèrent à une institution dont le statut a été préétabli par l'autorité publique.

Chapitre premier : L'avant mariage.

On va donc étudier la valeur juridique des fiançailles. Dès lors qu'il y a rupture des fiançailles se poseront certaines questions de droit.

Section une : la liberté du mariage :

On parle aussi de liberté matrimoniale, il s'agit d'une liberté publique, garantie par l'État. On parle de liberté publique car l'État va garantir à chacun cette liberté de se marier. On ne parle pas de droit au mariage, car cela reviendrait à dire qu'on peut exiger de l'État qu'il nous permette le mariage. Cette liberté est consacrée en droit positif, mais aussi au niveau international. La Déclaration Universelle des droits de l'Homme en son article 16-1 dispose qu' « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. » De la même manière, l'article 12 de

la CEDH dispose là encore qu'il est possible de se marier, selon les lois nationales concernant le droit de la famille. La liberté de se marier sous-entend donc aussi la liberté de ne pas se marier.

§1 – La liberté de se marier.

Cela signifie deux choses. C'est une liberté de principe puisqu'en dehors de rares exceptions chacun est libre de se marier ou de se remarier. Aucune autorité administrative ou judiciaire ne peut priver une personne de se marier, seule la loi peut venir entraver cette liberté. Il n'existe pas, de la même manière, une peine en droit pénal qui viendrait empêcher le condamné de se marier. C'est une liberté d'ordre public, ce qui signifie qu'il s'agit d'une liberté placée au-dessus des volontés individuelles. C'est donc… une liberté impérative. On ne peut donc pas, par principe, renoncer à cette liberté de mariage. Il existe ce qu'on appelle les clauses de célibat qui pourraient être insérées dans un contrat ou dans un testament, qui en principe sont nulles.
On peut trouver dans des testaments des clauses de célibat, ce qui veut dire que l'auteur du testament subordonne le legs à la condition que le bénéficiaire ne se marie pas.
La jurisprudence fait une distinction selon que la clause affecte une libéralité (acte à titre gratuit : prestation offerte sans contrepartie, idée de donation) ou au contraire un contrat « à titre onéreux » (contrat synallagmatique, ou les parties sont toutes obligées), comme le contrat de travail.
L'idée de la jurisprudence est que lorsque la clause de célibat affecte une donation, cela renverse le principe de la liberté patrimoniale, et elle considère que ces clauses sont tolérées, sauf exceptions. Ces clauses peuvent devenir illicites si ses justifications sont mauvaises : race, jalousie etc.
En termes de contrats, la clause est toujours en principe illicite. En 1963 il avait été décidé que les clauses de célibat dans un contrat d'hôtesses de l'air étaient illicites.
Autre illustration : Clause de célibat (clause de viduité) validée dans un contrat de travail. Cour de Cassation du 19 mai 1978. Une femme travaillait dans un établissement scolaire religieux, licenciée car divorcée puis remariée. La Cour a considéré que des circonstances exceptionnelles pouvaient justifier la validité d'une clause de célibat, ici le caractère confessionnel de l'établissement semblait pouvoir justifier cette validité. « Il faut que l'on soit dans des hypothèses où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement. »

§2 – La liberté de ne pas se marier.

Cette liberté est contenue dans le fait que le mariage forcé est prohibé. Tant qu'on n'est pas marié on peut choisir de ne pas se marier : les fiançailles n'ont donc potentiellement aucune force obligatoire quant au fait de se marier. La rupture des fiançailles ne peut donc pas en elle-même être condamnée.
Cependant, la jurisprudence autorise des restrictions indirectes au fait de ne pas se marier. Il peut exister des clauses contractuelles qui vont restreindre cette liberté de ne pas se marier, qui subordonnent l'attribution d'un avantage à la condition que le bénéficiaire se marie. On est donc dans la position inverse de la clause de célibat. A priori la jurisprudence ne considère pas ces clauses nulles, sauf dans certaines circonstances, notamment quand elles sont motivées par un motif répréhensible : racial etc.

Il existe aussi ce qu'on appelle les conventions de courtage matrimonial. Cette convention de courtage matrimonial permet, moyennant finances, à un courtier de s'entremettre afin de favoriser une rencontre entre deux personnes en vue d'un mariage. On s'interroge afin de savoir si par le biais de ces conventions il n'y aurait pas une atteinte à la liberté de ne pas se marier. La jurisprudence a eu le réflexe jusqu'en 1944 de considérer que ces conventions avaient une cause illicite pour cette raison. Dans un arrêt de 1944 la Cour de Cassation a opéré un revirement de jurisprudence et a considéré que le courtage n'est pas nul en soi, puisqu'en réalité son objet n'est pas le mariage mais la rencontre, qui, le cas échéant, peut déboucher sur le mariage. Si en revanche cette convention devait donner lieu à des pressions ou à un dol afin de forcer le mariage, ce courtage serait considéré illicite, dans la mesure où cela porterait nettement atteinte à la liberté de ne pas se marier. De même, si le mode de rémunération peut exercer une pression sur les personnes, que cela pourrait être utilisé afin de démontrer le caractère illicite de la convention.
Une loi de 1989 est venue réglementer le courtage, une loi relevant du droit de la consommation et non de mariage : droit de rétractation, clauses illicites etc. Les personnes qui adhèrent à cette convention bénéficient donc du régime de protection des consommateurs.

Section deux : Les effets des fiançailles.

« Les fiançailles sont faites pour être rompues. »
En 1838, la Cour de Cassation a décidé que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage. » Il n'y a pas d'engagement juridique qui découlerait des fiançailles.
Les fiançailles sont donc un simple fait juridique (rappelons ici qu'un fait juridique se prouve par tout moyen), l'idée étant que cette situation va produire certains effets juridiques, sans pour autant qu'au départ il y ait

nécessairement un accord de volonté (quoi qu'en ce qui concerne les fiançailles il y ait un accord, mais pas de contrat en définitive.) Le régime de ce fait juridique va donc entraîner un certain nombre de conséquences. La preuve est libre, et pourra être apportée par tout moyen.

§1 – Rupture et responsabilité.

A priori, le fait même de la rupture ne devrait pas entraîner de conséquences juridiques. La rupture n'est donc en elle-même pas une faute, puisqu'elle constitue l'exercice de la liberté matrimoniale déclinée en liberté de ne pas se marier.
Cependant, ce principe connaît une limite qui est l'abus du droit de rompre. Cela signifie que quand cet abus est caractérisé, la responsabilité civile de l'auteur de la rupture pourra être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil posant le principe de la responsabilité civile délictuelle.
« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Il va donc falloir la réunion de plusieurs éléments : faute, préjudice et lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.

Ce qui peut conduire à une telle constatation :
D'après la jurisprudence cette faute réside dans la manière de rompre et dans les motifs de la rupture.
- Manière de rompre : Il y aura faute si la rupture est jugée incorrecte, injurieuse, ou si elle est tardive. S'agissant de la tardiveté, on se rend compte que plus la rupture est proche de la date prévue du mariage, plus les tribunaux ont tendance à reconnaître la faute.
- Motifs de la rupture : Ils peuvent être constitutifs d'une faute lorsqu'on considère qu'ils sont illégitimes. C'est-à-dire que quand la rupture est inspirée par des considérations de fortune, de milieu social, de race, alors on pourra considérer que la rupture est fautive. De la même manière, rompre les fiançailles en prétextant une réprobation familiale générale, pourra être considéré comme constitutif d'une faute. Enfin, rompre des fiançailles à l'annonce de la grossesse ne pourra pas être considéré comme un motif légitime de rupture.

On peut donc voir que cette jurisprudence pose un problème de preuve évident. Il faut ainsi être apte à distinguer entre la rupture pour manque d'amour, et la rupture illégitime qui pourrait éventuellement être considérée comme fautive. De plus, est-ce que finalement cette jurisprudence ne constitue pas elle-même une atteinte trop importante à la liberté matrimoniale… ?
En droit commun, lorsqu'on demande l'exécution d'une action, on doit prouver ce qui fonde cette allégation (cf. Article 1315 C.civ.)

Certains arrêts ont inversé la charge de la preuve, en demandant à l'auteur supposé de la faute de prouver que la rupture n'est pas fautive. En renversant cette charge de la preuve, c'est comme si l'on renversait le principe, et que l'on disait que la rupture est fautive…
Dans un arrêt du 4 janvier 1995, on a pu constater une tendance au recul en la matière, dans la mesure où la Cour de Cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait déduit cette responsabilité de la seule absence de dialogue préalable. La Cour de Cassation a considéré qu'il appartient bien au demandeur qui allègue une prétention d'en prouver le fondement.
De surcroît : période de libéralisation du divorce, retenir comme fautif quelque motif que ce soit dans la justification d'une rupture semblerait assez incohérent.

Notons qu'il faut encore pouvoir établir un préjudice :
- Moral. Blessure morale, désarroi.
- Matériel. Être indemnisé pour les pertes occasionnées par l'annulation du mariage (action de in rem verso peut être engagée en matière de quasi contrat : enrichissement sans cause.)
Ce préjudice sera accru en cas de grossesse, si la fiancée délaissée est enceinte ou si elle vient d'avoir un enfant (mère célibataire.) La nature du préjudice influe sur le montant de la réparation. Ici, plus le préjudice est important, plus cela pourra aussi influer sur la caractérisation de la faute (inversion des principes régissant la responsabilité civile en quelque sorte.)
Pour autant, l'existence de cette seule circonstance ne suffit pas pour justifier pleinement la condamnation en paiement de dommages et intérêts.

è Arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1993 : Rejet d'un pourvoi contre un arrêt qui avait refusé la demande de dommages et intérêts d'une femme qui avait eu une liaison avec un homme marié et qui avait été terminée de la part de cet homme, peu avant la naissance d'un enfant issu de cette union. Cela n'avait donc pas justifié la demande de dommages et intérêts, les juges ayant retenus les motifs selon lesquels l'homme marié n'avait jamais caché sa volonté de rester avec sa femme.

§2 – La restitution éventuelle des cadeaux.

Il arrive que des ex fiancés souhaitent remettre en cause les cadeaux qu'ils ont pu s'offrir durant la période de fiançailles, la question de leur restitution peut donc se poser juridiquement. Elle s'est surtout posée lorsque le cadeau offert est un bijou de famille. On distingue alors plusieurs catégories.

- Présents d'usage : Ce sont des présents d'une valeur pécuniaire insignifiante au regard du train de vie et des habitudes du donateur. Ces présents sont considérés comme définitivement acquis à la personne à qui on les a offerts, et ne peuvent donc pas être restitués après la rupture, quels qu'en soient les motifs.
- Les donations faites en faveur du mariage. Elles sont considérées comme étant restituées dans le cas où le mariage ne s'en suivrait pas. Il faut bien sur considérer que ces présents aient une valeur supérieure à celle des simples présents d'usage.

Article 1088 C. civil : « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas. »

Parfois, d'après certaines interprétations jurisprudentielles, ces cadeaux peuvent être conservés, à l'inverse de ce que dit l'article 1088, comme une sorte de compensation lorsque la rupture provient d'une faute du donateur.

- La bague de fiançailles. Elle obéit à un sort particulier. Traditionnellement on a considéré qu'elle devait être régie par l'article 1088, on a donc imposé sa restitution lorsque le mariage ne s'en suivait pas. La jurisprudence récente a néanmoins souvent assimilé cette bague à un présent d'usage, dont le principe est donc la non-restitution.
- Les bijoux de famille. Qu'il se fut agit d'une bague ou de tout autre bijou, ils doivent être restitués quelles que soient les circonstances de la rupture, quand bien même serait-elle fautive.

Chapitre deux : La formation du mariage.

En droit civil, l'évolution qui peut être constatée est marquée par le désir de favoriser le mariage, c'est-à-dire en en assouplissant les exigences légales. Les conditions de formation du mariage ne sont pas excessivement contraignantes.

Section une : Les conditions de fond du mariage.

Toutes ces conditions ne seront pas sanctionnées de la même manière, dans certains cas il y aura nullité relative du mariage, dans d'autres une nullité absolue.

§1 – Les conditions d'ordre physiologique : aptitude physique des futurs époux à se marier.

L'un des buts concrets du mariage est la procréation. Cependant, on admet le mariage in extremis, ce qui démontre que ce but n'est pas le seul. Un certain nombre de conditions relatives à l'aptitude physique doivent être envisagées : sexe, âge, santé des époux.

A – Le sexe des époux.

En 1804 le Code civil ne prévoyait pas explicitement la condition de différence de sexes car cela allait de soi. Cette condition se déduit très clairement de l'article 144 du code civil qui réglemente l'âge des époux en faisant référence à l'homme et à la femme.

Article 144 : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. »

1 – Le mariage homosexuel.

Ce mariage n'est pas admis en France. Cependant, une tendance se dessine aujourd'hui à la libéralisation du mariage homosexuel : Pays-Bas (par deux lois du 21 décembre 2000, entrées en vigueur le 1er avril 2001), la Belgique (2003) et l'Espagne (2005.) Il ne faut bien entendu pas confondre ces législations avec celles permettant le partenariat entre deux personnes du même sexe (PACS depuis le 15 novembre 1999 en France, partenariat enregistré en Grande-Bretagne etc.)

Puisqu'en 1804 il n'a pas été jugé utile d'insérer une règle spécifiant le sexe des mariés. En 2003, le maire de Bègles a souhaité célébrer un tel mariage, annulé par le TGI de Bègles, la Cour d'appel de Bordeaux et enfin, la Cour de Cassation qui a rejeté ce pourvoi le 13 mars 2007. Il faut donc attendre soit une modification de la législation, soit une condamnation de la France par la cour européenne des droits de l'homme. Cependant, la CEDH a déjà été évoqué par ces époux homosexuels, mais devant les juridictions nationales cela n'a pas été reçu. Les voies de recours internes n'ont pas répondu favorablement à leur demande, l'affaire est maintenant portée devant la CEDH.

2 – Le mariage des transsexuels.

Sur le plan des principes ce problème est important. Le transsexualisme est un symptôme médicalement reconnu. La notion de sexe est complexe. Sur le plan scientifique il est le produit d'éléments anatomiques, génétiques et psychologiques. Il arrive que ces éléments ne coïncident pas ou plus, et que l'élément psychologique du sexe ne corresponde pas avec les éléments anatomiques et génétiques. C'est ici le problème du transsexualisme.
Le transsexualisme peut être défini comme « le sentiment irrésistible est inéluctable d'appartenir à un sexe opposé à celui qui est génétiquement, anatomiquement, et juridiquement le sien avec le besoin prépondérant ou obsédant de changer d'anatomie et d'état » (civil.)
Sur le terrain juridique : les revendications des transsexuels se sont orientées vers une demande de changement d'état civil : changement de nom et de sexe.
La position de la jurisprudence française : Pendant dix-sept ans la Cour de Cassation a répondu par la négative à ces questions.

Quatre arrêts du 21 mai 1990 : affirmation du fait que le transsexualisme ne peut être considéré juridiquement comme un véritable changement de sexe, même lorsqu'il est médicalement reconnu. Malgré cette formulation, avait été autorisé le changement de prénom, mais pas le changement de sexe.
Textes invoqués :
CEDH : article 8 invoqué (garantit le droit à la vie privée), article 12 (vise le droit de se marier, et à une vie familiale normale.)
La cour européenne des droits de l'Homme avait d'abord été saisie par des ressortissants britanniques, et avait rendu un arrêt du 17 octobre 1986 relative à l'affaire Mark Rees, et avait refusé de condamner le droit positif du Royaume-Uni, avait donc considéré que le refus d'admettre le changement d'état civil d'un transsexuel n'était pas contraire à l'article 8 parce que les autorités britanniques refusaient le changement, mais admettaient la délivrance de documents officiels avec l'indication du sexe de leur choix. Dans la vie de tous les jours, l'atteinte à la vie privée était donc considérée comme non-réalisée. Dans le même arrêt elle a considéré que l'article 12 ne concernait que le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent.

Dans un arrêt du 25 mars 1992, la CEDH a condamné la France après les arrêts de la Cour de Cassation du 21 mai 1990, en estimant que cette jurisprudence violait l'article 8. Pourquoi cette évolution entre 1986 et 1992 ? Cela s'est fait car en France la fréquence de révélation du sexe par les documents officiels était très importante (carte de sécurité sociale etc.), ce qui, comme le changement du sexe sur les documents officiels autres qu'état civil n'était pas permis, constituait à l'égard des transsexuels une violation de l'article 8.
Cela a donc entraîné une modification de la jurisprudence française. La Cour de Cassation a donc modifié sa position, par un arrêt du 11 décembre 1992. En se fondant sur l'article 9 du code civil et sur l'article 8 de la CEDH, elle est venue admettre clairement le changement d'état civil des transsexuels, de manière à ce qu'il indique le sexe dont on a l'apparence. Il faut bien évidemment être en présence d'un transsexualisme médicalement constaté.

Enfin, dans l'arrêt Christine Goodwin du 11 juillet 2002 de la CEDH à l'encontre du Royaume-Uni, et a changé sa position de principe et impose désormais aux États parties à la CEDH de reconnaître juridiquement l'identité sexuelle des personnes, et plus particulièrement des transsexuels. A partir du moment où l'on accepte le changement de sexe à l'état civil, il va falloir envisager les questions de mariage et de filiation.
On se pose d'autant plus la question que quand la CEDH a tranché la question du changement d'état civil en 1992 et en 2002, elle n'a pas étudié les problèmes de mariage et de la filiation.

S'agissant du mariage, on va étudier la question du mariage, et celle du mariage préexistant. En ce qui concerne le « nouveau mariage », conclu après changement d'état civil, rien ne s'oppose à ce qu'une personne qui a obtenu ce changement de la mention du sexe sur l'acte d'état civil se marie avec une personne dont l'apparence et le sexe juridique seraient différents, mais dont le sexe anatomique serait éventuellement identique. En revanche, il faut imaginer que cela peut poser des problèmes relatifs au consentement : celui qui aurait épousé un transsexuel sans être au courant de son état. Cela pourrait être considéré comme une erreur : un vice de consentement.

S'agissant d'un mariage préexistant la question est différente. Les personnes mariées étaient de sexe différent, mais après changement de sexe on se retrouve avec un mariage homosexuel. Il n'y alors pas de nullité automatique du mariage dans la mesure où au moment où le mariage a été formé il n'y avait aucun défaut dans les conditions de sa formation. Un divorce sera en définitive tout à fait envisageable, notamment aujourd'hui avec la libéralisation du mariage.

Aujourd'hui, on ne peut donc vraisemblablement plus invoquer comme empêchement au mariage l'incapacité de procréation. En revanche, ces mêmes questions pourront être portées sur le terrain du consentement, s'il y a eu dissimulation en vue de produire le mariage.

B – L'âge des époux.

Durant très longtemps cet âge était différent selon que la personne était un homme ou une femme : 15 ans pour les femmes, 18 ans pour les hommes.
Cet âge a été ramené à 18 ans par une loi du 4 avril 2006. Dorénavant, l'article 144 dispose que « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. » Cela avait notamment pour but d'éviter les mariages forcés.
Cette condition d'âge n'est pas liée à la majorité civile, mais à l'aptitude physiologique à se marier. Avant 2006, 15 ans pour les filles, avec consentement des parents avant la majorité.
Il faut savoir qu'un système de dispense est prévu à l'article 145, le mariage pouvant être autorisé avant 18 ans pour « motifs graves », le procureur de la République pouvant autoriser cette dispense d'âge. Il existe aujourd'hui près de 400 dispenses d'âge en France par an, notamment en cas de grossesse.

C – La santé des époux.

Faut-il être en bonne santé pour se marier ?
Le droit français répond par la négative. Une réponse affirmative aurait pu être synonyme de dérives et d'atteintes portées à la vie privée. Aucune affection physique, aucune maladie, aussi grave soit elle, ne peut s'opposer au mariage de celui qui en souffre, à condition que cette personne puisse exprimer son consentement clairement et que le consentement de son conjoint ait été donné en connaissance de cause.

Il faut néanmoins savoir qu'une position préventive est adoptée. On tente d'appeler l'attention des époux sur les conditions de santé souhaitables avant de se marier. On exige ainsi un certificat médical avant le mariage : le certificat prénuptial (datant de moins de deux mois avant le mariage). Le contenu est bien entendu protégé par le secret médical, l'époux n'étant lié que par une pression morale quant à la divulgation des informations le concernant à son futur époux.
Ce certificat prénuptial est nécessaire car l'officier d'état civil doit être en sa possession avant de procéder aux solennités nécessaires (publication des bans etc.), avant de procéder au mariage.
On admet en droit positif le droit des mourants, mariage in extremis. Peut importe en définitive la santé et l'aptitude à procréation des futurs époux. On admet aussi le mariage posthume.

- Mariage in extremis. La seule condition est que le mourant soit en état de donner son consentement. Ce consentement doit être lucide et les formalités du mariage peuvent être adaptées puisque l'officier d'état civil peut se déplacer au domicile des mourants.
- Mariage posthume. Cette figure a été admise par une loi du 31 décembre 1959, et qui concerne le cas où l'un des époux avait déjà effectué les formalités nécessaires antérieures au mariage, mais décède avant la célébration du mariage. L'accomplissement de ces formalités marquait sans équivoque la volonté du défunt de se marier.

Cela est visé à l'article 171 du Code civil, et c'est au Président de la République de décider d'autoriser ce mariage, pour motifs graves là encore. Le Président va apprécier discrétionnairement la situation, aucun recours n'est donc envisageable après sa décision. Pour éviter que cela se transforme en une chasse aux successions, ce mariage n'entraîne aucun effet patrimonial : aucun droit dans la succession du défunt dans un mariage posthume.
En 1959 un intérêt juridique justifiait cela dans la mesure où cela permettait aux enfants légitimes d'exercer leurs droits relatifs à la succession. Aujourd'hui la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels n'existe plus, cela semble donc être superflu en matière de succession de l'enfant.

§2 – Les conditions d'ordre psychologique : les conditions liées à la volonté des époux.

La volonté des époux est une condition primordiale dans le déroulement du mariage. Il faut donc consentement personnel, libre et éclairé, afin de permettre le mariage ; cependant, ce seul consentement n'est pas toujours suffisant.

A – Le consentement.

L'exigence de ce consentement est posée à l'article 146 du Code civil qui dispose «qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Il faut que le consentement existe et qu'il soit exempt de vices. Le consentement doit donc être intègre.

1 – L'existence du consentement.

Les époux doivent échanger leurs consentements devant l'officier d'état civil. Les témoins doivent pouvoir témoigner du bon échange des consentements. Il peut y avoir un défaut dans le consentement : il faut donc chercher à savoir si la volonté exprimée par les époux correspond à leur volonté réelle. Ce consentement est-il conscient et sérieux ?

a) La question du consentement conscient.

Celui qui a donné son consentement était-il en pleine possession de ses moyens ? Cela recouvre des cas extrêmes : démence, etc. Mais on peut aussi imaginer une privation temporaire de l'usage de la raison : emprise de la drogue ou de l'alcool. La question des troubles mentaux est intéressante. Est-ce que l'incapacité de consentir signifie l'interdiction du mariage aux aliénés mentaux ? Il faut distinguer selon la situation.

- Personne malade. La personne atteinte de troubles mentaux et n'étant pas représentée ne peut être autorisée par un tiers. Dès lors les règles de droit civil devraient être appliquées. La jurisprudence a dit que l'incapacité à consentir dans ce cas ne pouvait être déclinée en incapacité à mariage. Elle a dit qu'il fallait exiger la preuve de l'inconscience de la personne atteinte de troubles mentaux au moment du consentement. On a parlé de jurisprudence des intervalles lucides. Le mariage ne peut être annulé si le consentement a été donné dans un intervalle lucide. Sur le plan de la preuve cela peut être difficile à prouver. Se pose la question de la charge de la preuve en matière de lucidité au moment du consentement. Sur ce point la réponse de la jurisprudence n'est pas claire, elle a traditionnellement admis que l'intervalle lucide devait être présumé.

Exemple : Arrêt de la 1re chambre civile du 2 décembre 1992 : Les membres de la famille d'une personne demandaient la nullité de son mariage pour absence de consentement, et qui soutenaient à l'appui de leurs prétentions que l'intéressé souffrait depuis sa naissance d'un certain infantilisme cérébral. Ils produirent un certificat médical pour cela, mais le chef de service d'un hôpital qui connaissait le patient établit que l'intéressé était lucide au moment du mariage. La Cour avait donc rejeté cette demande d'annulation car la famille ne prouvait pas qu'au moment du mariage, l'état de l'intéressé l'empêchait d'exprimer sa volonté.

- Personne soumise à un statut protecteur particulier. La personne est déclarée comme juridiquement incapable. Cela implique qu'elle sera parfois assistée ou représentée pour les actes de sa vie quotidienne. La personne qui est censée représenter la personne incapable pourra donner son autorisation.

Notons qu'on trouve bien entendu des arrêts contraires. Dans un arrêt de la Cour de Cassation du 28 mai 1980 une position contraire était admise, le mariage fut annulé pour insanité d'esprit constatée par observation de l'état habituel du vieillard. On a donc renversé la charge de la preuve.

Il faut néanmoins privilégier la première solution dans la mesure où la liberté du mariage est une liberté fondamentale et qu'elle doit être protégée.
La loi du 5 mars 2007, nouvel article 414 al. 1 C. civil (entrera en vigueur en 2009) avait réformé le droit des incapacités et consacre cette solution de l'intervalle lucide. Le majeur incapable ne fait bien sur ici l'objet d'aucune mesure particulière. On fait peser la charge de la preuve du trouble mental, et de l'absence de consentement, sur celui qui demande l'annulation du mariage.

b) Le consentement doit être sérieux.

Problème des mariages fictifs, simulés, blancs. On entend par « consentement sérieux », que ce consentement est l'affirmation des époux de vivre une vraie vie conjugale, mais aussi d'assumer toutes les conséquences personnelles ou matrimoniales que ce consentement engendre. Il arrive que certaines personnes n'aient pas de véritable volonté de se marier, mais entrent dans les liens du mariage dans le but d'obtenir l'un ou tous les avantages liés au mariage (obtention d'un permis de séjour etc.)

La loi du 24 juillet 2006, loi « Sarkozy II » relative à l'immigration et l'intégration, tente de rendre moins attractif le mariage d'un étranger et d'un français. Dorénavant l'article 21-2 du Code civil dispose que l'étranger ou l'apatride qui contracte un mariage avec un conjoint de nationalité française pourra, à l'expiration de quatre ans à compter du mariage, obtenir la nationalité française. On doit pouvoir constater de l'effectivité d'une communauté de vie matérielle. La délivrance d'un titre de séjour pour le conjoint d'un français n'est plus octroyée de plein droit.

Les mariages sans intention matrimoniale doivent-ils être considérés comme nuls ?

La Cour de Cassation s'est prononcée là-dessus dans un arrêt « Appietto » du 20 novembre 1963 et a donné un critère pour étudier cela : lorsque les époux, quand ils se sont mariés, n'ont eu en vue que des avantages étrangers à l'union matrimoniale on considérera que le mariage est nul faute de véritable consentement sur la base de l'article 146 du code civil. A l'inverse, lorsque au moins un des effets du mariage a bien été recherché, on considérera que ce mariage est valable, même s'il s'agit d'un mariage à effets conventionnellement limités. Mise en œuvre difficile.

On a fini par considérer que tout mariage fictif était nul dès lors que l'intention matrimoniale faisait défaut. Sont très souvent annulés des mariages, soit sur demande d'un des époux, soit du ministère public, lorsqu'il y a défaut de cohabitation ou défaut de consommation.

La cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 8 septembre 1999 relatif à un défaut de cohabitation, a annulé le mariage d'une française locataire avec le neveu des bailleurs organisés en contrepartie du paiement d'un arriéré de loyer. L'épouse vivait en concubinage avec un tiers.

Il y a tout de même eu une autre manière d'interpréter la loi, la Cour de Cassation ayant parfois refusé d'annuler le mariage, mais d'en annuler les effets frauduleux recherchés (affaire de mariage, remariage en but d'obtenir la nationalité française.) Pour qu'il y ait consentement valablement donné il faut qu'il soit réel et sérieux, mais il doit aussi être intègre.

2 – L'intégrité du consentement.

Il s'agit ici d'examiner la théorie des vices du consentement (ici : erreur et violences, le dol étant exclu.)

Le consentement ne doit pas être affecté d'un vice, il doit donc être exprimé en toute liberté et en connaissance de cause. Si ce consentement a été donné suite à une erreur ou à des pressions, on considérera que le consentement n'est pas éclairé (erreur), ou libre (pressions.)
On a donc adapté la théorie des vices tirée du droit des contrats, qui comporte en plus de cela le dol. Seules l'erreur et la violence sont admises en droit du mariage. Le dol ne l'est pas : « En matière de mariage, trompe qui peut » (Loysel.)

Le dol concerne toutes les manœuvres par lequel le cocontractant va provoquer une erreur chez son cocontractant. On s'est rendu compte qu'il était difficile de distinguer cela du fait de la séduction qui peut mener au mariage. La distinction entre la manœuvre dolosive et la séduction classique n'était pas aisée.

a) L'erreur.

C'est une fausse représentation de la réalité qui consiste à croire vrai ce qui est faux, et inversement. L'erreur est ici régie par l'article 180 du code civil. Historiquement seule l'erreur dans la personne permettait d'annuler le mariage. Cela avait été interprété très restrictivement dans le cas d'erreur sur l'identité de la personne. Dans l'arrêt Berthon du 24 avril 1862, fut exprimée l'idée que l'erreur ne pouvait qu'être relative à l'identité de l'époux (cf. GAJC.)

Sous la pression des juridictions du fond, le législateur dans la loi du 11 juillet 1975 a consacré une interprétation plus libérale de cet article, et a modifié les termes de l'article 180 en y incluant l'erreur sur une qualité essentielle de la personne. Cette erreur implique que l'on peut aussi bien invoquer une erreur sur l'identité (physique ou civile), mais aussi sur une qualité essentielle de la personne. C'est ce fondement qui permet un grand nombre d'actions en nullité pour erreur.

Conception objective sur cette idée de l'erreur sur une qualité essentielle de la personne : cette qualité est « communément attendue » (être en mesure d'attendre de ne pas être frappé par son conjoint…) Cette conception peut être subjective : qualité essentielle pour la personne réclamant la nullité du mariage (attendre que le conjoint n'ait pas déjà été marié par exemple.)

On va aussi rencontrer un problème de preuve dans la mesure où il est plus facile de prouver le caractère déterminant de l'erreur quand elle porte sur une qualité jugée essentielle aux yeux de l'opinion publique, que de prouver l'erreur sur une qualité considérée subjectivement par la personne qui subit l'erreur. Le caractère déterminant de l'erreur signifie que sans cette erreur le mariage n'aurait pas eu lieu. La plupart du temps, les annulations sont fondées sur une erreur portant sur des qualités essentielles en tant qu'elle est reconnue comme telle par l'opinion publique : erreur sur l'honorabilité de l'époux, erreur sur l'existence de conviction religieuse, sur l'aptitude sexuelle ou encore sur la santé mentale du conjoint. Le juge apprécie souverainement les qualités essentielles invoquées par le conjoint, ce qui rend en définitive le résultat aléatoire.

Dans un arrêt de la première chambre civile du 13 décembre 2005, le mari avait dissimulé qu'avant son mariage il avait entretenu une liaison avec une femme mariée, liaison interrompue pour se marier avec l'épouse actuelle. L'épouse, découvrant cela, demande au juge l'annulation du mariage et invoque pour ce faire ses convictions religieuses et soutient que cela heurte ses convictions car la liaison était avec une femme mariée. La cour d'appel l'avait débouté car le caractère d'erreur n'était pas réellement déterminé. La Cour de Cassation est venue affirmer la décision de la cour d'appel et a rejeté le pourvoi. En général, l'existence d'une liaison antérieure n'est pas pour la jurisprudence un motif d'annulation : il n'y a pas d'obligation de fidélité avant le mariage.

b- Les violences.

Article 180 al.1, modifié par la loi du 4 avril 2006 relative aux violences au sein du couple.

- « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (L. no 2006-399 du 4 avril 2006, article 5) «, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ».

On peut difficilement envisager une violence physique, mais des violences morales pour contraindre la personne à se marier sont plus fréquentes. Cette violence morale vient le plus souvent des membres de la famille ou de la future belle-famille. On peut aussi envisager des pressions émanant d'un tiers. Traditionnellement la violence pour être considérée comme vice de consentement, doit présenter une certaine gravité. En droit des contrats l'article 1114 du code civil considère que « la seule crainte révérencielle ne saurait vicier le consentement », sauf s'il y a de véritables menaces de la part des parents. Il s'agit par exemple du fait de craindre de ne pas plaire aux parents, crainte révérencielle à l'égard des patrons, etc. La solution inverse est donc apportée par le code civil en sa version révisée de l'article 180 : la loi de 2006 vient d'insérer dans l'article 180 la crainte révérencielle comme pouvant constituer une violence constitutive d'un vice de consentement. Cela a été fait afin de protéger les pressions faites sur les jeunes filles. De plus s'est ajouté dans cette loi la nécessité d'avoir atteint sa majorité pour se marier.

Exemple : Cour d'appel de Colmar en date du 28 avril 2004 : Jeune fille qui s'est réfugiée chez son oncle après avoir subi des pressions en vue de se marier. Demande d'annulation pour vice de consentement dû à des violences exercées sur le fondement de l'article 180. La famille a affirmé ces pressions : mariage annulé.

B – Les autorisations.

Les autorisations qui vont nous intéresser sont les autorisations familiales, bien que nous ayons vu que la famille n'a pas à intervenir dans le cadre de la formation du mariage, sauf cas des mineurs ou majeurs incapables placés sous un statut de protection (quand l'incapable n'est pas placé sous un tel régime : simple appréciation de sa lucidité.)

1 – Les mineurs.

L'article 148 exige une autorisation parentale pour les mineurs. Il faut combiner cela à l'obligation de puberté contenue dans l'article 144.
Avant la loi de 2006, puisque les filles avaient la possibilité de se marier dès l'âge de 15 ans, elles n'avaient pas besoin de l'autorisation du procureur de la République, mais il fallait tout de même une autorisation parentale. Un même âge pour deux conditions.

- En tant que mineur : autorisation parentale.
- En tant que personne physiquement non-mature : Procureur de la République.

Il faut le consentement des deux parents, mais si les parents sont en désaccord : le désaccord vaut consentement. Il suffit donc en principe d'une seule autorisation.
Si l'un des deux parents est hors d'état de consentir au mariage, l'autorisation de l'un suffira également. Si les deux parents sont hors d'état de manifester leur volonté, ce sont leurs ascendants qui pourront consentir, si les deux grands-parents sont en désaccord, là encore le désaccord vaut consentement. Enfin, si tout le monde est mort le mineur est placé sous l'autorité d'un conseil de famille qui tranchera. Si l'autorité sur l'enfant est déléguée, c'est au tuteur de décider.

L'autorisation doit revêtir plusieurs caractères :

Elle doit être spéciale : donnée en vue de ce mariage là, avec cette personne là. Elle doit donc préciser l'identité du conjoint que le mineur est autorisé à épouser. Elle prend la forme d'un acte authentique irrévocable, autorisation discrétionnaire, aucun recours ne sera autorisé contre un refus d'autoriser ce mariage, mais celui à qui l'on demande cette autorisation ne doit pas abuser de son droit à refuser : si un refus était inspiré par des motifs illégitimes (couleur de peau, religion etc.) ce refus serait un abus de droit à refuser.

2 - Les majeurs incapables.

Régime modifié par la loi du 5 mars 2007 qui entrera en vigueur le 1er janvier 2009. Il s'agit soit d'un régime de tutelle, soit d'un régime de curatelle. L'incapable majeur devra obtenir une autorisation, qui va obéir à un régime différent selon la nature du régime.

- Tutelle : l'autorisation devait être donnée par les parents (si encore en vie) ou conseil de famille après avis du médecin traitant. La loi du 5 mars 2007 a supprimé l'autorisation des parents et subordonne cette autorisation à l'autorisation du juge ou du conseil des familles. Notons que l'avis des parents et de l'entourage peut être demandé, de même que l'avis du médecin traitant (qui n'est plus une étape obligatoire.)
- Lorsqu'il s'agit d'un majeur en curatelle, on demandera le consentement au curateur ou au juge des tutelles. Le mariage est alors célébré et le conjoint devient immédiatement le tuteur ou le curateur du conjoint, sauf motifs particuliers tirés des articles 416 et 509-1 du code civil.

§3 – Les conditions d'ordre sociologique : manifestation des exigences sociales et morales.

Parfois la loi interdit le mariage pour des raisons de moralité. Certaines situations constituent des empêchements à mariage. Il n'en reste que deux qui soient liés à la moralité sociale : inceste et polygamie (pluralité de mariages concomitants.)

A – Interdiction du mariage entre parents et alliés.

Cela est porté par des raisons eugéniques : si des enfants sont issus d'unions entre proches parents ils pourraient être atteints de maladies et d'infirmités graves.
Conception sociale, morale : condamnation de l'inceste.

A une époque où le groupe familial était très étendu, on interdisait le mariage entre parents jusqu'au 14ème degré. Cela a donc diminué. Parmi les empêchements subsistants, il faut distinguer les empêchements absolus et ceux pouvant être levés par une dispense.

1 – La prohibition absolue.

Concerne la parenté en ligne directe, que la famille fut constituée en mariage ou hors mariage. On trouve cela dans l'article 161 du code civil. Elle est étendue aux liens d'alliance puisqu'il est interdit de se marier avec les conjoints de ses ascendants ou de ses descendants (considération guidée par la paix des familles), cette dernière interdiction pouvant être levée après la mort du conjoint créant l'alliance.

L'article 162 prohibe le mariage en ligne collatérale entre frères et sœurs. Cette interdiction est absolue et vise les personnes ayant un auteur commun. En revanche, en alliance collatérale il est possible de se marier : avec un beau-frère et une belle-sœur.
(L'article 163 prohibe le mariage entre oncle et nièce et entre tante et neveu.)

Dans la famille hors-mariage, on sait parfois que le lien de famille, le lien de parenté naturelle (hors-mariage), n'est pas toujours établi et on se demande si l'on peut interdire ce mariage, bien que la filiation n'ait pas été juridiquement établie. La difficulté est de prendre en considération la filiation qui n'est pas juridiquement constatée. Certains pensent que l'officier d'état civil pourrait constater d'un empêchement ou non, mais ce serait lui donner un rôle trop important. Les auteurs et la jurisprudence restent perplexes.

L'article 342-7 affirme l'interdiction du mariage dans une hypothèse particulière du cas où l'homme qui n'est pas le père juridiquement a été condamné à verser des subsides à l'enfant : il s'agit d'un homme qui a eu des relations intimes avec la mère pendant la période légale de conception, mais dont la paternité n'est pas prouvée juridiquement. Sur ce fondement on peut le condamner à verser des subsides à l'enfant, il y a alors empêchement à mariage.

S'agissant de l'adoption, en cas d'adoption plénière, les prohibitions sont évidemment les mêmes que concernant une véritable famille. On déduit cela de l'article 356 al.1 du code civil qui dispose que l'adoption confère à l'enfant adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine, par conséquent, d'après l'article 358, l'adoptant et l'adopté ont les mêmes droits que dans une filiation normale. Pour les adoptions simples il y a prohibition à mariage entre l'adoptant et l'adopté, ses descendants ou les conjoints de l'adoptant. En revanche pas de prohibition entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, ni entre l'adopté et les frères et sœurs de l'adoptant. En ce qui concerne l'éventuel empêchement entre l'adopté et sa famille d'origine : les empêchements prévus aux articles 161 et suivants subsistent, mais ils sont difficiles à mettre en œuvre puisque le jugement d'adoption fait disparaître toutes traces entre l'adopté et sa famille d'origine.
Pour les filiations liées à l'insémination artificielle le problème est insoluble du fait de l'anonymat du donneur.

2 – Les empêchements susceptibles d'être levés par une dispense.

C'est l'article 164 qui prévoit que la prohibition déjà citée en ligne collatérale entre l'oncle et la nièce et la tante et le neveu peut être levée par dispense.

La prohibition entre alliés en ligne directe pourra être levée si la personne qui crée l'alliance est décédée (entre belle-mère et beau-fils etc.), il en va de même en vertu de l'article 356 relatif à l'adoption, ainsi qu'entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. En ce qui concerne cette dispense est qu'elle peut être donnée que pour causes graves. C'est le Président de la République qui apprécie la gravité ou non de la circonstance. La cause grave souvent retenue est l'intérêt des enfants, nés de l'union incestueuse. Cela peut néanmoins être refusé s'il existe un écart d'âge trop important entre les postulants au mariage. Cependant, l'appréciation du Président reste souveraine, et n'est pas susceptible de recours (pas de recours après refus.)

B – Empêchements résultants d'une pluralité de mariages.

1 – L'empêchement de la bigamie.

Cela résulte de l'article 147 du code civil qui dispose que l'on « ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » La bigamie est aussi un délit au sens pénal, sanctionnée par l'article 433-20 du code pénal : sanction d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros, pour le marié et pour l'officier d'état civil.
Pour prévenir cela, les époux doivent apporter de nombreux papiers, dont un acte de naissance récent (il y figure la notification du mariage). L'article 147 s'applique a priori aux mariages célébrés en France. Un tel mariage serait contraire à l'ordre public. En DIP se pose la question de savoir le sort d'un mariage polygamique célébré régulièrement dans un pays tolérant cela. La jurisprudence a fini par admettre la validité de ces mariages célébrés à l'étranger, mais il faut que les personnes engagées dans les liens viennent d'un pays autorisant la polygamie. Le Français ne peut donc pas entrer dans les liens d'un tel mariage. Dès lors qu'il est valablement contracté, on autorise les effets d'un mariage polygamique, comme les droits successoraux par exemple.

Lorsque la première épouse est française, on va limiter les effets des autres mariages polygamiques. Les effets reconnus sont donc en général d'ordre patrimonial privé. Quand on lui demande de faire produire des effets sur des prestations sociales cela est généralement refusé.

2 – La licéité du remariage.

Dès que le mariage a été dissout, on va autoriser, en vertu du principe de liberté matrimoniale, le remariage. Il n'y a pas de limites au nombre des unions successives. La loi ancienne (ancien article 228) imposait néanmoins un délai de viduité pour son remariage : limite temporelle, la femme ne pouvait se remarier avant 300 jours courant après la dissolution du mariage, 300 jours durant lesquels la femme divorcée ou veuve ne pouvait se remarier afin d'éviter les éventuelles incertitudes relatives à la filiation. Cette exigence a été assouplie par la jurisprudence, puis supprimée par la loi du 26 juillet 2004 portant réforme du divorce, qui, pour des raisons d'égalité entre époux, a supprimé cela.

Section deux : Les conditions de forme du mariage.

§1 – Les formalités préalables.

Publication des bans, fourniture d'un certain nombre de pièces à l'état civil, audition des époux. Ces conditions ont été alourdies par les lois d'avril et novembre 2006 déjà citées, afin de renforcer le contrôle du consentement matrimonial.

A – La publication du projet de mariage.

Cette exigence semble quelque peu désuète. L'idée était de prévenir les tiers, et de les inciter éventuellement à faire connaître les empêchements dont ils auraient connaissance (ils sont frères et sœurs !) C'est l'article 63 du code civil qui prévoit les formes de la publication. On affiche cela dans la mairie du lieu où sera célébré le mariage. Si les époux habitent dans un lieu de résidence différent il faut procéder à la publication aussi dans leurs lieux respectifs de résidence. Cette publication doit durer 10 jours. On peut dispenser les futurs époux de cela pour cause grave. C'est le Procureur de la République qui apprécie cela : exemple du mariage in extremis par exemple.

B – Les productions.

Les différents documents à produire. Les formalités ont été modifiées, alourdies, par la loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, qui modifie l'article 63 du code civil en ce qui concerne le contenu du dossier de mariage. Les futurs époux doivent maintenant produire une copie intégrale de l'acte de naissance datant de moins de trois mois, ce qui devrait permettre de vérifier leur identité, le fait qu'ils ne soient pas mariés et qu'ils ne sont pas de la même famille. Il faut aussi une pièce d'identité officielle. Même si ce

papier d'identité n'est pas d'origine française, le mariage peut avoir lieu si toutes les autres conditions sont remplies. Il faut un certificat prénuptial. Pour les mineurs, il faut l'autorisation et la dispense d'âge du Procureur de la République. Si les futurs époux décident de faire un contrat de mariage et ne veulent pas être mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts il faut qu'ils présentent ce contrat. Ils doivent indiquer à l'avance l'identité complète de leurs témoins.

C – L'audition des futurs époux.

Ces conditions avaient été introduites par une loi du 26 novembre 2003 relative à l'immigration. Le nouvel article 63 maintient cette condition, on impose à l'officier d'état civil de procéder à l'audition commune des époux, sauf lorsqu'il apparaît que les conditions relatives au consentement sont remplies de façon équivoque, c'est-à-dire que cela correspond à celles qui sont contenues aux articles 146 et 180. La loi autorise le maire à déléguer cette fonction à un autre agent de la mairie. S'agissant des mineurs, leur audition se fait hors de la présence des parents, ce qui constitue une garantie de leur consentement. Le maire, à cause de cela, « juge » de la validité future du mariage, ce qui ne lasse pas de provoquer des interrogations quant au rôle qu'il doit jouer.
Une circulaire relative à la lutte contre les mariages simulés (notons qu'une circulaire n'a aucune valeur coercitive) émanant du Garde des Sceaux est venue traiter de cela. Si l'on s'aperçoit que les époux ne s'entendent pas, que l'un des deux est vulnérable…cela peut laisser penser qu'il pourrait y avoir un problème de consentement.

§2 – La célébration du mariage.

Célébré à la marie du lieu de résidence d'au moins un des époux, qui doit habiter là depuis un mois. La cérémonie est publique, requiert la présence des deux époux et de deux témoins au minimum (quatre au plus.) Le mariage est toujours célébré par un officier d'état civil. Il doit lire les articles du code civil relatifs aux effets du mariage. Il requiert le consentement des époux (même aphone il faut pouvoir manifester son consentement), il prononce enfin le mariage et donne l'acte de mariage, qui servira dans de nombreuses étapes de la vie matrimoniale (compte en banque, emprunt etc.)
Toutes ces formalités sont obligatoires en France, quelle que soit la nationalité des époux. Dans certaines hypothèses, quand les époux sont tous deux d'origine étrangère, ils pourront se marier devant l'officier d'état civil représentant son pays en France (consul par exemple).

Deux Français pourront aussi se marier à l'étranger. Il faut alors garder à l'esprit l'idée qu'ils doivent conserver les formalités du pays où ils se marient : pas pour les conditions de fond donc ! De plus, le droit de nombreux pays imposent la loi française y compris pour des conditions de forme.

Les nouveaux articles 171-1 à -4 du Code civil, modifiés par les lois de 2006 sont venus modifier cela.

Quelles sont les sanctions du non-respect de ces conditions ?

Section trois : La sanction des conditions de formation du mariage.

Il faut comprendre qu'il existe des sanctions qui vont intervenir avant la célébration et d'autres après.

§1 – Les oppositions à mariage.

Ces sanctions se font a priori, de manière préventive. Un officier d'état civil ne doit pas célébrer un mariage s'il existe un empêchement et s'il en a connaissance. C'est dans cette optique que la loi d'avril 2006 a renforcé les conditions de forme du mariage. Lorsque l'officier d'état civil soupçonne une irrégularité comme un défaut de consentement, il doit saisir immédiatement le ministère public en vertu de l'article 175-2 du code civil, le procureur dispose ensuite de quinze jours pour :
- Laisser le mariage se dérouler.
- Empêcher le mariage.
- Surseoir à statuer afin de commander une enquête.

Le sursis ne peut excéder deux mois, à son terme le ministère décide soit l'opposition, soit l'autorisation.

N.B : Surseoir à statuer, mais « il sursoit » à statuer.

L'officier d'état civil soupçonne une irrégularité, notamment suite à l'audition prévue à l'article 63 du code civil. Il va alors saisir sans délai le ministère public en vertu de l'article 175-2 du code civil. Cela peut se faire quand il soupçonne une absence de consentement, un défaut de consentement (article 146), ou quand il soupçonne un

vice de consentement, en vertu de l'article 180 C. civil (hypothèse ajoutée à l'article 175-2 par la loi du 14 novembre 2006.) Lorsqu'une opposition a été levée, l'officier d'état civil ne peut pas refuser la célébration du mariage sans engager sa responsabilité, car il ferait ce qui s'appelle une voie de fait.

Cassation en 2007 : Maire du 7ème arrondissement condamné à 1 euro de dommages-intérêts pour avoir continué de refuser la célébration du mariage, alors que le ministère public, lors de sa saisie, ne s'était pas opposé à la célébration du mariage.

Situation où les vérifications imposées au maire et à ses adjoints ne sont pas suffisantes. Certains tiers peuvent saisir l'officier d'état civil par le biais d'un acte officiel d'opposition à mariage. L'officier d'état civil est obligé de surseoir à la célébration, jusqu'à ce qu'on obtienne, éventuellement, la mainlevée de cette opposition. Ce type de pratique est encadré par les articles 172 à 179 du code civil.
Ce droit d'opposition est ouvert aux membres de la famille. Il s'agit en priorité des pères et mères des futurs époux, quel que soit l'âge des futurs époux, qui peuvent invoquer n'importe quel empêchement (contrainte etc.). S'il n'y a aucun ascendant le droit d'opposition appartiendra subsidiairement à d'autres membres de la famille que la loi nomme, et dont les empêchements invocables sont eux aussi nommés par la loi. Il s'agit des frères et sœurs, des oncles et tantes, des cousins germains majeurs, ainsi que le conjoint de l'intéressé, ce qui suppose que l'un des conjoints se soit déjà marié. Notons que ce conjoint ne peut qu'invoquer l'empêchement pour bigamie. Les autres membres de la famille déjà évoqués ne peuvent qu'invoquer le défaut d'autorisation familiale, ce qui sous entend que cette autorisation était nécessaire : mineur, état de démence etc.

Ce droit peut aussi émaner du ministère public. Il peut s'opposer sans pré-saisie de l'officier d'état civil... Ce droit d'opposition est reconnu par la jurisprudence. Ainsi que par la loi Pasqua relative à l'immigration. Ce droit a été inséré à l'article 175-2. Le ministère public peut former une opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage. Il pourra s'opposer au mariage non seulement pour les cas de nullité absolue mais aussi depuis 2006, pour les cas de vice de consentement, tel qu'il ressort de la nouvelle rédaction de l'article 180 du code civil. Ce texte vise particulièrement l'hypothèse où l'intention conjugale fait défaut.
Opposition formée par acte d'huissier et doit mentionner, à peine de nullité, la qualité de l'opposant et le texte qui fonde l'opposition. L'opposition dresse un obstacle, temporaire, à la célébration du mariage. Elle va cesser de produire effet, soit en raison de la mainlevée, soit en raison de sa péremption, après un délai d'un an. Mais quand cette opposition émane du ministère public, il faudra nécessairement une décision judiciaire pour la faire cesser.

La mainlevée est un retrait de l'opposition, qui peut être judiciaire (cf. ci-dessus), ou volontaire : l'auteur décide de revenir sur cette opposition. Mais le plus souvent l'opposition est judiciaire, les conjoints vont demander la mainlevée au TGI, qui doit statuer sous dix jours et décider ou non de la mainlevée de l'opposition.

§2 – La nullité du mariage.

Nous abordons les sanctions qui vont venir sanctionner les conditions de formation du mariage. La nullité d'un acte a toujours cet effet de sanctionner la formation de l'acte. Le divorce concerne le mariage, et non sa formation. La nullité entraîne la disparition rétroactive du mariage.

En ce qui concerne ces conditions de formation, elles ne sont pas toutes des conditions de validité du mariage. Ce qui signifie qu'un mariage pourra être considéré comme valable, alors même que certaines conditions ne sont pas réunies. Ces conditions de formation qui ne sont pas des conditions de validité sont appelées des empêchements à mariage, qualifiés d'empêchements prohibitifs. Ils vont s'opposer aux empêchements dirimants, conditions de validité du mariage.

Les empêchements prohibitifs vont permettre de faire obstacle à la célébration du mariage, s'ils sont révélés avant sa célébration. Ils suffisent à y faire obstacle. L'officier d'état civil devra alors ne pas procéder à la célébration du mariage, mais si le mariage était quand même célébré, il serait valable.
è Il s'agit du défaut de publication préalable, du défaut de présentation du certificat prénuptial (dans le cas d'un mariage in extremis cela est par exemple presque facultatif, l'un des époux étant mourant.)
Les empêchements dirimants vont conduire à la nullité du mariage s'ils ne sont pas observés. Si le mariage est célébré alors qu'une des conditions de validité fait défaut, le mariage est nul.

Il faut distinguer entre causes de nullité absolue et causes de nullité relative. Cela est tiré du droit commun des contrats, mais le régime des nullités va être un tant soit peu adapté pour le droit du mariage.
De 1995 à 2004, le nombre des procédures en annulation a un petit peu augmenté. En 2004, 734 mariages ont été annulés ; 265 demandes ont été rejetées. Six affaires sur dix sont fondées sur l'absence de consentement.

A – Le prononcé de la nullité.

1 – Les cas de nullité.

La différence est une différence de conception. Les deux nullités ne sont pas hiérarchiquement ordonnées : aucune n'est plus « grave » que l'autre.

- Les nullités absolues visent à protéger l'intérêt général. Les cas sont prévus à l'article 184, qui renvoie aux différents articles qui prévoient ces conditions de formation : articles 144, 146, 147, 161, 162 et 163. Il s'agit du défaut total de consentement (mariage contracté sous l'empire d'un état de démence, d'un mariage simulé etc. Hypothèses visées à l'article 146). Il s'agit de l'empêchement de puberté : mariage d'une personne n'ayant pas atteint l'âge pour se marier ; de la bigamie (article 147) ; de l'inceste (aux articles 161 S.), qui est la prohibition résultant d'un lien de parenté ou d'alliance, la nullité absolue sera envisageable, quand bien même elle serait susceptible de dispense (dans le cas où elle n'aurait pas été accordée.)

L'incompétence de l'officier d'état civil est aussi une cause de nullité absolue, c'est-à-dire dans le cas où le mariage serait prononcé dans une commune où aucun des époux n'avait sa résidence. Cette nullité est absolue, mais facultative, ce qui signifie qu'elle est laissée à l'appréciation des juges (si aucune volonté de fraude : c'est bon.) Cela résulte de la jurisprudence des « mariages de Montrouge », la Cour de Cassation avait refusé en août 1883 d'annuler des mariages célébrés par un officier d'état civil territorialement incompétent.
La clandestinité du mariage : absence de publicité du mariage, qui, la plupart du temps, est considérée comme un empêchement prohibitif : amende pour l'officier, pas d'annulation. Cependant, dans certaines hypothèses le juge pourra décider de sanctionner le mariage de nullité. C'est donc là encore une nullité absolue facultative, la décision étant laissée à la libre interprétation du juge. Cela n'a pas trait à l'absence de publication. Il s'agit d'un mariage célébré en absence de témoins, la mairie étant fermée au public, ou le mariage étant célébré dans un lieu privé.

Enfin, on peut citer l'empêchement d'identité de sexe des époux, qui n'est pas prévu par la loi. Lorsque les époux étaient de sexe identique, certains auteurs parlaient d'inexistence du mariage. La jurisprudence a préféré voir dans cette situation une cause de nullité absolue, et non une cause d'inexistence. L'arrêt du mariage homosexuel de Bègles a consacré cela : la CA de Bordeaux avait envisagé l'inexistence, tandis que la Cour de Cassation était venue prononcer la nullité absolue du mariage.

- Les nullités relatives protègent les intérêts particuliers. Elles sont fondées sur le vice de consentement d'un époux, c'est-à-dire l'erreur ou la violence, visées à l'article 180 du code civil. Il s'agit aussi du défaut d'autorisation lorsqu'elle était requise. Il s'agit ici du mariage des mineurs (on ne parle pas ici de l'empêchement de puberté) et des incapables majeurs.

2 – La mise en œuvre de la nullité.

Articles 180 à 183 pour la nullité relative. 180 et 181 pour les vices de consentements, 182 et 183 pour l'autorisation des parents. Les articles 184 S. concernent les nullités absolues.

a) Les personnes pouvant agir en nullité.

Dans les hypothèses de nullité relative les titulaires de l'action, selon la règle générale, sont les personnes que la loi cherchait à protéger. En cas du vice du consentement, l'action ne devrait être intentée que par l'époux dont le consentement a été vicié, mais la nouvelle rédaction de l'article 180 du code civil issue de la loi du 4 avril 2006 prévoit que l'action en nullité peut aussi être intentée par le ministère public. On voit apparaître une notion d'ordre public matrimonial puisque le mariage est protégé de plus en plus par le ministère public. Lorsque le mariage d'un incapable a été célébré sans autorisation requise, l'action en nullité peut être intentée ou bien par les personnes dont l'autorisation était requise, ou bien par l'époux incapable lui-même (article 182 C. civil.)

Dans les cas de nullité absolue, puisqu'elle répond à la protection de l'intérêt général, il résulte que tout intéressé pourra agir en nullité. On distingue deux catégories de personnes :
- Ceux qui peuvent l'invoquer pour leur simple qualité (ascendants) : la simple qualité de parent peut permettre cela. Ces personnes n'auront pas à justifier d'un intérêt particulier.
- Personnes titulaires d'un intérêt né et actuel pour agir (intérêt pécuniaire essentiellement). Collatéraux, enfants, premier mariage etc. Le ministère public pourra agir pour défendre l'intérêt social, mais ne pourra agir que du vivant des époux, et uniquement en cas de menace de l'ordre social. Si ce mariage a vécu et n'a jamais été sanctionné, avant de se finir par un divorce, on considérera que l'atteinte à l'ordre public aura cessé, et le ministère public n'aura plus intérêt à agir.

b) Les moyens d'éviter la nullité.

En droit commun, on dit que les nullités absolues se prescrivent par trente ans, contre cinq pour les nullités relatives. Il y a des moyens de rendre le mariage inattaquable. Cela peut venir de délai, ou des cas de confirmation de nullité : certains éléments vont venir couvrir la nullité constatée.

- En ce qui concerne les nullités relatives, la demande fondée sur un vice de consentement, avant 2006, s'éteignait par six mois de cohabitation continue, à partir du moment où l'époux dont le consentement avait été vicié avait recouvré sa liberté (découvert l'erreur, ou n'était plus sous l'emprise de la violence.) Cette cohabitation s'analysait en une confirmation tacite du mariage. La loi de 2006 a modifié les articles 180 et 181. Cet article 181 a donc été modifié : allongement du délai d'action qui passe à cinq ans, et la condition de cohabitation a été supprimée. Qu'il y ait eu cohabitation ou non, l'époux dont le consentement a été vicié pourra agir durant cinq ans, à compter de la découverte du vice.
S'agissant d'un défaut de consentement des parents pour les mineurs, la loi du 4 avril 2006 a également modifié le texte, celui de l'article 183 du code civil, les parents peuvent agir durant cinq ans, et ce délai court à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage de l'enfant, sans leur autorisation. On a également modifié ce texte, avant on considérait que les parents ne pouvaient plus agir s'ils avaient accepté tacitement le mariage (accueil dans leur domicile), cela a été supprimé.

- S'agissant des cas de nullité absolue, la loi n'a pas évolué. En ce qui concerne l'obligation de puberté, elle ne peut plus être évoquée lorsque six mois se sont écoulés depuis le jour où l'impubère a atteint l'âge requis. Même chose lorsque la femme qui a contracté mariage est enceinte : la cause de puberté disparaît du fait d'avoir 18 ans et six mois, et du fait d'être enceinte. Les nullités pour vice de forme ne peuvent plus être invoquées par les époux s'ils vivent notoirement comme mari et femme : possession d'état de mari et de femme.
NB : on parle du prononcé de la nullité, et non de la prononciation de la nullité.

B – Les effets de la nullité.

L'annulation d'un acte juridique, qui sanctionne une condition dans sa formation, produit un effet rétroactif. Cela signifie que le mariage est réputé n'avoir jamais existé. On va donc en principe remettre les époux dans l'état dans lequel ils se trouvaient avant d'être mariés. Cela est une énorme différence avec le divorce. La rétroactivité peut avoir des effets relativement importants, la loi a donc introduit des tempéraments à cette rétroactivité.

1 – Le principe de l'effet rétroactif.

En droit, le mariage est censé n'avoir jamais existé : anéantissement des effets personnels et patrimoniaux du mariage. La femme ne pourra plus porter le nom du mari, la nationalité française acquise par le mariage est perdue, les empêchements au mariage, entre alliés notamment, vont disparaître. L'annulation va permettre aux gens de coucher avec leur ancienne belle sœur. Les effets successoraux vont disparaître. Il peut s'être écoulé un certain nombre d'années, se pose alors le problème de la dissolution des relations pécuniaires entre époux. Cela va se faire comme en matière de concubinage sur la base du mécanisme de la société de fait, ou celui de l'enrichissement sans cause (action de in rem verso.) Les donations doivent être restituées. C'est pourquoi des tempéraments à cette nullité ont été admis.

2 – Les tempéraments au principe de rétroactivité de la nullité.

En pratique les effets de la nullité vont souvent être assez proches à ceux du divorce. On utilise ici l'institution du mariage putatif, institution ancienne qui permet, lorsque son bénéfice est accordé aux époux, de tempérer, voire de supprimer, les effets rétroactifs de la nullité. Cette règle s'applique systématiquement aux enfants issus du mariage des parents, la nullité les concernant n'étant jamais rétroactive (cas des enfants naturels, qu'il fallait légitimer, plus d'intérêt depuis 2005.)

a) Le mariage putatif.

Le mariage putatif est nul, mais la loi va le considérer comme ayant été valide, et la nullité ne vaudra que pour l'avenir. Cela s'est fait dans les hypothèses où les époux croyaient que leur mariage était valable. La nullité sera prononcée pour l'avenir. Il faut réunir certaines conditions.
L'article 201 du code civil exprime les conditions de la putativité, sachant que tout mariage nul peut être putatif (on parle de bénéfice de la putativité), il faut un minimum de célébration du mariage (apparence de mariage pour bénéficier de cela), afin d'éviter que de simples concubins puissent bénéficier de la putativité et de certains intérêts qui en sont tirés. Il faut que les époux soient de bonne foi : ignorance de l'un des époux de l'inobservation de la condition de validité du mariage. Les juges sont relativement indulgents en ce qui concerne cette condition de bonne foi, ils appliquent la règle du droit commun en matière de preuve de la bonne foi : elle est présumée, c'est donc à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. On se rencontre que le bénéfice de ce mariage est souvent accordé, notamment car il suffit qu'un seul des époux soit de bonne foi. Notons que le

bénéfice du mariage est accordé au seul époux de bonne foi. Si les deux époux sont de bonne foi : comme un divorce. Si cela ne concerne qu'un seul des époux au moment de la célébration du mariage : effet unilatéral de la putativité. L'époux de mauvaise foi pourra être condamné sur le terrain de l'article 1382 C. civil à verser des dommages-intérêts à son conjoint de bonne foi, il devra rendre ce qui lui aura été donné. Pour celui de bonne foi, il récupérera les avantages, on lui laissera le choix : liquidation des intérêts matrimoniaux en vertu du mécanisme de la société de fait, ou, si ce n'est pas dans son intérêt, selon les règles du régime matrimonial.

b) La situation des enfants issus du mariage nul.

Le mariage nul produit des effets à l'égard des enfants, même si aucun des époux n'était de bonne foi au moment de la formation du mariage.
L'article 202 du code civil dispose que le mariage nul produit des effets à l'égard des enfants. Cette règle présentait surtout un intérêt lorsqu'il existait une distinction entre enfants légitimes et enfants naturels. Si on avait maintenu la rétroactivité de l'annulation à l'égard des enfants, ceux-ci auraient été considérés comme naturels et non légitimes. L'article 202 a voulu tempérer les effets de la rétroactivité afin de permettre qu'à l'égard des enfants ledit mariage soit toujours considéré comme putatif, c'est-à-dire nul pour l'avenir. Avant 1993 le père non marié ne bénéficiait pas de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Du fait de l'alignement du statut des enfants naturels et légitimes l'intérêt de cet article a presque disparu.

c) L'octroi éventuel d'une prestation compensatoire.

La prestation compensatoire est une institution propre au divorce, c'est une prestation destinée à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des ex-époux.
Un arrêt de la Cour de Cassation en date du 23 octobre 1990 a utilisé un raisonnement par analogie tiré du divorce, et a admis la possibilité d'une prestation compensatoire dans l'hypothèse d'annulation du mariage, sans pour autant qu'ait été accordé le bénéfice du mariage putatif. Puisque le mariage est annulé, l'annulation est rétroactive, et le mariage n'est pas censé produire des effets : les époux doivent être remis dans leur situation d'origine. Cependant la vie commune a pu intervenir après plusieurs années de vie commune, il semble donc logique qu'on puisse accorder une telle prestation. Ce tempérament est incertain dans la mesure où l'on ne sait pas s'il faut prendre en compte la condition de bonne foi ou non. Dans l'affaire de 1990 les deux époux étaient de bonne foi, cette compensation doit-elle donc être octroyée en cas de bonne foi ? Il semble que oui.

Chapitre trois : Les effets du mariage.

Il a pour effet la composition d'une famille nucléaire. Il émancipe les époux mineurs, il peut avoir des effets à l'égard de la nationalité, il va engendrer de nombreux effets « administratifs », des effets sociaux, fiscaux, effets à l'égard des enfants (question de l'autorité parentale notamment.) Mais cette question de l'autorité parentale n'est plus liée à la notion de mariage, mais plutôt au statut des enfants. Nous ne verrons donc pas l'autorité parentale dans le cadre des effets du mariage. Effets personnels et effets d'ordre patrimonial, d'ordre pécuniaire. Ces effets appartiennent à un statut considéré comme étant d'ordre public : il va s'imposer aux époux. Même s'ils en décidaient le contraire, cela ne pourrait être retenu et ne pourrait pas produire d'effets juridiques (exemple : on ne peut se dégager du devoir de fidélité.) On parle d'effets impératifs.

Section une : Les liens personnels entre les époux.

Devoirs réciproques des époux, et certaine collaboration.

I – Les devoirs réciproques.

Selon l'article 212 du code civil, les époux se doivent mutuellement « respect, fidélité, secours et assistance. » Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie en vertu de l'article 215. À l'exception du devoir de secours (pécuniaire), les autres sont des devoirs personnels.

A – Le devoir de communauté de vie.

Cela recouvre deux devoirs :

- Communauté de toit. Cette communauté a évolué. Elle impliquait au départ nécessairement une vie sous le même toit. Aujourd'hui, cela peut s'accommoder de résidences séparées, pourvu qu'il y ait suffisamment de

de manière égale. Les notions de chef de famille et de puissance paternelle ont été supprimées par une loi du 4 juin 1970 pour être remplacées par celle d'autorité parentale. Avant, le mari était le chef de famille autant à l'égard de son épouse que de ses enfants mais il a perdu successivement ces fonctions qu'il partage désormais à parts égales avec sa femme.

Les devoirs du mariage limitent nécessairement les libertés individuelles, ce qui pose certaines problématiques. Les atteintes aux libertés ne sont tolérées que parce qu'elles sont nécessaires à la vie commune et à l'idée que le droit positif se fait du mariage. Mais les époux conservent malgré tout un certain nombre de prérogatives personnelles et sociales. Les atteintes à la liberté d'un époux qui ne sont pas légalement prévues et qui seraient exercées par un époux sur son conjoint sont punissables de la même manière que si elles émanaient d'un tiers. C'est notamment le cas pour les atteintes à l'intégrité physique.

Concernant l'intégrité physique, chaque conjoint est le seul à pouvoir donner des autorisations concernant les interventions chirurgicales le concernant, y compris la femme en ce qui concerne les IVG et conditions de procréation artificielle. Dans un arrêt datant de 1980, le Conseil d'État a considéré que le mari ne peut s'opposer à la décision d'avortement de sa femme.

S'agissant de l'intégrité morale, chaque époux est le seul à pouvoir autoriser les diffusions d'images ou d'enregistrement le concernant. De plus, l'intégrité morale concerne les droits fondamentaux de la personne humaine : sentiments, opinion religieuse, politique ou syndicale. La liberté religieuse implique que chaque époux puisse exercer sa religion librement. De même, un époux peut se convertir à la religion de son choix. La seule limite est de ne pas abuser de sa liberté religieuse, ainsi si l'exercice de cette liberté influe sur le mariage de sorte que le maintien de la vie commune devienne intolérable, la jurisprudence estime qu'il peut y avoir une cause de divorce et même une cause de divorce pour faute. Le même type de solution est adopté pour les libertés syndicales et politiques. Dans un arrêt du 9 octobre 1996, la Cour de cassation a confirmé le divorce prononcé aux torts exclusifs de la femme qui s'était convertie aux témoins de Jéhovah ce qui perturbait la vie familiale, particulièrement en matière d'éducation des enfants.

La liberté de l'activité professionnelle est importante car elle a subit une évolution spectaculaire au cours du 20e siècle. Avant 1938, la femme était considérée comme juridiquement incapable. Elle a ensuite obtenu la capacité juridique mais elle devait obtenir l'autorisation de son mari pour exercer une activité professionnelle. Cette contrainte a été supprimée en 1953 mais il existait toujours un droit d'opposition du mari qui a été définitivement perdu par la loi du 13 juillet 1965 qui a réformé tout le droit des régimes matrimoniaux. L'épouse a désormais le droit d'exercer la profession qu'elle souhaite et cette liberté est appuyée par l'indépendance financière. En effet, chaque époux peut disposer librement de ses gains et salaires une fois qu'il s'est acquitté des charges du mariage.

§2 – Les fonctions conjointes.

La loi confère aux époux un certain nombre de missions. Chaque époux se voit donc octroyer certains pouvoirs, non dans son propre intérêt mais dans celui de la famille.

A – La direction générale de la famille.

L'art 213 modifié par la loi de 1970, dispose que « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir. » On parle de codirection de la famille et cet article est lu par l'officier d'état civil le jour du mariage. En présence d'enfant la codirection va de pair avec l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

La codirection de la famille repose sur l'accord des époux. Cela concerne non seulement les questions patrimoniales mais aussi les questions extrapatrimoniales. Là encore, la direction morale et matérielle doit être conciliée avec les libertés individuelles. Par exemple l'aspect moral n'implique pas que les époux aient la même religion.

En cas de désaccord, les époux ont un recours au juge et peuvent demander à ce que celui-ci prenne des mesures destinées à maintenir l'intérêt de la famille. L'art 220-1 permet notamment à un époux de demander au juge d'ordonner des mesures d'urgence lorsque le conjoint met en péril les intérêts de la famille. De la même manière, l'article 217 permet au juge d'autoriser un époux à passer seul un acte qui nécessiterait en principe l'accord de l'autre. Enfin l'article 219 permet également l'intervention du juge. Autrement dit, l'accès au juge est possible y compris en dehors d'un divorce.

B – Le choix de la résidence.

Depuis 1970, le choix de la résidence de la famille doit être fait par les deux époux. Avant, le mari choisissait le lieu de résidence. A partir de 1970, le choix devait être fait par les deux mais en cas de désaccord le dernier mot revenait au mari. Depuis 1975 l'égalité totale est assurée puisqu'il n'y a pas d'avis prépondérant. En cas de conflit, rien n'est véritablement prévu. Si le conflit dégénère, cela peut aboutir à une procédure de divorce.

Section 2 : Les liens patrimoniaux entre époux.

Le mariage crée entre les époux des liens patrimoniaux. Le régime matrimonial est l'ensemble des règles qui régissent les liens patrimoniaux entre époux. Le régime matrimonial est gouverné par le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux ont donc le loisir de choisir la manière dont seront organisées leurs relations patrimoniales.

Concrètement le régime matrimonial règle les questions de propriété et de pouvoir que les époux exercent à l'égard des biens. Le choix du régime matrimonial intervient avant le mariage mais il existe une disposition supplétive de volonté importante : si les époux ne choisissent par de régime matrimonial, ils seront soumis au régime légal, c'est-à-dire au régime de la communauté réduite aux acquêts. Quand les époux choisissent un autre régime matrimonial, on dira qu'ils ont fait un contrat de mariage.

Indépendamment de ces règles, il existe des règles concernant les relations pécuniaires qui vont s'appliquer à tous les époux quel que soit le régime matrimonial qui leur est applicable. Ces règles s'appellent le régime primaire ou statut patrimonial de base.

§1 – Le régime primaire.

Ce statut patrimonial de base va imposer aux époux des devoirs réciproques dans le but de sauvegarder les intérêts de la famille. En contrepartie, les époux bénéficient d'une véritable liberté patrimoniale.

A – La liberté des époux.

Les époux disposent d'une autonomie au sein du mariage aussi bien dans le cadre de leur vie courante que dans le cadre de leur vie professionnelle.

1 – La vie courante.

Article 220 : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.
La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.
Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante. »

Des dettes ménagères peuvent donc être contractées par un époux sans le consentement de l'autre. Seront considérées comme des dettes ménagères les dettes alimentaires, les dettes relatives au logement (contrat d'assurance habitation, loyer, facture d'électricité, etc.), tous les contrats conclus pour les loisirs, les dépenses de santé, les frais d'établissement scolaire, etc. Autrement dit tout ce qui est une dépense de la vie courante. Néanmoins l'article prévoit que ces dépenses seront mises en relation avec le train de vie du ménage et l'utilité de la dépense. La nécessité de la dépense n'est pas un facteur déterminant, comme on l'a vu les dépenses de loisir sont considérées comme des dettes ménagères. En revanche, le train de vie du ménage sera une indication importante.

L'intérêt de la qualification des dettes ménagères concerne la solidarité patrimoniale. En effet, le pouvoir domestique oblige l'autre solidairement ce qui signifie que le conjoint qui n'a pas contracté la dette peut quand même être poursuivi par le créancier pour la totalité du montant de cette dette.

Comme le précise l'article, la solidarité ménagère sera exclue dans un certain nombre de cas :
- Pour les dépenses, même ménagères, manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage ;
- Pour les achats dits à tempérament, c'est-à-dire payables en plusieurs fois ;
- Pour les emprunts concernant des sommes non modestes.

2 – La liberté bancaire et mobilière.

Article 221 : « Chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel.
A l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt. »

Cet article pose ce qu'on appelle une présomption de pouvoir, qui va au-delà d'une simple règle de liberté d'action. On présume donc que les époux ont le pouvoir d'ouvrir un compte bancaire et d'y déposer de l'argent. L'idée est d'assurer l'autonomie effective des époux dans le cadre de la vie courante tout en protégeant les tiers. En l'occurrence, la présomption bancaire a été établie lorsque les femmes ont obtenu la liberté de disposer de leurs revenus car on constatait qu'en pratique les banquiers refusaient d'ouvrir des comptes aux femmes mariées sans autorisation. Pour lutter contre ce phénomène, on a rendu le droit d'ouvrir un compte obligatoire, mais en contrepartie le banquier ne peut être tenu responsable de ne pas avoir vérifié que l'époux ou l'épouse en avait effectivement le pouvoir.

En matière mobilière, le mécanisme est similaire avec néanmoins certaines conditions supplémentaires.

Article 222 : « Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. Cette disposition n'est pas applicable aux meubles meublants visés à l'article 215, alinéa 3, non plus qu'aux meubles corporels dont la nature fait présumer la propriété de l'autre conjoint conformément à l'article 1404. »

Chaque époux est donc présumé avoir le pouvoir de faire seul un acte d'administration ou de disposition sur un bien immobilier qu'il détient individuellement. La notion de détention implique une emprise physique matérielle sur le bien. Cette présomption de pouvoir n'inclue que les biens meubles corporels. De plus, le tiers doit être de bonne foi pour être protégé par la présomption ce qui signifie qu'il ne doit pas savoir que le meuble appartient à l'autre ou à la communauté. Par exemple, lorsqu'un époux verse un acompte pour effectuer un achat, il est réputé avoir la libre disposition des fonds qu'il a déposé à titre d'acompte. Le tiers n'a donc aucune vérification à faire. Cette présomption de pouvoir n'est pas applicable aux meubles meublants qui garnissent le logement familial ni aux meubles dont la nature fait nécessairement présumer la propriété de l'autre conjoint (vêtements, instruments de travail spécifiques à la profession de l'autre, etc.) qu'on appelle biens propres par nature.

3 – L'autonomie professionnelle.

Article 223 : « Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. »
Les époux ont donc une totale liberté dans le choix de leur profession. Pour que l'autonomie des époux soit effective, chacun dispose librement de ses revenus, avec comme celle restriction la nécessité de participer aux charges du ménage.

B – La sauvegarde des intérêts de la famille.

1 – En temps normal.

Article 214 : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.
Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile. »

Les charges du mariage sont l'ensemble des dépenses d'intérêt commun que fait naître la vie en ménage. Au sens strict, il ne s'agit pas d'une obligation alimentaire, c'est-à-dire fondé sur les nécessités du ménage car l'obligation de participation aux charges n'est pas subordonnée aux besoins de l'autre conjoint. L'article vise toutes les dépenses liées au train de vie du ménage, y compris les dépenses de vacances et de loisir. Cela recoupe donc les mêmes dépenses que celles déjà envisagées à l'article 220. Cependant les mécanismes de ces deux articles ne fonctionnent pas sur le même plan. En effet, l'article 220 règle la manière dont les époux sont obligés à l'égard d'un tiers créancier, c'est-à-dire qu'il définit l'étendue du gage du créancier, tandis que l'article 214 règle la question de la répartition finale entre les époux du poids de ces charges et de ces dettes éventuelles. Le mécanisme de l'article 214 ne concerne donc que les époux entre eux.

Les époux peuvent prévoir le montant de leur contribution par contrat de mariage ou par des conventions annexes, mais s'ils ne le font pas, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Avant 1975, l'article 214 prévoyait que le mari contribuait aux charges du mariage à titre principal et la femme à titre subsidiaire.

Les époux ne peuvent pas conventionnellement se dispenser totalement des charges du mariage. Le plus souvent l'article 214 s'applique de façon supplétive car il est rare que les époux prévoient à l'avance leur participation aux charges. La participation d'un époux n'est pas nécessairement directement pécuniaire. En effet, un époux qui ne travaille pas ne peut pas être considéré comme ne participant pas aux charges du mariage car il effectue alors des tâches, comme le ménage ou l'éducation des enfants, qui autrement auraient été des charges.

En cas de litige, le juge pourra apprécier le montant de la somme due. Le plus souvent, lorsqu'il y a vie commune l'exécution de la contribution s'effectue sans problème. En l'absence de vie commune, cette contribution prend la forme d'une pension alimentaire. Pendant longtemps on s'est demandé si cette contribution ne devait pas disparaître en même temps que la communauté de vie mais la Cour de cassation en a décidé autrement et cette obligation dure tant que dure le mariage, c'est-à-dire y compris si les époux sont séparés de fait. Il se peut que le juge tienne tout de même compte de la séparation de fait pour aménager la contribution aux charges du mariage. Le juge va surtout travailler en amont sur la qualification de dépense ménagère.

Il existe également un mécanisme de protection du logement familial prévu à l'article 215 al.3 qui dispose que « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous. »
Cette protection concerne tant la propriété que la location. C'est une hypothèse de cogestion prévue par le régime primaire.

2 – En temps de crise.

L'article 212 du Code civil met en place un devoir de secours.

Traditionnellement cette obligation de secours était définie comme l'obligation pour chaque époux de fournir à l'autre ce qui est nécessaire pour vivre lorsque celui-ci se trouvait dans le besoin. C'était donc la traduction de l'obligation alimentaire entre époux et l'idée de besoin distinguait le secours de la contribution aux charges du ménage. Cette distinction n'a plus lieu d'être puisque la jurisprudence considère que la contribution aux charges du mariage est due jusqu'à la dissolution du mariage. En effet, la Cour de cassation considère que le devoir de secours doit satisfaire les besoins matériels du créancier au regard du niveau social du ménage, ce qui ne correspond donc plus à un minimum vital. Ainsi les deux devoirs sont à rapprocher et le devoir de contribution va absorber celui de secours.

Pourtant le devoir de secours conserve une application autonome dans l'hypothèse de la séparation de corps. En effet, dans le cadre de cette séparation il n'y a plus d'obligation de contribuer aux charges du mariage, qui est donc relayée par le devoir de secours. De la même manière, il existe une manifestation autonome du devoir de secours durant les instances en divorce.

Article 220-1 « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.
Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.
Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences. Le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. Les mesures prises sont caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée. La durée des autres mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans. »

Cet article permet de sanctionner les devoirs issus du mariage sur un autre terrain que celui du divorce. Concernant le manquement grave à un devoir, l'article 242 du Code civil, qui concerne le divorce, parle d'une violation grave ou renouvelée d'un devoir issu du mariage. Les mesures prises par le juge seront des restrictions de pouvoir de l'époux qui met en péril les intérêts de la famille. Par exemple, le juge peut interdire à un époux de changer la situation des biens mobiliers de la famille. Les manquements aux devoirs peuvent concerner des devoirs autant de nature patrimoniale qu'extrapatrimoniale. En effet, les manquements aux devoirs extrapatrimoniaux peuvent exercer une influence sur les intérêts patrimoniaux du couple. Concernant la mise en péril des intérêts de la famille, la notion d'urgence sera déterminante. L'art 220-1 ne définit pas l'intérêt de la famille, c'est une notion cadre, mais ce n'est pas non plus une notion fourre-tout. Le juge appréciera

souverainement la situation. L'intérêt de la famille peut être distinct des intérêts individuels du conjoint mais pas nécessairement.

§2 – Les régimes matrimoniaux.

A – Le régime légal.

La communauté légale réduite aux acquêts est caractérisée par le fait qu'il existe 3 masses différentes de biens qui vont coexister :
- La communauté est composée des acquêts, c'est-à-dire du patrimoine commun. Tous les biens acquis à titre onéreux par les époux pendant le mariage sont la propriété commune des époux. Le passif est composé de toutes les dettes contactées par les époux pour les besoins du mariage, qu'ils les aient contractées ensemble ou séparément. Cependant si la dette n'a été contractée que par l'un d'eux, elle lui incombera en dernier lieu, au niveau de la contribution à la dette.
- Chaque époux conserve également son patrimoine propre qui se compose des biens qu'il possédait avant le mariage, quelle que soit la nature de ces biens, ainsi que des biens acquis pendant le mariage à titre gratuit.

Les trois différents types de biens sont donc : les biens communs (les acquêts, ce qui est acquis après le mariage), les biens personnels du mari, les biens personnels de la femme.

En principe, les biens communs sont en gestion concurrente, c'est-à-dire que les époux exercent en commun les mêmes pouvoirs dessus. Chacun peut agir seul à l'égard de ces biens, mais à égalité avec l'autre. Il existe néanmoins certaines exceptions :
- Un époux aura parfois la gestion exclusive de certains biens communs, c'est par exemple le cas pour les instruments de travail.
- Les époux peuvent également avoir la gestion conjointe de certains biens, ce qui implique que les deux époux doivent être d'accord pour accomplir un acte sur le bien. Ce type de gestion est notamment prévu pour la protection du logement familial dans l'article 215 al.3 du Code civil.
Au contraire, les patrimoines propres sont gérés de façon exclusive par celui auquel il appartient, l'autre époux ne peut s'immiscer dans cette gestion.

Passif : dettes contractées par les époux pour les besoins du mariage, mais aussi par les dettes contractées par un seul époux pendant le mariage. Il faut bien sur noter que l'obligation à la dette et la contribution à la dette va être différente dans les différents cas.
En principe elle incombe généralement à l'époux qui a contracté la dette.

Les biens communs sont en général à la gestion concurrente (les époux exercent en commun les pouvoirs sur les biens communs.) Mais deux exceptions :
- Les époux doivent avoir une gestion exclusive. Ce sera par exemple le cas des instruments de travail (quand bien même appartiennent-ils aux deux époux, ils sont gérés par l'époux dont c'est la profession). Cet époux est le seul à pouvoir agir.
- Gestion conjointe : les deux époux, pour accomplir un acte sur un bien, doivent y consentir (on avait vu cela avec le logement de travail, article 215 al.3.)

A l'inverse, les patrimoines propres sont gérés individuellement et exclusivement par l'époux le possédant.
Concernant les patrimoines propres :
Contient les biens que les époux possédaient antérieurement au mariage. Chaque époux conserve la propriété sur ces biens (antérieurs au mariage.) Ce patrimoine va être aussi composé de ce que les époux ont acquis individuellement à titre gratuit (libéralités.)

B – Les régimes conventionnels.

Les époux peuvent par contrat choisir un régime matrimonial. Un régime communautaire élargi à tous les biens mobiliers leurs appartenant, il s'agit de la « communauté des meubles et acquêts. »
Ils peuvent élargir la communauté à tous leurs biens, il s'agit de la « communauté universelle » : biens présents (possédés avant le mariage), biens futurs (seulement biens à titre gratuit) etc.
Les époux peuvent avoir la volonté de distinguer leurs patrimoines respectifs : séparation de biens. Ils vont administrer leur masse propre de biens de manière exclusive. Il ne faut pas oublier la nuance du régime primaire, qui s'applique à tous les époux quel que soit leur régime patrimonial.

Régime de la participation aux acquêts :

L'idée est que durant toute la durée du mariage la séparation de biens s'appliquera entre les époux, mais lors de la dissolution du mariage et du régime matrimonial, on va permettre à l'époux qui s'est le moins enrichi de participer aux acquêts de son conjoint, droit de percevoir une part des acquêts de son conjoint.
C'est le régime légal en Allemagne. Les notaires ne l'appliquent pas souvent en France dans la mesure où il est jugé trop complexe à mettre en œuvre.

Il est possible de changer de régime matrimonial durant le mariage. La loi qui a réformé les successions en 2006 a modifié cette possibilité, en permettant un changement purement conventionnel, c'est-à-dire sans obtenir une homologation du juge. Notons qu'il faut tout de même un acte notarié, un acte sous seing privé ne permettant pas ce changement, il ne faut pas par ailleurs qu'il y ait un enfant mineur issu du couple, ce qui nécessiterait l'intervention du juge.
Même si en présence d'enfants majeurs cela est permis, ces derniers ont un droit d'opposition au changement de régime de leurs parents. Cela ouvre alors la voie judiciaire, et il faut que le juge homologue ce changement.
Ce droit est également ouvert aux créanciers des époux, ce qui ouvre là encore la voie judiciaire.

Titre deux : Le couple non marié.

S'agissant de personnes majeures, le droit français a tout à fait admis le principe de la liberté sexuelle entre majeurs. Hormis les cas de viol, d'agression ou de harcèlement, la relation sexuelle entre personnes majeures n'est jamais constitutive d'une infraction pénale, quand bien même l'une des deux personnes est mariée.

L'adultère a été dépénalisé en 1975. En revanche, si l'une des personnes est mineure, cela est réprimé pénalement. Les relations homosexuelles entre personnes majeures elles ne sont plus constitutives d'une infraction pénale depuis 1982.

Auparavant, le concubinage était considéré comme une situation de fait, par opposition au mariage, situation de droit. Le droit ne faisait donc pas produire d'effets au mariage. Mais cela a évolué, en raison de la prise d'importance sociale du concubinage.
Il faut aussi noter la création en novembre 1999 du pacte civil de solidarité.

Chapitre un : Le concubinage.

Il était traditionnellement défini comme « le fait pour deux personnes d'entretenir des relations d'une certaine durée et d'une certaine stabilité comme des personnes mariées, mais sans être mariées. »
En ce qui concerne le concubinage homosexuel il a fallu attendre la loi du 15 novembre 1999 pour le consacrer.

Preuve du concubinage :
Pour lui faire produire des effets, il faut le prouver, qu'il soit invoqué par les personnes intéressées ou par un tiers. Puisqu'il s'agit d'un fait juridique, il se prouve par tout moyen.
Certaines municipalités facilitent les choses en fournissant un certificat de concubinage, qui n'a néanmoins aucune force liante pour le juge. Ce dernier ne constitue qu'un indice comme d'autres aux yeux du juge.
Lorsque la preuve doit être rapportée par un tiers, cela peut se heurter à la barrière de la vie privée des concubins.

Section une : La reconnaissance progressive du concubinage hétérosexuel par le droit positif.

L'union libre n'a jamais fait l'objet d'un statut cohérent. C'est toujours le cas aujourd'hui. Le code civil l'ignorait auparavant et refusait de lui faire produire des effets. Le phénomène s'étant amplifié socialement, il fallait pouvoir lui reconnaître une certaine existence juridique. Fonctionne-t-on par analogie avec le mariage, ou doit-on créer des règles spéciales ? Les tribunaux étaient en effet devant un problème, obligés de juger sous peine de déni de justice.
La loi n'a pas opté pour un régime permettant de régler les effets du concubinage. Elle a simplement donné une définition du concubinage dans la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS.
Article 515-8 du code civil : « union de fait caractérisé par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

§1 – Les effets du concubinage dans les rapports entre concubins.

Les concubins ne sont liés par aucun lien de droit. Ils échappent aux droits et devoirs des articles 212 et suivants du code civil.

Chaque concubin doit donc supporter les frais qu'il engage, sans possibilité de se retourner contre l'autre pour demander une quelconque solidarité (à défaut d'accord contraire des intéressés, évidemment).
Il n'y a pas de droit au nom ni de vocation successorale. Les relations sont donc régies par un principe d'indépendance. En revanche, cette indépendance caractérisant ces relations pendant la durée du concubinage devra être nuancée lorsqu'il s'agira d'envisager la rupture du concubinage.

§2 – Les effets du concubinage dans les rapports des concubins avec les tiers.

A – Le concubinage invoqué à l'égard des tiers.

Il faut noter que la législation sociale (sécurité sociale) prend de plus en plus en compte les compagnes, les personnes à charge etc. En visant à leur attribuer les mêmes droits que les conjoints (mariage !) C'est-à-dire les allocations etc. En ce qui concerne la matière locative, à l'inverse du mariage le concubinage ne rend pas le bail commun. La loi du 6 juillet 1989, qui protège le locataire, prévoit que lorsque le concubin titulaire du bail décède, le concubin survivant bénéficie d'un droit à continuation de ce bail, à la condition d'avoir habité dans ce lieu depuis au moins un an.

La responsabilité des tiers, en cas de décès ou de dommage causé à l'un des concubins :
- Lorsqu'une personne mariée est tuée, le conjoint peut obtenir une réparation du responsable de son préjudice à lui : préjudice par ricochet. Qu'en est-il du concubinage ?
- La même possibilité a longtemps été refusée par la jurisprudence qui exigeait un lien de droit entre la victime directe (personne tuée) et la victime par ricochet.
Maintenant la jurisprudence admet cette possibilité et a abandonné cette nécessité d'un lien de droit. Il suffit alors de prouver le caractère réel et stable du concubinage pour obtenir l'indemnisation de la victime par ricochet (qu'il s'agisse d'un préjudice moral ou matériel.)
- Chambre mixte du 27 février 1970 « Dangereux ». Par cet arrêt la Cour de Cassation a abandonné l'exigence de lien de droit.

B – Le concubinage invoqué par les tiers.

Se pose le problème de la solidarité des concubins à l'égard des dépenses qu'ils engageraient à propos de l'entretien du ménage.
Grande différence entre mariage et concubinage. En matière de mariage c'est l'article 220 qui pose le principe de la solidarité ménagère des époux (une dépense contractée par l'un des époux pour l'entretien du ménage va engager l'autre époux, notamment au regard des créanciers.) La jurisprudence est constante en matière de concubinage et estime que l'article 220 ne s'applique pas aux concubins, et on n'a pas élaboré de règle jurisprudentielle de solidarité entre les concubins.
Civ. 1re 2 mai 2001 « EDF contre Mme X… » : EDF réclamait le paiement de la facture à cette femme, alors que les factures avaient été adressées à l'ancien concubin, en se fondant sur l'article 220. La CA avait accueilli la demande, la Cour de Cassation avait cassé cet arrêt pour violation de l'article 220.
Se pose aussi le problème de la réclamation de l'extinction de certains droits issus d'un mariage antérieur.

Un veuf ou un divorcé tire certains droits de la rupture de son mariage (droits alimentaires –prestations compensatoires-, réversion d'une pension de retraite etc.). Certains textes vont prononcer l'extinction de ces droits si le bénéficiaire se remarie. Le législateur a étendu cette solution au cas où le bénéficiaire des droits tirés de la dissolution du mariage antérieur vit en concubinage notoire.

Section deux : La reconnaissance tardive du concubinage homosexuel par le droit positif.

Face aux demandes de couples homosexuels (indemnisations etc.), les réactions de la jurisprudence furent négatives.

§1 – Le refus jurisprudentiel du concubinage homosexuel.

La loi ne prévoyait pas de solution, ne le faisant déjà pas pour le concubinage hétérosexuel. On considérait le concubinage comme l'ombre du mariage, il devait alors emprunter les caractères du mariage. Comme le mariage est hétérosexuel, alors il était admis que le concubinage était hétérosexuel.
Cette solution a été adoptée par la Cour de Cassation dans deux arrêts de la Chambre sociale en date du 11 juillet 1989 : Une disposition de la loi qui « fait référence à la vie maritale ou au concubinage à la situation de deux personnes ayant décidé de vivre une vie commune comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut évidemment que concerner un homme et une femme. »
Cela a été réaffirmé par la suite très fréquemment, notamment par un arrêt de la Chambre civile du 17 décembre 1997. Il y avait donc une exclusion globale du concubinage homosexuel, relativement arbitraire dans la mesure où l'homosexualité n'était plus contraire au droit.

La jurisprudence a donc fini par s'assouplir et a dû reconnaître certains effets à l'union de deux personnes homosexuelles.

§2 – La reconnaissance progressive de certains effets de la cohabitation homosexuelle.

Avant même que la loi reconnaisse le concubinage homosexuel, certaines modulations ont été opérées. Le législateur a modifié la loi s'agissant de certains avantages sociaux pour que les concubins homosexuels puissent bénéficier des mêmes droits que les concubins hétérosexuels : loi du 27 janvier 1993 en matière d'assurance maladie. De la même manière, quelques décisions isolées des juridictions du fond ont admis la même solution que celle que l'arrêt « Dangereux » de 1970 avait posée : indemnisation de la victime par ricochet.

La règle majeure a été la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS. Elle a posé une définition du concubinage (différent du PACS !), en se référant au concubinage homosexuel autant qu'au concubinage hétérosexuel. C'est donc l'article 515-8 du code civil.

La conséquence pratique est importante puisque grâce à cette reconnaissance légale du concubinage homosexuel, toutes les dispositions législatives faisant référence au concubinage ou parfois à la vie maritale pouvaient dès lors s'appliquer aux concubins homosexuels.

Chapitre deux : le Pacte civil de solidarité.

Le législateur a été conduit à adopter cela car il fallait doter d'un statut légal des couples souhaitant ne pas se marier, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels, notamment car ce qui existait en matière de concubinage était insuffisant.
Plusieurs tentatives se sont succédé, et il a fallu dix ans pour mettre en œuvre une telle réforme.
1992 : proposition de loi pour un « contrat d'union civile », se rapprochant d'un mariage bis. Le projet a été avorté.
1998 : « pacte d'intérêts communs » qui s'éloignait du mariage bis, et permettait un cadre minimal organisant les relations pécuniaires entre concubins.
1998 toujours : proposition de loi pour créer le PACS. Après plusieurs modifications est né le texte issu de la loi du 15 novembre 1999.

Cette loi a ajouté dans le livre premier du code civil traitant des personnes un titre douze « Du pacte civil de solidarité et du concubinage. » Il s'agit des articles 515-1 à 515-8. A l'époque, sur le plan technique, il y eut beaucoup de discussion car la loi définit le PACS comme étant un contrat, et insère cela dans un titre relatif au personne, et non pas dans les mêmes dispositions que les autres obligations.
C'est un contrat soumis à un régime particulier, un contrat spécial. Le droit commun des contrats doit-il s'y appliquer ? Le CC a été saisi de la question.
Il a considéré que le droit commun des contrats devrait s'appliquer au PACS, sauf dispositions particulières de la loi. Il a tout de même dit que si des dispositions du droit commun des contrats devaient être en contradiction avec l'esprit du PACS (droit de la famille), alors le droit commun ne devrait pas s'appliquer, devrait être écarté.

Le PACS a en réalité fait l'objet d'une simple phase expérimentale. Le statut du PACS a en effet été réformé à l'occasion de la loi qui a réformé les successions et les libéralités en date du 23 juin 2006. Elle réforme profondément le PACS de 1999, et en réalité cela n'est pas étonnant tant la loi de 1999 avait été critiquée sur la question des successions. On avait alors considéré en parlant du PACS de « bricolage législatif », très incomplet et incohérent.
La loi de 2006 est une refonte du PACS. Puisque ce n'était pas son objet principal, la loi de 2006 a laissé de coté certaines questions s'agissant du PACS en matière d'incapables majeurs. C'est alors la réforme des incapacités du 5 mars 2007 qui est venu combler les dernières lacunes s'agissant du PACS.

Section une : Les conditions d'existence du PACS.

Il y a eu plus de 60 000 PACS enregistrés en 2006, contre moins de 40 000 en 2004. En 2004 il faut noter que sur les presque 40 000 PACS conclus, seuls 6 000 sont homosexuels. Entre 1999 et 2005, sur plus de 200 000 PACS, plus de 26 000 ont été dissous, soit un peu plus de 13%.
Les textes sont les articles 515-1 à 515-7 s'agissant du PACS (le 515-8 ne fait que donner la définition du concubinage.)

§1 – Les conditions de fond.

Peu nombreuses et énoncées par l'article 515-1 du code civil :

Contrat conclu par deux personnes physiques, majeures, de sexes différents ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. On fait donc référence aux personnes physiques majeures, mais qu'en est-il des majeurs incapables ? La loi de 2006 était restée muette, et c'est la loi de mars 2007 qui entrera en vigueur le 1er janvier 2009, qui va autoriser la conclusion de PACS par les majeurs incapables, selon le statut de protection.

Concernant les majeurs sous curatelle, le PACS peut être conclu avec l'assistance du curateur.
Pour le majeur sous tutelle le PACS pourra être conclu, mais avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille.
Au moment même de la signature du PACS, le majeur sera assisté de son tuteur lors de la signature de la convention ; en revanche, il n'y a pas d'assistance, ni de représentation, prévue lors de la déclaration conjointe au greffe tribunal d'instance.

Pour conclure un PACS on ne doit pas être engagé par un certain nombre de liens.
La réglementation du PACS prévoit certains empêchements, dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité du PACS. Ces liens sont visés par l'article 515-2 :
- Entre ascendants et descendants en ligne directe.
- Entre alliés en ligne directe (beau-père/belle-fille etc.)
- Entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus.
La conclusion est également interdite pour toute personne déjà mariée ou liée par un PACS.

§2 – Les conditions de formes.

Maintenu par rapport à loi de 1999. Les partenaires doivent faire la déclaration conjointe de leur PACS au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel ils résident. En droit comparé on parle d'ailleurs de « partenariat enregistré. » Pour que cette déclaration produise ses effets, il faut que les partenaires fournissent un certain nombre de pièces.
- Convention passée entre les partenaires pour organiser leur vie commune, ladite convention pouvant émaner d'un acte sous seing privé mais aussi d'un acte authentique (en effet, on n'impose pas aux époux le passage devant notaire quand ils sont soumis au régime de communauté légale.) La Belgique est l'un des seuls pays s'étant engagé sur la voie de l'obligation du passage devant notaire.
- Pièces d'état civil permettant d'établir l'identité et de vérifier qu'il n'y a pas d'empêchement.

Une fois que le greffier du tribunal d'instance a reçu la convention et vérifié les conditions de fond et de formes, il va imposer son visa sur la convention, vérifier la date, signer chaque page de la convention, l'enregistrer et la restituer aux désormais partenaires. Le PACS est ensuite mentionné sur l'acte de naissance des partenaires.

Section deux : Les effets du PACS.

Le PACS a pour objet de permettre l'organisation de la vie commune des partenaires, et la loi de 1999 était essentiellement tournée vers les effets patrimoniaux du PACS. Il ne fallait pas consacrer une institution « trop proche » du mariage, les parlementaires s'étaient alors refusés à lui faire produire des effets personnels.
L'évolution législative et jurisprudentielle montre une prise en compte des effets personnels et la loi de 2006 a introduit des effets personnels calqués sur ceux du mariage qui vont régir le PACS.
Le PACS de 2006 se rapproche donc du mariage.

§1 – Les effets personnels du PACS.

Désormais, le PACS va avoir une incidence sur l'état civil des partenaires, comme le mariage, et va leur imposer des devoirs semblables à ceux qui résultent du mariage.

A – L'état civil des partenaires.

Il s'agit du nouvel article 515-3-1 du code civil qui dispose désormais qu'il « est fait mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration de PACS ainsi que de l'identité de l'autre partenaire ». Cela se fait en revanche par l'intermédiaire du Greffe du tribunal d'instance, et non de l'officier d'état civil.
Les enjeux de cette mention sont la publicité et la preuve. La mention est très utile puisqu'elle va permettre de justifier auprès des tiers qu'une personne est pacsée, puisqu'avant les greffiers étaient énormément sollicités pour délivrer des attestations de « non PACS » (il fallait prouver qu'on n'était pas pacsé !). Maintenant il suffit de produire une copie de l'acte de naissance.

B – Les devoirs réciproques des partenaires.

La loi de 1999 avait tout de même donné naissance à des devoirs réciproques, mais ils ont été confirmés et renforcés par la loi de 2006. Ils sont désormais très semblables à ceux des époux, mais cela ne concerne que le contenu des devoirs et non la sanction.

1 – Le contenu des devoirs des partenaires.

Le nouvel article 515-4 du code civil dispose que les partenaires s'engagent à une « assistance réciproque. » C'est une idée nouvelle d'imposer une assistance morale entre les partenaires : plus une simple aide pécuniaire, mais aussi du respect, de la sincérité, de la courtoisie… La loi ne définit pas ce devoir, mais comme cela fait écho aux devoirs du mariage on peut assimiler les deux.

La loi de 2006 n'avait pas accordé de protection particulière aux partenaires d'incapables majeurs. La loi du 5 mars 2007 a permis une avancée en permettant au juge de désigner le partenaire comme le curateur ou le tuteur de la personne incapable.

Nouvel article 515-4 : les partenaires s'engagent à une vie commune. Cela va donc impliquer des conséquences patrimoniales. Cela implique-t-il une fidélité entre les partenaires ?
Les lois de 1999 et 2006 sont muettes sur ce point. On peut seulement trouver une ordonnance du tribunal de grande instance de Lille en date du 5 juin 2002 (pas même autorité que la Cour de Cassation) qui estime que l'obligation de vie commune entre les partenaires d'un PACS commande de sanctionner toute infidélité.

2 – Les sanctions en cas de manquement aux devoirs.

Le Conseil constitutionnel a déclaré que ces obligations avaient un caractère d'ordre public. Elles sont différentes de la matière matrimoniale. Le législateur n'a néanmoins pas prévu de sanction en cas d'infraction. L'analogie avec le mariage s'arrête puisqu'elle est techniquement impossible. Le divorce n'existe pas !
On pourra dire que le partenaire qui subirait l'inexécution d'une obligation découlant du PACS pourra avoir recours à la rupture unilatérale du PACS (article 515-7.) De même l'inexécution d'une obligation doit permettre à la victime de réclamer des intérêts sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle.

§2 – Les effets patrimoniaux du PACS.

Grande différence entre le PACS et le concubinage. On se rend compte que parmi toutes les dispositions relatives aux effets patrimoniaux du PACS on distingue une différence entre une sorte de régime légal et un régime conventionnel.

A – Le régime « primaire » du PACS.

Ce régime n'est pas aussi développé qu'en matière de mariage, aucune disposition n'a par exemple pas été prise pour protéger le logement commun.
Trois séries de règles vont s'imposer aux partenaires pendant la durée de leur convention.

a) L'aide matérielle.

Elle était déjà prévue par la première législation, mais la loi de 2006 est venue la compléter.
L'article 515-4 prévoit désormais que si les partenaires n'en disposent pas autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives (idem mariage.)

b) La solidarité pour les dettes ménagères.

Cette obligation était déjà prévue, puis modifiée par la loi de 2006. Elle ne concerne que les dépenses de la vie courante, à l'exclusion dorénavant des dépenses d'investissement (emprunts immobiliers), ainsi que pour les dépenses « manifestement excessives » (idem mariage.)

c) La présomption de pouvoir pour les biens meubles détenus individuellement.

C'est un mécanisme que l'on a pu voir en matière matrimoniale (matière bancaire et matière immobilière.) L'idée est de renforcer l'autonomie des partenaires en matière mobilière.

Outre cela il existe d'autres effets, le PACS produit des effets en matière fiscale, sociale, ou encore en matière de baux d'habitation. Les partenaires vont faire l'objet d'une imposition commune, alors que de simples concubins vont être imposés séparément.
En matière sociale le texte permet également aux partenaires de bénéficier de la qualité d'ayant-droit de l'assuré pour les prestations d'assurance maladie etc.

Dans le domaine des baux d'habitation la loi de 1989 sur les droits des locataires a été complétée par la loi de 1999 sur le PACS pour permettre le droit de continuation et pour permettre aux partenaires de bénéficier, soit de la continuation du contrat quand le partenaire abandonne le domicile, soit du transfert du bail d'habitation (il devient le titulaire) en cas de décès du partenaire.

B – Le régime légal.

Comme dans le cadre du mariage, si les partenaires n'en décident pas autrement, on leur appliquera un régime patrimonial légal. La loi de 1999 posait une présomption d'indivision par moitié pour tous les biens acquis à titre onéreux après la conclusion du PACS. Ce régime était assez étrange car il rendait les partenaires copropriétaires de tous leurs biens.
La loi de 2006 a opté pour un régime légal plutôt séparatiste. Chacun est propriétaire des biens qu'il a acquis à titre onéreux au cours du PACS, mais ce régime est assorti d'une présomption d'indivision. Autrement dit, tous les biens pour lesquels aucun des partenaires ne peut justifier qu'il en a la propriété exclusive sont réputés appartenir aux deux.

C – Le régime conventionnel.

Si le régime légal ne satisfait pas les partenaires, ils peuvent opter pour un régime d'indivision pour tous les biens acquis pendant la durée du PACS, qu'ils aient acquis ces biens ensemble ou séparément. L'article 515-5-2 du Code civil permet néanmoins que, même dans ce régime d'indivision des acquêts, certains biens resteront personnels de par leur nature. Les biens indivis sont soumis à une gestion concurrente, c'est-à-dire que chacun des partenaires a les mêmes pouvoirs que l'autre et peut agir seul à l'égard de ces biens. Toutefois, les partenaires peuvent toujours en décider autrement par leur convention.

Titre 3 : La désunion du couple.

Chapitre 1 : La dissolution du lien conjugal, le divorce.

Le divorce est une dissolution du lien matrimonial qui intervient du vivant des époux. Si un époux meurt en cours d'instance de divorce, on considère que c'est le décès qui dissout le mariage et non le divorce.

Le divorce intervient à la suite d'un jugement et il ne peut être prononcé que pour les causes limitativement énumérées par la loi. Ce divorce produit une rupture complète du lien matrimonial qui ne produit donc plus aucun effet.

Le divorce est un phénomène à la fois moral, religieux, patrimonial et juridique et le droit est obligé de s'inspirer de tous ces aspects pour le réglementer. Dans l'Ancien droit le divorce avait disparu sous l'influence du droit canonique. La Révolution a ressuscité l'institution du divorce et l'a même ouverte très largement puisque le divorce était admis par consentement mutuel et même pour simple incompatibilité d'humeur. Le Code civil de 1804 a maintenu le divorce mais l'a limité et a notamment supprimé ce divorce pour incompatibilité d'humeur. En 1816, sous la Restauration, le divorce a été complètement supprimé. Il n'a ensuite été réinstauré que par la loi Naquet de 1884.
Concernant les réformes plus contemporaines, la loi du 11 juillet 1975 a largement modifié le divorce et a notamment réintroduit en droit positif le divorce par consentement mutuel. On peut noter que cette loi a été entièrement pensée par le Doyen Carbonnier. Ensuite, la loi du 8 juillet 1993 a instauré le JAF qui est un juge unique compétent pour prononcer le divorce quelle qu'en soit la cause. Puis la loi du 30 juin 2000 a réformé les questions liées à la prestation compensatoire. Enfin la loi du 26 mai 2004 a, de nouveau, réformé de façon importante le divorce.

Section 1 : les règles communes relatives à la procédure de divorce.

Les règles concernant la procédure de divorce sont essentiellement inscrites dans le NCPC, bien que le Code civil en contienne également quelques-unes. La loi de 2004 a largement réformé les procédures de divorce afin de répondre à un double objectif d'accélération et de simplification de la procédure. On a notamment élaboré un tronc commun procédural pour les différents cas de divorce.

Le divorce est une institution judiciaire et requiert donc toujours l'intervention du juge. Le législateur a estimé que cette intervention du juge est indispensable car le divorce est un domaine éminemment conflictuel. Le juge doit donc veiller à ce que le climat reste loyal ou, du moins, ne défavorise ni un époux par rapport à l'autre ni les enfants. Même dans le divorce par consentement mutuel, il faut s'assurer que les intérêts des époux et des éventuels enfants soient préservés. Il est vrai que lorsque le divorce n'est absolument pas conflictuel, le fait de

devoir quand même passer devant un juge est plus lourd et plus coûteux que si une simple intervention du notaire suffisait. Dans la pratique ces situations sont extrêmement rares et on a considéré que si le notaire est incontestablement compétent pour les questions patrimoniales, il ne l'est néanmoins pas pour les questions extrapatrimoniales.

§1 – La compétence du juge aux affaires familiales.

Le JAF est compétent pour statuer sur le divorce et sur ses conséquences quelle que soit la cause du divorce. Le TGI n'est compétent que de façon résiduelle lorsque le JAF lui renvoie l'affaire parce qu'il le décide ou parce que les parties le lui demandent. Le JAF est toujours une juridiction rattachée au TGI. Le JAF statue sur des questions aussi diverses que les modalités d'exercice de l'autorité parentale, la prestation compensatoire, la pension alimentaire, etc.

S'agissant de la compétence territoriale, l'idée générale est de rechercher le JAF le plus proche des éventuels enfants mineurs. L'article 1070 du NCPC dispose que « Le juge aux affaires familiales territorialement compétent » est :
- Le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
- Si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;
- Dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure. » Autrement dit, le JAF compétent est d'abord celui de la résidence de la famille, ou celui de l'époux qui a la garde des enfants s'il n'y a plus de résidence commue, à défaut ce sera celui du lieu où réside l'époux défendeur.

§2 - Le déroulement de l'instance.

Le déroulement de l'instance de divorce est le même quelle que soit la procédure, sauf pour le divorce par consentement mutuel. L'action en divorce est dite attitrée car seuls les époux peuvent agir en divorce, personne d'autre. Ceci peut paraître évident, pourtant la précision est d'importance car en droit commun tous ceux qui ont un intérêt à agir peuvent le faire.

Le juge est saisi par le dépôt d'une requête initiale. Celle-ci n'indique plus les motifs du divorce. Le choix du type de divorce n'interviendra qu'après la tentative de conciliation. Après le dépôt de la requête, le juge va convoquer les époux pour tenter de les concilier. Cette tentative de conciliation est obligatoire pour tous les divorces contentieux. En pratique, la conciliation n'aboutit jamais, en conséquence le législateur de 2004 a prévu que cette tentative a surtout comme objectif d'inciter les époux à régler ensemble les conséquences du divorce. La loi insiste sur le fait que les époux doivent s'arranger à l'amiable et passer des accords.

Le demandeur peut solliciter la prise de mesures urgentes qui ont pour particularité de pouvoir être ordonnées par le juge sans que le défendeur n'en soit averti. Ce sont des mesures encadrées et énumérées à l'article 257 du Code civil qui dispose que « Le juge peut prendre, dès la requête initiale, des mesures d'urgence. Il peut, à ce titre, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. Il peut aussi, pour la garantie des droits d'un époux, ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs. Les dispositions de l'article 220-1 et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables. »

En vertu de ce texte, le juge va donc pouvoir prendre des mesures en cas de danger, il peut donc autoriser la résidence séparée ou ordonner des mesures conservatoires pour éviter qu'un époux ne dilapide les biens restants avant le prononcé du divorce. L'ordonnance qui prévoit ces mesures d'urgence n'est pas susceptible de recours mais elle n'est que provisoire pour l'instance. Une fois qu'il aura prononcé le divorce, le juge pourra maintenir ou modifier ces mesures.

Après la conciliation échouée, on établit une ordonnance de non-conciliation qui est l'acte procédural qui va permettre à l'époux qui a déposé la requête initiale d'assigner son conjoint faisant ainsi entrer le divorce dans sa phase contentieuse. Même alors, le rôle du juge est d'inciter les époux à s'entendre comme le prévoit l'article 252-3 du Code civil qui dispose que « Lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable. »

Par ailleurs, il peut arriver que la procédure de divorce s'étale assez longuement dans le temps, particulièrement en cas d'appel. Durant ce laps de temps, le juge va donc devoir aménager la situation des époux et des enfants. Pour cela il peut prendre de mesures provisoires qui ne sont motivées ni par le danger ni par l'urgence. Le JAF peut notamment statuer sur la garde provisoire des enfants ainsi que sur un éventuel droit de visite ou sur une garde alternée. De même, le juge prend des mesures concernant la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Cette contribution prendra la forme d'une pension alimentaire. De plus, le juge fixe le lieu de vie des

époux ce qui signifie concrètement qu'il va autoriser les époux à résider séparément. Enfin, il règle les relations pécuniaires entre les époux, c'est-à-dire qu'il prévoit éventuellement une pension alimentaire due au titre du devoir de secours et de l'obligation de contribuer aux charges du ménage. Depuis la loi de 2004, toutes ces mesures font une large place à la volonté des époux car l'article 254 prévoit que celles-ci sont fixées en considération des accords éventuels des époux. Pour la même raison, la loi de 2004 introduit le recours à la médiation familiale. Le juge peut proposer ou enjoindre aux parties d'avoir recours à la médiation. Toute l'idée de la loi est donc de pacifier les relations familiales même dans le cadre du divorce. Un diplôme de médiateur familial a même été créé. L'article 255 du Code civil prévoit une liste non limitative des mesures provisoires possibles. Ces mesures pourront être modifiées au cours de l'instance et elles sont, dans les faits, assez importantes car elles préfigurent souvent de ce que sera le divorce.

C'est au moment de l'assignation, qu'on choisit le type de divorce. Cette assignation doit proposer un règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux sans quoi elle serait irrecevable. Même si c'est à ce moment qu'on choisit le type de divorce, le législateur de 2004 favorise l'existence des passerelles entre les différents cas de divorce. Il est notamment prévu qu'à tout moment de la procédure, les époux peuvent demander au juge de constater leur accord afin de passer à un divorce pour consentement mutuel. L'article 247 du Code civil dispose que « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci. »

§3 – La preuve dans le divorce.

La question de la preuve est importante dans tous les procès et particulièrement en matière de divorce parce qu'il y a de nombreuses choses à prouver mais aussi parce que certains faits vont permettre de mettre fin à certaines prestations. En principe, le droit commun de la preuve va s'appliquer (articles 1315 et suivants du Code civil) donc la charge de la preuve incombe au demandeur. Cependant le droit commun doit être adapté car dans le cadre du divorce les preuves ont la particularité de toucher de très près à la vie privée des époux.

Concernant les modes de preuves, on conserve le principe du droit commun, c'est-à-dire que la preuve est libre. En conséquence, dans un divorce pour faute, celle-ci pourra être prouvée par tout moyen. Cette règle résulte de l'article 259 du Code civil qui dispose que « les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. » Toutefois, la preuve étant liée à la vie privée des époux, des aménagements ont été instaurés. Pour exemple, les lettres missives relèvent en principe de la correspondance privée des époux et ont donc par nature un caractère secret. Leur production en justice devrait donc être soumise à l'accord de l'époux auteur ou destinataire des lettres, mais si on appliquait cette règle celles-ci ne seraient jamais recevables dans une instance de divorce. Le principe a donc été d'admettre que les époux puissent produire des lettres missives à la seule condition que celles-ci n'aient pas été obtenues par fraude ou par violence. Avant 2004, ce principe n'était posé que pour les lettres missives mais il a depuis été étendu à tous les éléments de preuve et l'article 259-1 dispose désormais que « un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude. » Il faut noter que c'est à l'époux qui invoque la violence ou la fraude de la prouver. Avant la loi de 2004, la Cour de cassation s'était déjà engagée dans cette voix en assimilant les journaux intimes aux lettres missives. Dans un arrêt de la 2e Chambre civile du 6 mai 1999, la Cour de cassation a admis la preuve de la faute par la production du journal intime.

On peut s'interroger sur la compatibilité de l'article 259-1 avec l'article 8 de la CESDH qui garantit le respect de la vie privée. La jurisprudence de la CEDH n'admet d'ingérence dans la vie privée qu'à trois conditions cumulatives : l'atteinte doit être prévue par la loi, son but doit être légitime et elle doit être proportionnée au but recherché. Ce dernier critère est souvent celui qui sert à la CEDH à caractériser l'atteinte et donc à la refuser. Dans un arrêt de la CEDH du 10 octobre 2006, la France a été condamnée car le juge avait admis la divulgation du compte-rendu opératoire qui faisait état de l'alcoolisme d'un époux invoqué comme faute pour le divorce (il faut néanmoins noter que les faits étaient antérieurs à la loi de 2004.)

Les témoignages sont souvent utilisés dans le cadre de la preuve de la faute mais l'article 259 dispose que « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. » Autrement dit, les enfants ne peuvent jamais témoigner dans le cadre du divorce en ce qui concerne les griefs invoqués. Ils peuvent seulement être entendus pour les faits qui les concernent. L'interdiction d'entendre les enfants concerne tant les causes de divorce que ses conséquences patrimoniales pour les époux. L'interdiction est d'ordre public et elle concerne tous les enfants, qu'ils soient communs aux conjoints ou issus d'un seul des époux. Elle s'applique mêmes aux enfants majeurs ainsi qu'à leur conjoint et ce même s'ils sont divorcés. On veut ainsi éviter que le divorce ne serve de règlements de compte au sein de l'ex-famille. Le fait que l'interdiction pèse également sur les conjoints desdits enfants est une extension jurisprudentielle qui a été critiquée comme étant attentatoire aux effets du divorce.

Les rapports émanant d'éventuels détectives privés sont considérés comme des témoignages. Le juge est libre d'apprécier ou non le caractère utile de cette preuve.
Le constat d'huissier est aussi admis pour constater l'adultère ou les violences entre époux mais son établissement doit se faire dans le respect de la vie privée sans quoi il sera écarté des débats. S'il est fait en dehors de la résidence commune, le constat devra être autorisé par le juge.

Enfin, le recours à la preuve biologique a un statut particulier. Dans un arrêt du 28 février 2006 de la 1ère Chambre civile, la Cour de cassation a admis la recevabilité de la preuve biologique même en dehors de l'action relative à la filiation. En l'espèce, un père médecin avait découvert, à l'occasion de l'opération de l'appendicite de son fils, que ce dernier n'était en fait pas de lui. L'époux avait alors demandé le divorce pour faute et la question était de savoir si le document qui avait révélé le groupe sanguin de son fils pouvait être produit. De même, l'époux voulait vérifier ce qu'il en était pour ses autres enfants. En 1ère instance, le tribunal avait rejeté la preuve au motif que l'action intentée n'était pas relative à la filiation dont le délai était d'ailleurs écoulé. La CA avait infirmé cette décision, ce qui avait été confirmé par la Cour de cassation qui a rappelé qu'en matière de divorce la preuve se fait par tout moyen. En l'occurrence la preuve n'avait pas été obtenue de manière frauduleuse elle devait donc être admise.

Section 2 : Les cas de divorce.

La décision judiciaire prononçant le divorce ne peut intervenir que dans les cas limitativement prévus par la loi à l'article 229 du Code civil.

Avant 1975, seul le divorce pour faute était admis. Cela aboutissait à des situations complètement absurdes où les époux fabriquaient des preuves de faute car c'était leur seul moyen de divorcer. En 1975, la loi a donc introduit le divorce par consentement mutuel, le divorce sur demande acceptée et le divorce pour rupture de la vie commune. En 2004, le divorce pour faute continuait de constituer près de la moitié des demandes. La législation était imparfaite puisque certains cas de divorce n'étaient pas du tout utilisés, notamment parce qu'ils étaient trop compliqués à mettre en œuvre. Le divorce pour rupture de la vie commune, par exemple, n'était utilisé que pour 1 ou 2% des cas ce qui prouve qu'il ne répondait pas à un besoin. De plus, le divorce pour faute tel qu'il était formulé par la loi de 1975 favorisait trop les conflits ce qui étaient préjudiciables aux intérêts des époux et des enfants. En 2001, une proposition visait à supprimer le divorce pour faute de façon à limiter les conflits. L'idée était d'introduire un divorce « constat d'échec. » Cette proposition a été abandonnée par le législateur de 2004 qui a maintenu la pluralité des cas de divorce mais avec pour objectif de faire reculer le nombre de divorce pour faute. On a remplacé le divorce pour rupture de la vie commune par un divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le divorce sur demande acceptée est devenu le divorce accepté. Et on a maintenu le divorce sur requête conjointe en simplifiant un peu la procédure.

§1 – Le divorce pour faute.

Le divorce pour faute est régit par les articles 242 à 246 du Code civil. Le droit positif ne considère la faute que comme une cause facultative de divorce, il n'existe plus aucune faute constitutive d'une cause péremptoire. La dernière cause péremptoire de divorce était la condamnation criminelle, mais elle a été supprimée par la loi de 2004. La faute est donc laissée à l'appréciation du juge et le simple constat de faute n'entraîne pas nécessairement le divorce.

A – La notion de faute.

L'article 242 du Code civil définit la faute comme un manquement aux devoirs et obligations nés du mariage. Ce manquement doit, de plus, être imputable à l'autre époux. Enfin il faut que ce fait soit constitutif d'une violation grave ou renouvelée et il doit rendre le maintien de la vie commune intolérable. La réforme de 2004 a quelque peu changé la formulation de l'article mais cela n'entraîne aucune modification de son fond.
L'imputabilité signifie que l'époux auteur de la faute doit avoir été conscient et libre d'agir.
La faute peut concerner un manquement à un devoir du mariage expressément visé par les textes (fidélité, cohabitation, etc.) mais ça peut aussi concerner un devoir que la loi ne cite pas expressément mais sans lequel le mariage n'aurait pas de sens. C'était par exemple le cas du devoir de respect avant qu'il soit inséré à l'article 212 par la loi de 2006.
Le manquement seul n'est pas suffisant, il doit cumulativement être grave ou renouvelé. De plus il doit rendre intolérable le maintien de la vie commune. On notera que cette dernière condition est très subjective, d'où la nécessité d'autres critères.

La caractérisation de la faute relève de l'appréciation souveraine du juge de fond. La Cour de cassation n'intervient pas sur l'étude des faits mais elle vérifie que les juges du fond ont effectivement caractérisé une faute.

Les fautes commises au cours de la procédure ont suscité des interrogations. Par hypothèse elles ne peuvent pas répondre à tous les critères de l'article 242 ne serait-ce que parce qu'il n'y a déjà plus de vie commune, celle-ci ne peut donc pas être rendue intolérable par une faute en cours d'instance. Cependant, la jurisprudence considère que tant que le mariage n'est pas dissous, les obligations nées du mariage sont maintenues, ainsi un manquement en cours d'instance constitue une violation aux devoirs du mariage. Néanmoins le juge pourra relativiser le caractère fautif du manquement.

B – Les moyens de défense.

L'époux défendeur peut soit s'opposer à la demande en divorce en contestant les faits qui lui sont reprochés ou en invoquant une fin de non recevoir soit riposter en invoquant à son tour les fautes qu'auraient commises le demandeur.

1 – La réconciliation.

L'article 244 du Code civil dispose que « La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce.
Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande.
Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants. »

La réconciliation des époux a donc l'effet juridique d'un pardon et efface ainsi les fautes du défendeur. Elle empêche donc d'invoquer ces fautes comme cause de divorce. L'aspect chronologique est important lorsqu'il existe plusieurs fautes.
Pour produire ses effets, la réconciliation doit répondre à un élément matériel, la reprise de la vie commune, ainsi qu'à un élément psychologique qui est la volonté de pardonner. De plus, la reprise de la vie commune ne saurait être considérée comme l'élément matériel constitutif de la réconciliation si elle résulte de la nécessité.
Si des fautes devaient être commises après la réconciliation, une nouvelle demande en divorce pourrait être formée sans difficulté.

2 – Les fautes du demandeur.

Le défendeur peut riposter à la demande en divorce formé contre lui en invoquant les fautes commises par le demandeur :
- Soit pour excuser ses fautes et s'opposer à la demande en divorce ;
- Soit pour que le divorce soit prononcé aux torts partagés.

La première hypothèse est visée à l'article 245 al.1 : « Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce. » Par exemple si un mari trompe régulièrement sa femme mais demande le divorce pour faute en apprenant qu'elle lui a également été infidèle, on pourra considérer la demande infondée. Cependant, il faut noter que les fautes du demandeur n'excluent pas forcément celles du défendeur et, le plus souvent, il n'y aura pas ce rapport d'excuse.

La seconde hypothèse est prévue par l'article 245 al.2 : « Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. » Une demande reconventionnelle se caractérise par le fait qu'elle émane du défendeur. Dans ce cas, le défendeur ne s'oppose pas au divorce mais il va, à son tour, émettre dune prétention. Le juge est alors saisi des deux demandes en divorce pour faute. Le plus souvent, ce type de figure donnera lieu au prononcé d'un divorce aux torts partagés.

§2 – Le divorce par consentement mutuel.

Le divorce par consentement mutuel est régi par les articles 230 à 232 et par les articles 250 à 250-3 en ce qui concerne la procédure.

La loi de 1975 prévoyait deux types de divorce par consentement mutuel : le divorce sur requête conjointe et le divorce sur demande acceptée. Depuis 2004, le seul divorce par consentement mutuel est l'équivalent de l'ancien divorce sur requête conjointe. Ce divorce représente près de 40% des demandes. L'idée générale est que les époux doivent être d'accord à la fois sur le principe du divorce mais aussi sur ses conséquences. Le rôle du juge est donc amoindri par rapport aux divorces contentieux, néanmoins ce dernier devra vérifier de la réalité du

consentement et du caractère équitable de la convention des époux. Il devra ensuite homologuer la convention de divorce.

Les conditions nécessaires au divorce pour faute sont peu nombreuses. La loi de 1975 exigeait que le mariage ait au moins six mois d'existence mais cette condition a été supprimée en 2004. La seule véritable condition qui subsiste est la capacité des époux. La loi n'exige aucune cause objective pour admettre ce type de divorce, c'est à dire qu'on ne demande pas aux époux d'expliquer pourquoi ils veulent divorcer, du moment qu'ils sont d'accord pour le faire.

La loi de 1975 organisait deux périodes dans la procédure de divorce : les époux devaient d'abord déposer une requête initiale, puis la demande devait être réitérée. En attendant la réitération, les époux devaient élaborer une convention temporaire fixant les effets provisoires. Ce n'est qu'au moment de la réitération qu'ils proposaient une convention définitive au juge. L'idée de cette double période était de laisser le temps aux époux de se réconcilier. Dans les faits, cela aboutissait à plus de conflits car les époux avaient tout le temps de ne plus être d'accord sur les conséquences de leur divorce.

Le nouvel article 250-1, résultant de la loi de 2004, instaure désormais une audience unique. Le juge constate l'accord des époux, homologue la convention et prononce le divorce. L'article 250 prévoit que la demande en divorce doit être présentée par les avocats des parties qui peuvent également décider de n'avoir qu'un avocat commun. La requête en divorce doit impérativement être accompagnée de la convention dans laquelle les époux règlent les effets du divorce et présentent un état liquidatif du régime matrimonial. Tout doit être prêt lorsque les époux voient le juge.

Le juge va ensuite voir chacun des époux séparément à propos de la convention, notamment pour vérifier leur consentement, puis les époux sont réunis et on appelle les avocats. Après avoir vérifié que les intérêts des époux et des enfants ne sont pas malmenés, le juge homologue la convention et prononce le divorce.

Si une clause ne semble pas respecter certains intérêts, le juge a le pouvoir de la faire modifier ou supprimer. L'article 1099 al.2 du NCPC dispose que « Avec l'accord des parties, en présence du ou des avocats, le juge peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux. » Ce changement ne peut toutefois concerner que des modifications mineures. Si la modification devait bouleverser la convention, donc les faits sur lesquels les parties s'étaient mises d'accord, le juge peut refuser l'homologation. Dans ce cas, les époux disposent d'un délai de 6 mois maximum (article 250-2) pour présenter une nouvelle convention qui tient compte des recommandations du juge. A défaut de nouvelles conventions ou si celle-ci était à nouveau refusée, la demande serait considérée comme caduque (article 250-3.)

On peut noter que mis à part les cas de refus d'homologation, la question des mesures provisoires ne se pose pas dans ce type de divorce car la procédure est assez rapide.

La convention homologuée par le juge est à la fois contractuelle et judiciaire c'est-à-dire que les parties ne pourront plus modifier leur convention sauf à la soumettre à une nouvelle homologation du juge.

La loi d'avril 2004 a tenté de régler autant que faire se peut le contentieux d'après divorce. Les parties peuvent insérer une clause de révision, par laquelle ils pourront notamment modifier le montant de la prestation compensatoire. La question de la force de cette convention homologuée a donné lieu à un très important contentieux. Puisque cette convention prévoit toutes les conditions du divorce, il est évident que les dispositions relatives à l'autorité parentale pourront faire l'objet d'une révision ; et le juge pourra procéder à cette révision (article 373-2-13 C civil.)

En ce qui concerne la nullité de la convention, la jurisprudence n'admet pas l'action en nullité de ladite convention (nature contractuelle partielle, puisque l'action en nullité, notamment pour vice du consentement, n'est pas invocable), que ce soit pour vice de consentement ou pour lésion. Il faut noter également qu'aucune voie de recours n'est envisageable après homologation de la convention par le juge.
En revanche, si le juge refuse d'homologuer la convention, cette décision peut donner lieu à toutes les voies de recours classiques.

§3 – Le divorce accepté.

Articles 233 et 234 du code civil. Il s'agit d'une figure particulière née de la loi de 1975. Il s'agit d'un cas intermédiaire entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour « raisons objectives » (il s'agit du divorce à l'opposé du divorce pour faute, celui qui permet de divorcer sans que l'on constate une faute.)
Ce qui le caractérise est que les époux sont d'accord sur le principe du divorce (point commun avec divorce par consentement mutuel) ; en revanche, ils ne sont pas d'accord sur les conséquences du divorce.
Loi d'avril 2004 :

- L'acceptation du principe du divorce devant le juge est définitive et ne peut être rétractée, même par la voie de l'appel.
- L'acceptation par les époux du principe du divorce se fait sans considération des faits qui sont à l'origine de la rupture.
On dit que c'est un « divorce faillite. »

A – Le double aveu.

Cette procédure débute par une demande formée par l'un des époux, accompagnée d'un mémoire dans lequel il tente de décrire la vie conjugale de manière objective sans incriminer l'autre conjoint. Ce mémoire est communiqué à l'autre époux, qui peut rejeter ou accepter le divorce.

Le juge reçoit alors les deux époux pour constater leur accord et la réalité de leur consentement à ce divorce.
Il constate l'échec du mariage et rend une ordonnance qui fixe les mesures provisoires. Le juge autorise alors chaque conjoint à agir envers son conjoint pour lancer l'affaire contentieuse et permet de délibérer sur les biens.
Avant 2004, le divorce était prononcé par le juge aux affaires familiales suite au constat d'échec du mariage. Cependant, le décret de 2004 dira que le jugement de divorce ne sera effectif qu'après jugement réglant les conséquences du divorce.
Dans deux arrêts de 1984 et 1987, la Cour de Cassation a affirmé que le consentement des époux au principe du divorce pourrait être retiré tant que l'ordonnance du JAF n'était pas définitive.
La loi de 2004 affirme par le biais de l'article 233 al. 2 que l'acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par voie d'appel.

B – La phase contentieuse.

Cette phase a pour but de faire régler par le juge les conséquences du divorce par une décision qui va s'imposer aux époux.

La phase contentieuse commence par l'assignation. Le jugement rendu sur les conséquences sera susceptible de voies de recours. Les conséquences seront prononcées par le juge à la manière du divorce aux torts partagés.

§4 – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Il succède au divorce pour rupture de la vie commune mis en place en 1975, mais s'en distingue tout de même. L'acceptation du divorce pour rupture de la vie commune avait suscité d'importantes controverses, certains lui reprochant d'être un divorce unilatéral, pour répudiation. Au départ il s'agissait d'une rupture « prolongée » de la vie commune.

Ce divorce pouvait être prononcé après six ans de séparation de fait, ainsi que pour l'altération grave des facultés mentales de l'autre conjoint (là encore depuis plus de six ans.) L'époux demandeur devait supporter l'ensemble des conséquences matérielles du divorce. C'est pourquoi il a très peu été utilisé, cela représentant environ 1% des cas de divorce.

Actuellement, l'adoption d'altération du lien conjugal ne reconnaît plus que l'altération de la communauté de vie. La durée de la séparation a été ramenée à deux ans, il est apprécié au moment de l'assignation, et non pas au moment de la requête initiale.

La jurisprudence antérieure peut être évoquée pour savoir s'il faut un élément intentionnel à coté de l'absence de cohabitation (élément matériel.) La jurisprudence est souple, il y a séparation à chaque fois que la cessation de la communauté de vie est constatée, soit pour des raisons matérielles, soit pour des raisons affectives, quelle que soit la cause.
L'altération du lien conjugal doit avoir duré deux ans tout de même, ladite altération devant être ininterrompue.
Si les époux se réconcilient, il y aura reprise de la vie commune. En revanche, si la reprise de la vie commune est temporaire et se base sur des raisons autres que la réelle intention (pour motifs financiers par exemple), on peut imaginer qu'il y aura toujours séparation.
La loi de 2004 a supprimé également la clause de dureté de 1975 (protection du défendeur), qui permettait au défendeur au divorce de s'y opposer si ce divorce devait avoir pour lui ou les enfants des conséquences d'une exceptionnelle dureté.

Il s'agit là encore d'un divorce faillite, divorce constat d'échec.

Il est possible qu'une demande en divorce pour faute soit suivie par l'époux défendeur d'une demande reconventionnelle pour l'altération définitive du lien conjugal. C'est l'article 238 du code civil. Lorsqu'une demande principale est fondée sur la faute, il est possible au défendeur de demander reconventionnellement le divorce

pour altération définitive du lien conjugal. Même si les deux ans de rupture ne sont pas constatés, il sera tout de même possible de d'obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal, la demande en divorce pour faute suffisant à elle seule à justifier l'altération invoquée.

Section 3 : Les effets du divorce.

L'effet principal est la dissolution du mariage, pour l'avenir. Il entraîne des rapports entre les époux, dans les relations avec leurs enfants, mais aussi une relation entre les époux et les tiers.
La loi de 2002 sur l'autorité parentale a affirmé que la situation des parents n'a pas d'influence sur la situation des enfants et l'autorité parentale, c'est pourquoi nous étudierons les effets à l'égard des enfants dans la section relative aux enfants.

§1 – Les effets personnels du divorce.

Les conséquences personnelles vont se produire à la date à laquelle le jugement du divorce devient définitif. C'est-à-dire le jour où aucune voie de recours ne peut plus être exercée à l'encontre du jugement. La loi de 2004 n'a pas apporté de grande modification. Les effets personnels sont dirigés par une double idée : le divorce fait disparaître le lien matrimonial et ses conséquences, en laissant tout de même certaines « séquelles. »

A – La disparition du lien matrimonial.

Les époux redeviennent célibataires, chacun peut alors se remarier ou se pacser. Des réserves avant 2004 concernaient la femme, qui devait observer un délai de viduité (qui avait pour objet d'empêcher l'ex-femme de se remarier avant un délai de 300 jours, c'est-à-dire la période légale de conception, afin d'éviter les hésitations sur la possible paternité post-mariage.)
La loi d'avril 2004 a supprimé cela pour des raisons d'égalité.
Les devoirs du mariage vont disparaître au prononcé du divorce. La procédure de divorce ne faisait que disparaître le devoir de cohabitation (ordonnance de non-conciliation), mais en principe l'obligation de fidélité perdure jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

B – Les séquelles personnelles du mariage.

L'une des séquelles connues concerne le nom. Le principe est que chacun reprend l'usage de son nom, mais lorsque la femme a porté le nom du mari, elle peut en garder l'usage après divorce avec autorisation de son ex-mari (qui peut retirer son autorisation à tout moment), et en cas de désaccord du mari elle peut obtenir ce droit par autorisation du juge si elle prouve qu'elle a un intérêt particulier ou que cela revêt une importance particulière en ce qui concerne les enfants issus du mariage.
L'intérêt particulier peut être celui de l'exercice d'une profession.
Il faut également mentionner la question des empêchements à mariage tirés des liens d'alliance (fait qu'on ne puisse épouser les alliés) ; les empêchements à mariage entre ex-alliés subsistent même après divorce. Il faut nécessairement la mort de la personne créant l'alliance.

§2 – Les conséquences patrimoniales.

Multiples conséquences. Le divorce liquide le régime matrimonial, il s'agit de calculer les patrimoines propres des époux, tout autant que le patrimoine commun. Il faut liquider l'actif et le passif.
L'idée générale de la loi de 1975 en ce qui concerne les conséquences patrimoniales du divorce a été de détacher l'aménagement des effets pécuniaires du divorce de l'idée de sanction. Le but étant de rééquilibrer objectivement la situation de chacun des époux. Il s'était alors agit de ne pas condamner l'un des époux à l'entière responsabilité financière.
Lorsqu'un divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, les sanctions financières étaient très lourdes, d'où l'aménagement de 1975.
La loi de 2004 a voulu aller plus loin dans cette idée de supprimer le lien entre sanction pécuniaire et caractère fautif des époux.

A – La liquidation du passé.

Il s'agit de liquider le régime matrimonial, de régler le sort des donations faites entre époux et du logement familial.

S'agissant de la liquidation du régime matrimonial, c'est une opération qui s'impose notamment dans le cadre de la communauté, surtout dans le cadre de la communauté réduite aux acquêts (Rappelons qu'il y trois patrimoines alors, deux patrimoines propres, et un patrimoine commun.) Il va falloir ici partager la communauté à égalité,

avec notamment le calcul des récompenses : si un patrimoine propre a financé quelque chose pour la communauté, la communauté devra récompenser le patrimoine propre ; et inversement.
Ce que n'est qu'après qu'on ait établi la masse partageable qu'on la répartira entre les époux.

S'agissant des donations entre époux, il faut savoir qu'elles étaient librement révocables si elles avaient fait durant le mariage, sauf si elles étaient inscrites dans le contrat de mariage (acte par lequel les époux choisissent un régime matrimonial pour ne pas être insérés dans le régime légal de la communauté réduite aux acquêts.)
La loi de 2004 a réintégré les donations faites entre les époux dans le droit commun, elles ne sont donc plus librement révocables. Elles sont révocables pour des causes déterminées. Il n'est plus possible de reprendre facilement ce que l'on a donné.

S'agissant du logement familial, le statut va être différent selon qu'il était loué ou qu'il appartenait à l'un des époux ou aux deux.
Si le logement était loué, ils étaient tous deux co-titulaires du bail. Le juge peut attribuer le droit au bail à l'un des époux, en fonction des intérêts en cause. En général il l'attribue à celui des deux époux qui réside avec les enfants, s'il y en a.
Si le logement appartenait aux deux époux, l'un d'eux peut en demander l'attribution préférentielle, plus facilement accordée si l'époux demandeur réside avec les enfants.
Si l'appartenant appartenait en propre à l'un des époux il le récupère. Cependant le juge peut décider l'attribution d'un droit de bail à l'un des époux.

Ces situations sont régies par l'article 285-1 du code civil qu'on appelle en général « bail forcé. »
La durée du bail peut être assez longue, ce bail forcé pouvant être accordé jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

B – L'aménagement de l'avenir.

La loi de 2004 a apporté d'importantes modifications. L'idée était de compenser les différences matérielles tirées du divorce.
Avant 1975 ces compensations prenaient la forme de pensions alimentaires, qui prenaient la forme de versements périodiques et variables. Le problème était alors que la pension alimentaire prolongeait le contentieux après divorce.
La loi de 1975 a voulu modifier le système en remplaçant la pension alimentaire par la prestation compensatoire.
L'idée est que pour éviter le contentieux il fallait éviter le versement mensuel, le versement sous forme de rente.
Il fallait donc faciliter le versement en capital.
En général les gens ne disposaient pas d'assez d'argent pour verser l'ensemble de la somme en capital, était alors décidé le versement périodique…et l'on revenait au problème initial.
La prestation compensatoire a été réformée par la loi du 30 juin 2000 afin de revenir à l'idée du versement de la prestation compensatoire de façon définitive, la rente étant maintenue, mais seulement de manière très exceptionnelle.
La Cour de Cassation, dans deux arrêts du 13 décembre 2001, a censuré des appels qui avaient prononcé des rentes sans justifier le caractère exceptionnel de ce versement.

La loi de 2004 tente d'aller plus loin.

1 – La prestation compensatoire.

a) Les cas d'attribution.

Elle est définie à l'article 270 du code civil comme étant destinée à « compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux. » Son domaine d'application n'a plus aucune limite puisqu'elle peut depuis 2004 être attribuée dans tous les cas de divorce, y compris dans les cas de divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux. Avant cela elle était exclue dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, et dans le cadre d'un divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs.
Dès lors, il est possible d'obtenir une prestation compensatoire alors que l'on demande le divorce pour altération définitive du lien conjugal, cela vaut aussi pour le divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux.
L'article 270 permet au juge de refuser l'allocation d'une prestation compensatoire si l'équité le commande (l'esprit de la loi de 2004 est d'élargir les conditions d'octroi, il ne serait donc pas normal de refuser l'allocation de la prestation compensatoire car l'on jugerait la personne trop fautive, se basant sur la loi d'avant 2004.)

b) Le mode de fixation de cette prestation compensatoire.

Elle est là pour compenser la disparité de niveau de vie causée par le divorce. La loi prévoit donc que la prestation compensatoire est fixée en fonction des besoins de l'époux auquel elle est versée. Cela a donc un aspect alimentaire. A chaque fois que l'on parle d'obligation alimentaire on observe les besoins et les ressources de l'époux bénéficiaire.
Ce qui compte aujourd'hui est d'être dans un état différent de celui avant mariage (donc si appauvrissement entre ces deux moments, ou entre l'entrée en mariage et l'après mariage.) La prestation compensatoire n'est pas alimentaire car elle sera due en cas de disparité et en cas de besoin. C'est pour cela qu'on a dit qu'elle perdait son caractère alimentaire ; qui n'a tout de même pas disparu.
Il faut tenir compte de ce qui se passe au moment du divorce mais aussi prévoir l'évolution de la situation dans un avenir proche (l'époux devra-t-il changer de domicile, acheter une voiture… ?) L'article 271 apporte au juge des critères permettant au juge d'apprécier la situation et déterminer si l'allocation d'une prestation compensatoire est envisageable. Il pourra donc prendre en compte, coté créancier et débiteur, l'âge, l'état de santé, la durée du mariage (élément à prendre en compte puisque l'on pourra estimer le « choc » de disparité de niveaux de vie), le temps consacré et celui qu'il faudra consacrer aux enfants (si le créancier vit avec les enfants, il aura plus de besoins, inversement si c'est le débiteur il aura moins d'argent à allouer), l'état du marché du travail etc. Dans tous les cas les époux peuvent, s'ils sont d'accord, fixer le montant de la prestation compensatoire par une convention homologuée par le juge.

c) Les modalités de versement.

La prestation compensatoire est en principe fixée sous forme de capital, pouvant être le versement d'une somme d'argent, soit l'octroi d'un bien. Lorsque le débiteur ne peut verser la somme en une seule fois, l'article 275 prévoit un échelonnement sur huit ans, et à titre très exceptionnel la possibilité d'une rente viagère. Le juge peut aussi combiner versement immédiat (d'une partie de la somme) et versement échelonné sur huit ans afin d'éviter le recours à la rente.

d) La révision de la prestation compensatoire.

Sous l'empire de la loi de 1975 il était impossible de réviser la prestation compensatoire, même en cas de changement dans les besoins et ressource de l'une ou l'autre des parties. De la même manière le remariage de l'époux bénéficiaire de la prestation compensatoire ne permettait pas la révision de la prestation.
La seule possibilité de révision était liée à la gravité, ainsi si l'absence de révision entraînait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, la révision serait admise. Le texte était interprété restrictivement par la jurisprudence et cela conduisait à des situations inacceptables, notamment le remariage du bénéficiaire avec quelqu'un aux revenus importants.

La loi du 30 juin 2000 autorise plus largement la révision, en laissant inchangé le principe. Le principe de l'interdiction est maintenu, cependant les possibilités de révision sont élargies.
La loi prévoit que le débiteur peut demander la révision des modalités de paiement en capital en cas de changement de sa situation. C'est le juge qui appréciera la nouvelle situation.
En ce qui concerne le versement sous forme de rente viagère, il sera possible de la réviser ou de la supprimer en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties ; cette révision ne pouvant porter la rente à un montant supérieur à celui fixé par le juge.
Il sera possible de réviser une prestation compensatoire décidée par convention mutuelle, si une clause de révision y a été insérée (article 279 al. 3.) Chaque époux pourra demander à l'autre le changement ; en cas de désaccord cette clause ne permettra pas de révision unilatérale. Le changement pourra alors être demandé au juge (car la convention est contractuelle et judiciaire.) L'avantage de la clause est que par rapport aux révisions judiciaires, il est possible de prévoir la révision à la hausse ou à la baisse et non pas seulement le changement des modalités de paiement.

N.B : il était possible de décider de payer plus durant deux ans, puis moins pendant quatre. Mais on ne pouvait modifier le montant global de la prestation.

e) L'intransmissibilité passive de la prestation compensatoire.

Il s'agit d'un changement important de la prestation compensatoire. En cas de décès du débiteur de la prestation compensatoire, la charge de la prestation ne passe pas à ses héritiers. La prestation est donc intransmissible, même si les héritiers ont accepté la succession.
Au moment de liquider la succession on va tout de même prélever le montant dû, si la succession le permet.

2 – Les dommages et intérêts.

Il est possible de demander des dommages et intérêts à l'autre. C'est l'article 266 du code civil qui le prévoit, ces dommages et intérêts pouvant être accordé à l'un des époux « en réparation des conséquences d'une

particulière gravité subie du fait de la dissolution du mariage. » Cette possibilité existe aussi pour le défendeur en cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal. Il y aura la possibilité au profit de l'époux « innocent » au profit duquel un divorce aux torts exclusifs de l'autre a été prononcé, d'obtenir des dommages et intérêts.

Chapitre 2 : Le relâchement du lien familial, la séparation de corps.

C'est un autre moyen de résoudre les problèmes de mésentente conjugale. Cette séparation de corps ne met pas fin au mariage.

Ne confondons pas la séparation de fait (dans les faits les époux sont séparés), et séparation de corps (statut que la loi prévoit pour des époux qui en font la demande.) Ceci fut longtemps appelé « divorce des catholiques », dans la mesure où ces personnes ne souhaitaient pas divorcer pour des raisons religieuses.
On peut observer un certain nombre d'analogies avec le divorce, notamment en ce qui concerne les causes et la procédure. Cependant, les effets divergent, puisque la séparation de corps n'entraîne pas la dissolution du mariage. Cette situation n'est pas amenée à durer dans le temps, servant de tremplin vers le divorce.

Section 1 : le prononcé de la séparation de corps.

Les causes :
Consentement mutuel, demande acceptée, faute, altération définitive du lien conjugal. Il y a statistiquement vingt fois plus de divorce. La procédure est identique et il faut préciser que lorsque le demandeur introduit une demande en divorce, le défendeur peut répondre par une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps ; sauf lorsque la demande initiale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal (seule la demande reconventionnelle en divorce serait acceptée.)

Section 2 : Les effets de la séparation de corps.

Certains effets vont être communs aux effets du divorce.
Le sort des enfants est commun puisque la loi de 2002 relative à l'autorité parentale utilise le terme de « séparation » des parents. Le sort des donations entre époux est commun, ainsi que la possibilité pour un époux de faire une demande de réparation du préjudice subi du fait de la suppression de la vie commune.
On observe certaines spécificités du fait que la séparation de corps maintient certains liens du mariage.

I – Les effets personnels de la séparation de corps.

Elle va mettre fin au devoir de cohabitation qui résulte du devoir de communauté de vie. Chaque époux va recouvrer son droit de fixer librement sa résidence.
En ce qui concerne le devoir de fidélité on peut voir que la jurisprudence estime que ce devoir subsiste. La doctrine quant à elle reste divisée. La femme peut continuer à porter le nom de son mari. Les effets de l'article 212 comme le respect sont maintenus.

II – Les effets patrimoniaux.

Le jugement de séparation de corps entraîne une séparation judiciaire de biens. Cela va venir remplacer automatiquement le régime matrimonial qui régissait jusqu'alors les relations des époux du fait du prononcé de la séparation de corps. Le devoir de secours va subsister et le jugement va éventuellement prononcer une pension alimentaire pour les époux dans le besoin. La protection du logement familial de l'article 215 semble disparaître, ainsi que le principe de solidarité des dettes ménagères de l'article 220.

Section 3 : La cessation de la séparation de corps.

Elle disparaît du fait du décès de l'un des époux. Dans la mesure où le mariage subsistait néanmoins, l'autre époux pourra faire valoir ses droits dans la succession de l'époux défunt. Il en sera privé si la séparation de corps était prononcée à ses torts exclusifs.
Du vivant des époux deux voies sont possibles : elle peut cesser car les époux reprennent la vie commune (article 305 du code civil, cela suppose que les époux aient manifesté clairement leur intention de se réconcilier), soit car ils décident de convertir cette séparation de corps en divorce. Cette dernière éventualité est fixée à l'article 307. Un des époux peut la demander unilatéralement et la condition à respecter est l'écoulement d'un délai de deux ans depuis le prononcé définitif de la séparation de corps. L'article 307 dispose qu'il est possible de convertir

cette séparation de corps en divorce sur demande mutuelle (peu importe que la séparation de corps ait été obtenue pour consentement mutuel ou non.)
La procédure de la conversion a été simplifiée. Si les conditions sont remplies le juge doit la prononcer, sans pouvoir d'appréciation sur l'opportunité ou non de cette conversion. La conséquence essentielle de cette conversion est que désormais les ex-époux ont la possibilité de contracter un nouveau mariage.

Chapitre 3 : La désunion des couples non mariés.

Section 1 : La rupture du concubinage.

§1 – La responsabilité de l'auteur de la rupture.

Le principe est la liberté de rompre le concubinage. Cela peut intervenir de manière unilatérale, sans qu'une procédure soit nécessaire et le seul fait de rompre un concubinage ne peut être constitutif d'une faute au sens de l'article 1382. Est envisageable une action lorsque les circonstances sont fautives.

§2 – La liquidation du concubinage.

Lors de la dissolution du mariage des règles viennent régir la liquidation du régime matrimonial. En matière de concubinage, n'étant pas un lien de droit, il n'existe aucune règle de ce type pour procéder à la liquidation de l'union. Le droit commun va alors s'appliquer, c'est-à-dire celui qui se serait appliquer à deux personnes sans qu'il y ait eu un tel lien.

La jurisprudence a emprunté deux mécanismes du droit commun, il s'agit de la société de fait, c'est-à-dire qu'on va traiter les concubins comme les associés d'une société qui serait à liquider. Mais l'existence d'une société de fait exige plus qu'une simple vie commune, il faut trouver chez les concubins une véritable volonté de s'associer (affectio societatis.) L'existence de cette société créée de fait il faut que les concubins aient mis en commun leurs ressources. Grâce à ce mécanisme on permettra aux concubins de partager les profits, même si la société appartient à un seul des concubins.

L'autre mécanisme est celui de l'enrichissement sans cause tiré du principe des quasi-contrats de l'article 1371 du code civil. L'appauvri peut intenter une action de in rem verso à l'encontre de son concubin qui se serait enrichi à son détriment. Ce mécanisme est subsidiaire et ne peut être invoqué que lorsque l'appauvri ne peut employer un autre recours pour obtenir satisfaction.

Section 2 : La rupture du PACS.

Le PACS peut être rompu de quatre façons.
Les partenaires peuvent faire une déclaration conjointe au Greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel l'un d'entre eux a sa résidence.
Le PACS peut être rompu par décision unilatérale. L'un des partenaires décide de rompre le PACS ; il doit signifier sa décision de rompre unilatéralement le PACS à son partenaire et doit en adresser une copie au Greffe du tribunal d'instance qui a reçu l'acte initial. La loi du 26 juin 2006 qui a réformé le PACS a simplifié ce mode de dissolution en supprimant le délai de préavis de trois mois qui était requis auparavant.
Les majeurs incapables peuvent avoir recours à ces deux modes. Pour le majeur sous curatelle il n'y a pas besoin de l'autorisation du curateur. Pour les majeurs sous tutelle c'est pareil. Pour l'acte de signification de rupture unilatérale il est alors nécessaire d'obtenir l'autorisation du tuteur ou du curateur.
Le PACS peut aussi prendre fin au mariage de l'un des partenaires avec une autre personne.
Il va également prendre fin au décès de l'un des partenaires.
Notons que pour ces deux cas il faut informer le Greffe du tribunal d'instance de la dissolution du PACS.

§2 – Les effets de la rupture.

Le code civil dans l'article 515-7 prévoit que les partenaires doivent procéder eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et obligations.
A défaut d'accord, le juge règlera les conséquences patrimoniales de cette rupture.
Les biens indivis ont vocation à être partagés à égalité entre les anciens partenaires. S'agissant des créances entre partenaires, elles font l'objet d'une règle de calcul nouvelle issue de la loi du 26 juin 2006. L'article 515-7 renvoie maintenant à l'article 1469 du code civil, qui est spécifique aux régimes matrimoniaux. Il s'agit d'une règle de calcul des « récompenses. » Voici donc un autre rapprochement entre mariage et PACS.
La loi de 2006 est venue protéger les droits du partenaire survivant sur le logement commun.

Dès 1999 la loi permettait le transfert du contrat de bail, en cas de décès du locataire, à l'autre partenaire. La loi de 2006 va étendre cette situation et faire bénéficier au partenaire survivant des droits alloués au conjoint survivant.
D'après l'article 515-6 al. 3, le partenaire survivant pourra se prévaloir des dispositions de l'article 763 du code civil, qui lui accorde de plein droit pendant l'année suivant le décès du partenaire la jouissance gratuite du logement commun. Cela est subordonné à la condition que ce dernier ait occupé ledit logement à titre principal et de façon effective au moment du décès du partenaire.
La succession supporte la charge de cette attribution gratuite au partenaire survivant.

Le rapprochement avec le mariage ne va plus loin. Ainsi n'a-t-il pas été décidé d'accorder au partenaire survivant un droit dans la succession du partenaire décédé.
Indéniablement néanmoins la loi du 26 juin 2006 a opéré un rapprochement entre PACS et mariage.

Deuxième partie : L'enfant.

Titre 1 : La filiation ou le rattachement de l'enfant à sa famille.

La filiation est le lien de droit qui unit un enfant à son père et à sa mère. On opère une distinction entre filiation maternelle et filiation paternelle. Cela apparaît comme très dépendant du fait biologique ; et c'est l'une des grandes questions du droit de la famille que de savoir si le lien de droit doit traduire fidèlement la vérité biologique, quand elle ne correspondrait pas à la vérité affective et sociologique.

L'enfant entre dans la famille de son auteur. Ce droit de filiation a été réformé à deux reprises en droit contemporain. Une première réforme a eu lieu en 1972, et une seconde réforme a été opérée par ordonnance le 4 juillet 2005. Le régime de cette nouvelle réforme est entré en vigueur en juillet 2006.
Cette ordonnance peut être complétée par un décret du 1er juin 2006 (décret d'application relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation), par un arrêté du 1er juin 2006 qui a fixé le modèle du livret de famille, et par un arrêté du 27 juin 206 qui a modifié l'arrêté du 1er et par une circulaire de présentation de l'ordonnance.

Avant l'ordonnance de 2005 on distinguait entre filiation légitime (parents mariés au jour de sa naissance ou même de sa conception) et filiation naturelle qui reliait un enfant à son père et à sa mère mais sans que ceux-ci soient mariés au jour de la naissance. On pouvait aussi trouver la filiation adoptive, qui contrairement aux deux précédentes résulte d'un acte de volonté (le droit va établir fictivement un rapport de parents à enfant.)
Dans le cadre de la filiation légitime, il était indivisiblement lié à son père et à sa mère. Cela s'explique par le lien du mariage. En revanche, la filiation naturelle était divisible, il fallait alors établir les liens de filiation maternelle et paternelle.

Il faut aussi noter l'existence de techniques de procréation artificielle. Le progrès des techniques scientifiques a eu un effet important sur la détermination de la filiation.

Jusqu'en 2005 les effets de la filiation tendaient à être uniformisés, on distinguait encore enfant naturel et enfant légitime sur le plan de filiation, tandis que sur le terrain des effets on assistait à une uniformisation.

L'ordonnance de 2005 tente l'égalisation plus radicale entre les différents enfants en supprimant les notions de filiation légitime et filiation naturelle. On conserve tout de même une certaine distinction, comme on le verra par la suite. Les modes d'établissement de la filiation seront toujours différents, et les effets sont maintenant les mêmes.

Il existe toujours une distinction à l'égard des enfants incestueux puisque l'article 310-2 du code civil maintient l'interdiction d'établir le lien de filiation à l'égard des deux parents lorsqu'il est le fruit d'une relation incestueuse.

L'idée générale de la réforme se résume en deux mots : simplification et sécurisation.
La simplification résulte de ce que l'on a vu, ainsi que de l'unification des différentes actions relatives à la filiation.
La sécurisation du lien de filiation signifie que l'on va rendre un lien de filiation établi par la possession d'état incontestable plus rapidement qu'avant. On va tenter d'empêcher les conflits de filiation.

Chapitre 1 : La filiation biologique.

La filiation repose sur la procréation. La loi lui attache des effets juridiques : la filiation. C'est un fait juridique. Pour que la filiation devienne juridique et revête ce caractère de lien de droit, il faut qu'elle soit légalement établie, ce qui signifie « prouvé conformément à la loi. »

Cela va s'organiser autour de la nature du fait à prouver. La recherche de la vérité biologique va revêtir un rôle fondamental en droit de la filiation. Le droit français admet dans une assez large mesure que soient mis en œuvre les moyens offerts par la science à l'heure actuelle. Les autres modes de preuve sont le titre et la possession d'État.

Dans une grande majorité de cas la preuve n'est pas contentieuse, on dit qu'elle est non contentieuse, ce qui veut dire que le droit de la filiation va laisser une place aux indices, aux présomptions, etc. L'ordonnance de 2005 a considérément augmenté la place accordée à la possession d'état, qui ne correspond pas nécessairement avec la vérité biologique (cette dernière n'est donc pas la seule admise par la loi.) Ces considérations sont tellement importantes qu'elles peuvent parfois interdire la reconnaissance de la vérité biologique.

Section 1 : Les règles générales.

La loi de 1972 avait inséré dans le code des dispositions communes aux filiations légitimes et naturelles.

§1 – Les principes introductifs.

A – Le principe d'égalité des filiations.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 rappelle ce principe d'égalité entre les enfants dans le titre du code civil relatif à la filiation.

L'article 310 du code civil est placé avant même le chapitre premier. La loi de 1972 disposait déjà que l'enfant naturel avait les mêmes droits et devoirs envers ses parents que l'enfant légitime. En revanche, il existait une exception en ce qui concernait l'enfant adultérin. Cet enfant voyait ses droits diminués en matière successorale. La France avait alors été condamnée par la Cour EDH en 2000 dans l'arrêt Mazurek, la Cour jugeant discriminatoire cette règle du droit français. En 2001 cette distinction a donc été abrogée, ce qui fut réaffirmé par la suite avec la réforme de 2006.

La loi du 4 mars 2002 qui modifie l'autorité parentale a énoncé que tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs pères et mères. Cela est repris dans l'ordonnance de 2005.

B – Annonce des modes d'établissement de la filiation.

L'article 310-1 du code civil énonce les différents modes d'établissement de la filiation. Elle peut être établie de façon non contentieuse (pas d'action en justice) soit par l'effet de la loi, soit par reconnaissance volontaire, soit par la possession d'état qui doit être constatée par un acte de notoriété. L'article 310-1 vise aussi les modes contentieux d'établissement de la filiation.

C – La prohibition de la filiation incestueuse.

L'article 310-2 maintient de façon absolue la filiation incestueuse, qui peut être établie à l'égard de l'un des parents, mais pas des deux. Est aussi prohibée l'adoption simple d'un enfant incestueux par l'autre parent, ce qui consacre la position adoptée par la Cour de Cassation tirée d'un arrêt de 2004.
Le texte de l'article 310-2 ne parle plus d'enfant naturel, mais il est évident que cela ne peut concerner que les enfants nés hors-mariage, l'inceste constituant un empêchement à mariage.

L'inceste absolu interdit l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents, c'est-à-dire quand il existe un empêchement à mariage tiré des articles 551 et 552 du code civil.

§2 - Les preuves et les présomptions relatives à la filiation.

La présomption est un procédé technique destiné à faciliter la preuve d'un fait inconnu. C'est un procédé qui permet de tempérer une impossibilité probatoire. Il s'agit de déduire un fait inconnu à partir d'un fait connu.

En matière de filiation elles sont au nombre de deux. L'une est relative à la conception de l'enfant, qui permet de contourner la possibilité pratique de prouver la date de conception. La seconde est relative à la possession d'état, qui permet de faciliter la preuve du lien de filiation dans les cas où il n'existe pas de meilleure preuve.

A – La présomption relative à la conception de l'enfant.

Il est très souvent important de connaître cette date, afin de réussir à identifier le père. L'article 311 al. 1er pose cette présomption en présumant que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend entre le 300ème et le 180ème jour inclusivement avant la naissance. On parle de période légale de conception.
« La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300ème au 180ème jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions. »
L'enfant est présumé conçu durant cette période, sans autre détail particulier. Ces présomptions ne sont pas irréfragables, la preuve contraire peut donc être apportée. Il existe relativement peu de contentieux en l'espèce, les expertises biologiques permettant souvent de prouver cela.

B – La possession d'état.

Il s'agit ici de jouir des avantages s'attachant à cet état, de supporter les tâches s'y attachant, et avoir l'apparence de cela. Ici il s'agit de posséder l'état d'enfant des parents, de passer publiquement pour avoir cette possession d'état. On vit conformément à cet état, que l'on en bénéficie juridiquement ou non.
Selon la loi, la possession d'état – situation de fait – va s'établir par une réunion suffisante de faits pouvant indiquer l'effectivité d'un rapport de filiation entre un enfant et le ou les parents au(x)quel(s) il dit être lié.

1 – La notion de possession d'état.

L'article 311-1 du code civil indique la liste des principaux faits constituants cette notion de possession d'état. Les éléments constitutifs sont regroupés en trois éléments : le tractatus, la fama et le nomen.

Tractatus : le comportement des intéressés. Le fait pour les parents d'avoir traité l'enfant comme leur enfant et réciproquement.
Fama : la réputation. L'idée est ici que l'enfant dont il est question est considéré par la famille mais aussi par la société, l'autorité publique, comme l'enfant des intéressés. Elle acquiert une importance particulière lorsque les parents sont décédés dans le passé, lorsqu'il faut prouver la filiation dans les « procès de généalogie » (qui permettent ensuite la succession éventuelle.)
Nomen : l'individu doit avoir porté le nom de ceux dont on dit qu'il est l'enfant. Dans la famille fondée sur le mariage, le plus souvent il s'agit du nom du père. Cependant, depuis 2002, est laissé le choix à l'enfant.

Ces trois éléments ne sont pas nécessairement réunis pour que l'on considère que la possession d'état est établie (éléments constitutifs mais pas consécutifs). Il suffit, comme le prévoit expressément le texte, qu'il existe une réunion suffisante de faits permettant d'établir cette possession d'état.
Dans un arrêt du 16 mars 1999 un homme avait intenté une action en nullité d'une reconnaissance volontaire qu'il avait souscrite quatorze ans plus tôt. En principe cela ne pouvait plus être intenté… Notamment parce que la reconnaissance avait été corroborée par une possession d'état ayant duré dix ans. Il s'agit de la sécurisation du lien de filiation dont on a déjà parlé.
En l'espèce la cour d'appel avait considéré qu'il n'y avait pas de possession d'état parce que l'un des éléments, la fama, faisait défaut. La Cour de Cassation avait condamné cet arrêt en considérant que le fait qu'il y ait une réunion de faits suffisants permettait d'établir la possession d'état.
Notons que la Cour de Cassation ne jugeant pas en fait, elle se fout de l'espèce. Elle énonce des principes généraux qu'il revient à la Cour d'appel d'examiner en l'espèce.

La loi prévoit qu'il est possible de prendre en considération des faits de possession d'état antérieurs à la naissance. L'ordonnance de 2005 consacre donc une règle jurisprudence antérieure. Un tractatus et une fama prénatale peuvent donc être dégagés.

2 – Les caractères de la possession d'état.

En vertu de l'article 311-2 la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.
Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait une possession d'état continue qu'il y ait entre les parents et l'enfant une relation constante et permanente. Si l'un des parents exerce un droit de visite cela ne fera pas obstacle à ce qu'on constate la possession d'état. L'exigence de cette continuité implique néanmoins qu'elle ait une certaine durée.
Plus la possession d'état dure plus elle gagne en stabilité et continuité.
En revanche, cela n'implique pas nécessairement que la possession d'état remonte à la naissance. La jurisprudence a admis qu'il n'était pas nécessaire qu'elle existe au moment où on l'invoque.

Le nouveau texte de l'article 311-2 exige le caractère paisible, publique et non équivoque, caractéristiques concernant la possession en général, que l'on retrouve en droit des biens. Ces caractères avaient déjà été dégagés par la jurisprudence qui avait écarté des possessions d'état constituées par fraude ou par violence ; les

tribunaux doivent également écarter les possessions contradictoires (deux pères…), la possession équivoque n'étant pas admise.

3 – La preuve de la possession d'état.

La possession d'état doit être prouvée afin de servir à son tour de mode de preuve de la filiation.
Il résulte de l'article 310-3 et du fait que les articles 311-1 et 311-2 résultent de la section « Des preuves et des présomptions », que la possession d'état constitue effectivement une preuve de la filiation à titre de présomption.
Les moyens de preuve de la possession d'état sont traités dans les chapitres II et III du titre relatif à la filiation.

Il est important de noter que la preuve de la possession d'état peut se faire par tout moyen. Cependant, la Cour de Cassation en contrôle la notion, ce qui veut dire qu'elle va vérifier que les juges du fond ont bien pris en considération qu'il existe un ensemble suffisant de faits parmi ceux qui sont énumérés à l'article 311.
La Cour de Cassation va également vérifier qu'il y a adéquation entre les éléments fournis et la situation vécue.
Enfin, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la possession d'état, même si elle est établie, ne va pas suffire à elle-seule à établir la filiation ; même lorsqu'elle est prouvée, elle va devoir être constatée dans un acte de notoriété afin de pouvoir prouver la filiation. Cet acte n'était pas systématiquement réclamé avant 2005.

Si cette possession d'état est constituée elle va faire présumer le lien de filiation ; présomption qui peut supporter la preuve contraire, elle n'est donc pas irréfragable.

Section 2 : L'établissement non contentieux de la filiation.

Cela suppose que l'on va étudier ici la possibilité d'établir la filiation en dehors d'une action en justice, ce qui sera généralement le cas.
Le chapitre deux du titre sept consacré à la filiation dénombre trois modes d'établissement de la filiation. Il s'agit de l'établissement par l'effet de la loi, par reconnaissance ou encore par possession d'état.

§1 – L'établissement de la filiation par l'effet de la loi.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 venue réformer le droit de la filiation consacre une solution traditionnelle.

A – La filiation maternelle : l'acte de naissance.

Il s'agit ici d'une innovation relativement importante. En effet, traditionnellement, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant d'une femme mariée suffisait à établir la filiation de cet enfant à l'égard de cette femme.
Par le jeu de la présomption de paternité, cette indication suffisait à déclencher la présomption de paternité du mari. La mention du nom de la mère suffisait à établir deux filiations.

S'agissant d'une femme non mariée, l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant naturel n'établissait pas la filiation de cet enfant à l'égard de sa mère, et encore moins à l'égard de son père.
C'est pourquoi il était nécessaire de reconnaître de façon expresse ledit enfant afin d'établir la filiation.
Une loi de 1972 avait adopté à cet égard une solution de compromis, on disait que l'acte de naissance qui portait l'application du nom de la mère valait reconnaissance à une condition : il fallait que cet acte soit corroboré par la possession d'état.

Le nouvel article 311-25 du code civil, issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, prévoit la solution. Il dispose que « la filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance. »
Au plan logique cela semblait normal. De même, au plan humain il était difficile d'imposer à une femme non mariée d'aller reconnaître leur enfant. Enfin, dans de nombreux droits comparés la seule indication du nom de la mère suffisait déjà à établir la filiation.

La Cour EDH a pu condamner la Belgique dont la législation était semblable à la notre en matière d'enfant naturel, estimant que le respect de la vie familiale tel que proclamé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme impliquait la possibilité d'intégration de l'enfant dans sa famille dès sa naissance.

La mère d'un enfant peut déclarer un enfant sous le nom qu'elle souhaite, ce qui permet à l'enfant adultérin d'une femme mariée de voir sa filiation maternelle établie sans pour autant que l'on déclenche le jeu de la présomption de paternité du mari. Notons que la mention à l'état civil sur l'acte de naissance du nom de la mère n'est pas obligatoire en droit français, la mère pouvant en effet demander à accoucher sous X. L'enfant né sous X n'aura pas l'établissement de la filiation maternelle.

B – La filiation paternelle : la présomption de paternité du mari.

Il y a une différence traditionnelle entre ce qu'on appelait filiation naturelle et filiation légitime. Cela réside dans la présomption de paternité du mari. L'idée provient du respect qu'est censé être inspiré des obligations du mariage. La loi présume donc que tous les enfants nés d'une femme mariée sont les enfants du mari. Le mari n'a donc aucune démarche à effectuer afin de reconnaître l'enfant.
Rien de tel n'est consacré à l'égard des pères non mariés. Les concubins ne se doivent en effet pas fidélité. Cela implique que le père prétendu doit établir la filiation par d'autres modes d'établissement de la filiation.
La loi tire d'un fait connu (maternité d'une femme mariée) un fait inconnu (la paternité du mari.)
Cette présomption est une présomption légale (établie par la loi), il s'agit maintenant d'en étudier l'étendue et la force.

a) L'étendue de la présomption de paternité du mari de la mère.

Le principe pour déterminer quels enfants sont couverts par cette présomption est tiré de l'article 312 qui dispose que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. »
Un enfant qui naît dans les 179 premiers jours du mariage permet de dire qu'il a été conçu avant le mariage, c'est pourquoi il faut qu'il soit couvert malgré tout par l'article 312. Avant l'ordonnance du 4 juillet 2005, on distinguait entre ces deux situations. Les enfants nés pendant le mariage mais conçus avant se trouvaient dans une situation plus fragile que les enfants conçus pendant le mariage.

Il va falloir combiner cette présomption avec la présomption légale de la durée de conception, dès lors qu'il y aura combinaison entre ces deux présomptions cela suffira à établir que la présomption de paternité joue.
Si un enfant, après divorce ou décès du mari, est né dans les trois cents jours suivants la dissolution du mariage, alors la filiation à l'égard du père sera établie par le jeu de la filiation. Après ces trois cents jours cela n'est plus applicable.

b) La force de la présomption de paternité.

Elle va pouvoir être écartée…et rétablie sur la constatation d'un certain nombre de faits.
La présomption de paternité du mari sera écartée lorsque l'enfant aura été conçu au cours d'une période de séparation légale (donc toujours durant le mariage.)
Il s'agit des enfants conçus durant une procédure de divorce ou pendant une procédure de séparation de corps. L'article 313 vise en effet les enfants nés plus de trois cents jours après l'ordonnance de non-conciliation et moins de 180 après le rejet de la demande ou après la réconciliation, ceux-ci n'étant alors plus soumis à la présomption de paternité.

Pour le divorce, il faut distinguer deux hypothèses. S'il s'agit d'un divorce pour consentement mutuel la date à prendre en compte pour le calcul de la date de conception de l'enfant est l'ordonnance homologuant la convention de divorce, c'est-à-dire le jour du prononcé du divorce (mêmes impératifs que ci-dessus.)
Curieusement le texte ne vise que l'homologation qui concerne une convention de divorce, mais pas une homologation d'une séparation de corps. Il suffit alors de raisonner par analogie. Dans le cadre de la séparation de corps les parents sont encore mariés, la présomption est alors écartée, bien que l'enfant soit véritablement né d'une femme mariée. En cas de divorce contentieux, le délai de trois cents jours pour calculer la date de conception va partir de l'ordonnance de non-conciliation, qui met fin à l'obligation de cohabitation des époux.

La présomption va être rétablie de plein droit si d'une part l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux, et s'il n'a pas de filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers. Il faut qu'il y ait séparation légale et, cela est sous-entendu, que les parents se soient réconciliés. Avant l'ordonnance de 2005, la question de rétablissement de la présomption existait déjà, à la seule condition du constat de la possession d'état. Cela empêchait la reconnaissance par un tiers. Aujourd'hui on exige la condition de non-reconnaissance de la part d'un tiers. Dans l'hypothèse où l'enfant a été conçu pendant une période de présomption légale, le père de l'enfant reconnaît l'enfant, cette reconnaissance fera obstacle à ce que la présomption de paternité du mari de la mère soit rétablie. Il faudra alors contester la reconnaissance du tiers.

A priori l'officier d'état civil ne peut pas savoir que l'enfant est né durant le mariage, en période de séparation de corps ou d'instance de divorce, et ne peut donc pas appliquer la mention du nom du père qui serait l'amant sur l'acte d'état civil, celui-ci mentionnant le nom de la femme mariée. Il doit alors faire appel au procureur de la République et une période contentieuse s'en suit.

Enfant conçu au cours d'une période de séparation de fait :

L'article 314 du code civil prévoit que la présomption de paternité du mari est également écartée lorsque les enfants d'une femme mariée sont inscrits à l'état civil sans indication du nom du mari, et lorsque ces enfants n'ont la possession d'état qu'à l'égard de la mère. Si le mari de la mère peut établir la possession d'état, alors la présomption de paternité n'est pas écartée et il peut demander la modification de l'acte d'état civil. La présomption écartée ne pourra être rétablie qu'en justice ; en prouvant la filiation par tout moyen et en écartant s'il y a lieu la paternité déjà établie.

§2 – L'établissement de la filiation par reconnaissance.

L'article 316 précise le caractère subsidiaire de la reconnaissance qui réside dans l'idée que si la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi (titre ou présomption de paternité), elle pourra l'être par reconnaissance. La reconnaissance reste possible pour une femme, mais est inutile de fait dans la mesure où l'indication de son nom dans l'acte de naissance suffit à prouver la filiation.
S'agissant de la filiation paternelle établie par reconnaissance, il s'agit d'un acte de volonté permettant à un homme de se reconnaître spontanément comme le père d'un enfant. Ce mode est totalement libre et facultatif pour celui qui en a la prérogative, aucune obligation de reconnaissance ne pèse sur le père d'un enfant né hors-mariage. De même, la mère n'a pas d'obligation (accouchement sous X.)

A – Les conditions de cette reconnaissance.

a) Les reconnaissances prénatales ou postnatales.

Une reconnaissance prénatale peut-elle être admise et produire des effets ?
Elle a toujours été admise aussi bien par la doctrine, la jurisprudence et la pratique de l'état civil. L'ordonnance du 4 juillet 2005 consacre cette solution.

L'article 316 du code civil prévoit la possibilité de reconnaissance pré et postnatale. S'agissant des reconnaissances prénatales, il n'est pas possible de reconnaître à l'avance un enfant qui n'est pas conçu… Par ailleurs, l'officier d'état civil n'est pas en droit de demander un certificat de grossesse.
Ces reconnaissances prénatales sont importantes, elles peuvent éviter de créer des conflits de filiation. Il existe par exemple des enfants nés sous X dont la filiation paternelle est établie par reconnaissance prénatale.
La logique voudrait que l'on accorde juridiquement cette filiation paternelle .Cependant, il peut être compliqué de localiser l'enfant quand il est né sous X. l'enfant peut alors être adopté car le père ne parvient pas à retrouver l'enfant. Certains arrêts ont ainsi dénié la paternité établie prénatalement lorsque l'enfant avait été adopté entre temps.

Affaire du « petit Benjamin », 7 avril 2006 : La Cour de Cassation a donné gain de cause au père qui avait reconnu prénatalement l'enfant car le processus d'adoption n'avait pas été à son terme. L'enfant est resté dans sa famille d'accueil avec un droit de visite accordé au père naturel dont la filiation avait été juridiquement établie.

b) Les conditions de forme de la reconnaissance.

La reconnaissance est un acte solennel devant être fait par n'importe quel acte authentique (pas de nécessaire passage devant le notaire.) Cette reconnaissance peut résulter d'une déclaration devant l'officier d'état civil, d'un passage devant notaire ou d'un aveu judiciaire.
Cette déclaration devant l'officier d'état civil peut être effectuée lors de la naissance, avant la naissance et postérieurement à la naissance. Elle ne doit pas nécessairement être faite devant l'officier d'état civil du lieu de la naissance. Elle sera ensuite mentionnée sur l'acte de naissance de l'enfant. En pratique ces règles font qu'un même enfant peut faire l'objet de deux reconnaissances en deux lieux différents (deux ou trois pères potentiels peuvent faire leur reconnaissance…), il y aura alors un conflit de filiation qui sera résolu par le biais d'un critère chronologique.

c) Les conditions de fond de la reconnaissance.

La reconnaissance d'un enfant est un acte unilatéral de volonté. La volonté est un critère nécessaire et suffisant. La reconnaissance est un acte personnel à celui qui en est l'auteur. C'est un acte individuel, le parent qui reconnaît l'enfant n'a pas besoin du consentement de l'autre parent… il n'y a pas non plus besoin de la reconnaissance de l'enfant…
Cette volonté doit être libre et consciente. Une reconnaissance va pouvoir être annulée en cas d'absence totale de volonté si l'on considère qu'il y a une altération telle des facultés mentales que l'acte doit être annulé. On pourra aussi annuler la reconnaissance pour vice de consentement, en général sur le fondement de l'erreur.
Le mari dont le nom ne figure pas en qualité de père sur l'acte de naissance (présomption de paternité écartée) peut-il établir sa paternité par le biais d'une reconnaissance ?

Traditionnellement la réponse à cette question était négative. Un arrêt de 1994 venait consacrer cela. Pour obtenir un rétablissement de la présomption de paternité il fallait une action en justice.

La rédaction actuelle de l'article 316 du code civil laisse à penser autre chose puisque lorsque la filiation n'est pas établie par la loi elle peut l'être par une reconnaissance. Néanmoins, il faut envisager les conséquences d'une telle solution. Elles semblent peu souhaitables dans la mesure où cela pourrait constituer un moyen de fraude, notamment pour contourner l'interdiction des mères porteuses, une fraude à l'adoption. Les auteurs ont proposé que ce texte soit donc interprété restrictivement.

B – Les effets de la reconnaissance.

Elle se caractérise par sa rétroactivité et son irrévocabilité.

a) La rétroactivité de la reconnaissance.

On dit que la reconnaissance est un acte déclaratif, qui ne vient que déclarer un acte qui existait déjà, d'où la rétroactivité. Cela signifie qu'elle établit le lien de filiation à compter de la conception de l'enfant. Lorsqu'il y a reconnaissance prénatale de l'enfant d'une femme mariée par l'amant, la filiation paternelle de l'enfant a été établie avant la naissance ce qui va empêcher la présomption de paternité. Afin de la rétablir le mari devra donc contester la reconnaissance faite par l'amant. Le plus souvent, l'officier d'état civil n'est pas informé de la reconnaissance prénatale et enregistre le nom de la mère et de son mari, l'acte d'état civil établit alors une filiation contradictoire.

En vertu de l'article 320 du code civil et du principe chronologique c'est la première filiation qui vaut, le mari devra alors contester la filiation première.
Si, à l'inverse, l'officier d'état civil est au courant de la reconnaissance prénatale qui a été faite, il devrait refuser d'inscrire l'enfant né sous le nom du mari de la mère. Cependant, on pense que cette décision parait excéder ses compétences, il serait alors plus logique de laisser l'officier d'état civil enregistrer la naissance de l'enfant comme étant l'enfant du mari de la mère, quitte à contacter le procureur de la république par la suite.

b) L'irrévocabilité de la reconnaissance.

L'auteur ne peut revenir sur sa reconnaissance. C'est un acte de volonté, mais la seule volonté ne permet pas de révoquer cette reconnaissance. Il lui sera possible de contester la vérité de cette reconnaissance en justice, et il devra prouver qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant.

§3 – L'établissement de la filiation par la possession d'état.

Il s'agissait traditionnellement d'un mode extrajudiciaire d'établissement de la filiation, mais aussi un mode subsidiaire d'établissement de la filiation légitime lorsque le titre de naissance d'enfant légitime faisait défaut. Ce mode de preuve a été étendu à la filiation naturelle par la loi de 1972. Elle a autorisé comme mode de preuve de la possession d'état l'acte de notoriété délivré par le juge.

Depuis une loi de 1982, la possession d'état est devenue un mode autonome (et pas seulement subsidiaire) d'établissement de la filiation naturelle, qu'elle soit paternelle ou maternelle.
Quand la possession d'état était constatée par un acte de notoriété, cela pouvait être constaté en marge de l'acte de naissance. Cet acte de notoriété n'était cependant pas une obligation, la preuve se faisait par tout moyen.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a pas modifié la notion de possession d'état. En revanche, elle a accentué le formalisme lié à cette possession d'état dans le but de sécuriser le lien de filiation. Cette possession d'état, pour être prise en compte, doit être constatée par un acte de notoriété délivré par un juge ou par un jugement de constatation de possession d'état (ces deux choses étant différentes.) Elle pourra alors produire ses effets à l'égard de la filiation.

Cela a été critiqué dans la mesure où l'acte de notoriété est facilement obtenu, cette ordonnance lui donne donc un poids énorme par rapport à son caractère.
Cet acte de notoriété est délivré par le juge des tutelles sur la déclaration de trois témoins.
La délivrance d'un acte de notoriété ne peut être demandée que dans le délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée.

La possession d'état constitue une présomption légale. Elle va faire présumer la filiation. Il s'agit d'une présomption simple, il est donc possible de la contester en justice pour tout intéressé qui contesterait la possession d'état (pas équivoque, pas continue, pas paisible.) On peut aussi contester la filiation présumée par la possession d'état en prouvant qu'elle ne correspond pas à la réalité biologique (prouver que l'on est le père.)

Les possédants de l'état peuvent avoir intérêt à faire constater en justice l'existence de la possession d'état.
Code Civil 1e, mai 2000 : la présomption attachée à la possession d'état est jugée irréfragable lorsque le délai pendant lequel la filiation peut être contestée est écoulée.

Section 3 : Les actions relatives à la filiation.

Sous l'empire de la loi de 1972 on distinguait les actions qui concernaient la filiation légitime des actions qui concernaient la filiation naturelle. L'ordonnance de juillet 2005, en supprimant cette distinction, a unifié les actions relatives à la filiation. Le droit distingue maintenant entre reconnaissance de la filiation et contestation.

§1 – Les dispositions communes aux actions relatives à la filiation.

Tout cela s'applique pour toutes les actions que nous allons voir par la suite. On les trouve aux articles 318 à 324 du code civil.

A – Le régime procédural de l'action.

Les actions relatives à la filiation d'un enfant non viable sont irrecevables. Ce principe reproduit un principe de 1972. Cette irrecevabilité se trouve dans le nouvel article 318. L'action doit être portée devant le TGI. Il s'agit d'une compétence exclusive, ce que l'on trouve à l'article 318-1 du code civil.

L'indisponibilité de l'état des personnes :
Les actions relatives à l'état des personnes sont dites indisponibles, ce qui résulte de l'article 323 du code civil. Cela a pour objet de faire échapper la détermination de la filiation à la maîtrise de la volonté individuelle des intéressés. Il y a bien sur des manifestations de volonté (demande d'acte de volonté etc.), cela signifie simplement qu'il n'est pas possible de passer de contrats à l'égard de la filiation (exemple : promesse de non-reconnaissance d'un enfant.)

Assemblée plénière, 31 mai 1991 « Alma Mater » : le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a été invoqué pour déclarer comme contraire à l'ordre public les conventions de mère porteuse.
Certains auteurs estiment néanmoins que ce principe est remis en cause, notamment par l'effet de la possibilité d'accoucher sous X offerte aux femmes depuis 1993.
La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines tend à améliorer la situation des enfants nés sous X ; pour autant n'est pas remis en cause le droit de la mère biologique de conserver le secret de son identité.

Une des conséquences concrètes de ce principe de l'indisponibilité de l'état des personnes appliqué au droit de la filiation est l'interdiction de la renonciation unilatérale du droit d'action en justice (il est possible de se désister d'une instance en cours, mais aucune convention ayant pour but de renoncer à l'action n'est admissible) ; toute transaction relative à la filiation sera interdite.

L'action est intransmissible, elle est personnelle et ne peut être exercée par quelqu'un d'autre que son titulaire. L'ordonnance de 2005 a restreint la portée de ce principe puisque le nouvel article 322 du code civil prévoit en cas de décès du titulaire d'une action relative à la filiation, qu'elle peut être exercée par ses héritiers, à la condition que le délai qui lui était imparti pour agir n'ait pas expiré.

Les héritiers peuvent aussi continuer une action intentée par son titulaire décédé en cours d'instance.

Les actions sont donc devenues transmissibles aux héritiers.

Traditionnellement, les actions relatives à la filiation étaient imprescriptibles (même avant 1972.) Il était toujours possible d'agir pour l'établir et pour la contester. La loi de 1972 a posé le principe de la prescriptibilité des actions relatives à la filiation (nouvel article 321.) Cette prescription était de trente ans, ce qui a été ramené à dix ans par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Il peut y avoir d'autres délais, ce qui est évoqué à l'article 321. Le délai est suspendu durant la minorité de l'enfant. Le point de départ du délai de dix ans est fixé, comme par le passé, au jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou dix ans à compter du jour où elle a commencé à jouir de la situation qui est contestée.
Pour les actions en réclamation (établissement de la filiation), le plus souvent court à partir du jour de la naissance. Mais cela peut courir à partir d'une date postérieure (si la filiation est retirée par la suite.)

Si la présomption réfragable de la possession d'état permet donc de contester encore la filiation, ce n'est plus le cas après ces dix années.

L'article 321 nous dit que le délai de dix ans est suspendu durant la minorité de l'enfant, donc un enfant peut réclamer sa filiation jusqu'à l'âge de vingt-huit ans.

B – Les conflits de filiation.

Il faut éviter que deux filiations soient établies juridiquement. Les règles d'établissement de la filiation doivent donc être compatibles entre elles et l'on doit pouvoir contester une filiation.

L'article 320 du code civil règle les conflits de filiation. Ils devaient auparavant être réglés en faveur de la filiation la plus vraisemblable (loi de 1992), en pouvant utiliser tous modes de preuves. Ce principe de la filiation la plus vraisemblable subissait une exception car dans certains cas on ne pouvait pas établir une filiation sans avoir contesté celle déjà établie. C'est ainsi qu'on empêchait les conflits de filiation.

Par exemple, il n'était pas possible de contredire une filiation déjà établie par la voie de la reconnaissance d'un enfant naturel. On préférait donc se baser sur la filiation établie la première.

Avec l'ordonnance du 4 juillet 2005 (entrée en vigueur le 1er juillet 2006), ce système fut remanié du fait des progrès de la science. Elle pose donc le principe chronologique déjà établi en partie avec la loi de 1992. Cela figure au nouvel article 320 qui dispose que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. »

C – La question de la preuve biologique.

La preuve de la filiation en justice peut être rapportée par tout moyen (fait juridique.) Il pouvait s'agir de ressemblance physique etc.

Avec une loi de 1955, on autorisait le père prétendu défendeur à une action en recherche de paternité, à faire échec à cette action en établissant qu'il ne pouvait être le père de l'enfant par un examen comparé des sangs (art. 340 ancien.) La loi du 3 janvier 1972 a conservé cette méthode et l'a élargie à « toute autre méthode médicale certaine. »

La loi du 8 janvier 1993 a modifié le régime de l'action en recherche de paternité, et a supprimé les « cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité » et les « fins de non recevoir. »
Avant 1993 l'action en recherche de paternité était enfermée dans cinq cas d'ouverture. Il fallait donc être dans l'un de ces cas pour permettre l'action. Les « fins de non recevoir » furent donc abandonnées car soit la paternité était établie et l'action aboutissait, soit ce n'était pas prouvé et l'action n'aboutissait pas. Il fallait tout de même entrer dans un système fondé sur les adminicules, c'est-à-dire un début de preuve.

La méthode des examens comparés de sang et des comparaisons d'empreintes génétiques vinrent renouveler les possibilités de preuve dans le cadre de l'établissement de la filiation. Ces recours à ces preuves biologiques se sont généralisés, c'est pourquoi la jurisprudence et la loi sont venues consacrer cela.

La jurisprudence est venue bouleverser la question de la preuve biologique par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 28 mars 2000, en estimant que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. »

En l'espèce, une femme avait donné naissance à un enfant naturel hors mariage, reconnu dans l'acte de naissance par un homme. Moins d'un an suivant cette reconnaissance, la mère engage contre cet homme une action en contestation de reconnaissance et sollicite une expertise sanguine.
La Cour d'appel de Paris avait rejeté cette demande au motif qu'en l'espèce le recours à l'expertise médicale ne pouvait être invoqué pour suppléer à l'absence totale de mode de preuve. La Cour d'appel estimait que le recours à la preuve biologique n'était que facultatif pour le juge.

La Cour de Cassation a donc censuré la Cour d'appel de Paris (voir supra.) L'affirmation « de droit », signifie que lorsque les parties demandent l'expertise le juge ne peut pas, en principes la refuser (sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.) Un juge ne va en revanche pas pouvoir imposer au plaideur qui ne l'aurait pas demandé une expertise biologique. De plus, on ne peut contraindre un des plaideurs qui refuserait cette expertise à la subir. Néanmoins, ce refus n'est pas anodin puisque le juge pourra interpréter ce refus en défaveur de celui qui refuse.

Le « en matière de filiation » permet de couvrir tous les types de filiation, l'arrêt de la cour dépasse donc les simples faits de l'espèce. La cour fait référence à « l'expertise biologique », cela permet d'englober les examens comparés de sang, mais aussi d'ADN.

La définition des « motifs légitimes » demeure floue et risque de donner une trop grande part d'arbitraire dans la décision du juge. Par exemple il s'agit d'une précédente expertise pratiquée en la matière, le décès du père prétendu a été considéré comme un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise, la prescription aussi.

S'est posée la question de l'expertise post-mortem. La jurisprudence a admis la recherche post-mortem dans l'affaire Yves Montand, ce qui est critiquable dans la mesure où il avait refusé de se soumettre à une expertise biologique de son vivant.

La question a depuis fait l'objet de l'attention du législateur dans le cadre d'une loi bioéthique du 6 août 2004. D'après le nouvel article 16-11 al.2 sont interdites « sauf accord express de la personne manifesté de son vivant. » Si l'affaire Montand avait été portée devant les tribunaux aujourd'hui, son refus aurait pu être interprété contre lui et il aurait pu être désigné comme étant le père de la demanderesse, tandis que cette hypothèse fut rejetée par le biais de l'expertise biologique pratiquée alors sur sa dépouille.
« Sauf accord express » : sont mis dans une même catégorie des personnes ayant refusé l'expertise expressément de leur vivant, et celles qui n'avaient pas été interrogées.

§2 – Les actions relatives à l'établissement de la filiation.

Rappelons qu'il s'agit ici des actions en justice, et non des moyens extrajudiciaires d'établissement de la filiation déjà cités. Depuis l'ordonnance de 2005, il n'existe plus que trois actions : action en recherche de maternité, action en recherche de paternité, action en constatation de la possession d'état, et l'action en rétablissement de la présomption de paternité (à rattacher avec l'action en recherche de paternité.)

A – L'action en recherche de maternité.

Les conditions de cette action sont prévues à l'article 325 du code civil. Elle est réservée aux hypothèses où la filiation maternelle n'est pas établie par titre ou par possession d'état. Si l'enfant a une possession d'état à l'égard de la prétendue mère, elle devra être établie par un acte de notoriété, ou par une action en constatation de possession d'état.

L'action en recherche de maternité n'est pas non plus recevable lorsque la mère a exprimé le souhait d'accoucher sous X et de conserver le secret de son identité au moment de l'accouchement.
Cette institution de l'accouchement sous X avait été intégrée dans le code civil par la loi de 1993 ; cela fut repris par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et est prévu à l'article 326 du code civil qui dispose que « lors de l'accouchement la mère peut demander le secret de son admission et de son identité soit conservé. » Cet accouchement sous X est donc une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité.

Cela suscite des interrogations, notamment au regard de la Convention de New York de 1990, qui depuis une jurisprudence récente est applicable en France. Elle proclame en son article 7 le droit à la connaissance de ses origines qui permettrait de contester les dispositions de l'article 326. De plus cela est contestable au regard de l'article 14 de la CEDH interdisant toute discrimination, notamment fondée sur le sexe. Ainsi, si l'on se place sur le terrain des actions en recherche de paternité et de maternité. Certains auteurs estiment alors que les hommes ne pourront jamais opposer de fin de non recevoir à une action en recherche de paternité, tandis que la femme le peut.

L'action, toujours en vertu de l'article 325, est réservée à l'enfant seul. Tant que l'enfant est mineur il est incapable juridiquement, et peut donc se faire représenter (en général par son représentant légal), en tant que titulaire du droit d'agir en recherche de sa maternité. C'est pour cela que les délais d'action sont repoussés au-delà de la majorité (en général dix ans, prolongés au-delà de la majorité.) L'enfant peut donc en principe réclamer et faire établir judiciairement sa maternité jusqu'à ses vingt-huit ans.

Cette action va être exercée contre la mère prétendue ou ses héritiers. L'enfant devra prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. Là encore la preuve peut être apportée par tout moyen. Bien entendu, si la filiation maternelle est déjà établie envers une autre femme (notamment par possession d'état), l'enfant devra auparavant agir en contestation de cette maternité préalablement établie.
L'action en recherche de maternité n'aboutit à établir que la seule filiation maternelle de l'enfant. Cela ne déclenche pas le jeu de la présomption de paternité concernant le mari de la mère.

B – L'action en recherche de paternité.

Le code civil était auparavant très défavorable face à cette action. Les moyens n'étaient pas les mêmes, et ces actions étaient souvent vues comme une atteinte à la paix des familles. Le code l'avait progressivement admise en limitant ses cas d'ouverture. La loi de 1993 était donc venue ouvrir cela, tout en gardant le système

des adminicules. On n'était admis à ouvrir une telle action que s'il existait un début de preuve permettant la recevabilité de l'action. Il s'agissait ensuite de prouver la paternité : début de preuve, droit d'apporter la preuve…

Avant l'ordonnance du 4 juillet 2005 la jurisprudence a décidé de minimiser l'étape des adminicules ; ce que l'ordonnance a suivi. Désormais, la recherche judiciaire de paternité est libre. La preuve de la paternité peut être apportée par tout moyen, notamment par expertise biologique de droit depuis l'arrêt du 28 mars 2000.
Contrairement à l'action en recherche de maternité, l'action en recherche de paternité n'est pas subordonnée à l'absence de titre ou de possession d'état ; cependant, si la filiation paternelle est établie par reconnaissance l'action est inutile, sauf à contester cette reconnaissance.
Cela signifie que si l'enfant a une possession d'état à l'égard de M. X…, il pourra tout de même agir en recherche de la paternité à l'égard de cet homme là ; tandis que dans le cas de la recherche de maternité, s'il existe une possession d'état à l'égard de Mme Y…, l'action en recherche de maternité sera inutile.

Une femme dont l'enfant a une possession d'état à l'égard d'un homme, mais cette possession étant en train de s'estomper, peut intenter cette action envers cet homme pour en établir la paternité (durant cinq ans), elle peut aussi demander un acte de notoriété, ou agir en constatation de possession d'état.

S'agissant de la procédure, il s'agit de la même que celle qui est réservée à la recherche de maternité. Elle est dévolue à l'enfant qui, s'il est mineur, peut se faire représenter par son représentant légal (la mère, souvent), cette action est dirigée contre le prétendu père ou ses héritiers.

Concernant les délais, il y a eu une modification à travers l'ordonnance du 4 juillet 2005. Auparavant cela était enfermé durant un délai assez bref.

Si l'action est intentée par la mère durant la minorité de l'enfant, elle devait le faire dans un délai de deux ans à partir de la naissance de l'enfant. Puisqu'il s'agissait d'une action contentieuse, la loi estimait que lorsque la mère et le père prétendu vivaient en concubinage ou lorsque le père contribuait à l'entretien de l'enfant, la jurisprudence relevait qu'il était difficile pour la mère d'intenter une telle action. Le délai de deux ans ne commençait alors à courir qu'à partir de la cessation du concubinage ou des versements contribuant à l'entretien de l'enfant.

Par ailleurs, comme le relève la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 décembre 1999, il n'était pas nécessaire pour que l'action soit recevable, que le premier acte de participation intervienne dans les deux années qui suivent la naissance. On étendait alors le délai en partant de deux ans après la cessation de ces versements, quand bien même ces versements auraient débutés plus de deux après la naissance.
Si l'action était intentée par l'enfant majeur, il disposait de deux ans à compter de sa majorité.

Actuellement l'action peut être intentée durant dix ans à compter de la naissance, ou à compter, pour l'enfant majeur, de l'accession à la majorité.
Si la paternité est prouvée, elle sera établie avec les conséquences qui en découlent depuis la naissance de l'enfant. Le tribunal pourra donc statuer sur l'établissement du nom de l'enfant, et prendre des mesures liées à l'autorité parentale. Si les parents vivent séparément (souvent), le tribunal fixera le montant de la pension alimentaire (contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant), et pourra même condamner le père à rembourser les frais relatifs à l'enfant depuis la naissance.

L'ancien article 340-5 du code civil prévoyait qu'à la demande de la mère, le père pouvait être condamné à rembourser les frais de maternité, les frais prénataux et les frais suivants, ce qui n'a pas été repris par l'ordonnance de 2005. La mère peut néanmoins demander des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382, mais il faut établir la faute et le préjudice causé (la simple séparation des parents ne semblant pas être une faute à cet égard.)

Aucune fin de non recevoir comparable à l'accouchement sous X n'existe en matière de paternité, ce qui aux yeux de certains constitue une faute au regard de l'article 14 de la CEDH. Notons qu'en 1993 la France n'a pas été condamnée par la CEDH dans un arrêt Odièvre c/ France.

C – L'action en constatation de la possession d'état.

Cette action était dégagée par la jurisprudence depuis 1982 et consacrée par l'article 330 du code civil issu de l'ordonnance du 4 janvier 2005. « La possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt dans le délai mentionné à l'article 321 » (dix ans.)

Les auteurs sont divisés quant à savoir si cette action peut être intentée dans l'hypothèse où aucun acte de notoriété n'a été délivré, quand un acte de notoriété est déjà établi ou quand le délai pour l'obtenir est dépassé.

Il semble préférable de laisser ouverte l'action en constatation de la possession d'état. Cependant certains auteurs comme Jean Hauser pensent que cela ne doit pas être permis.
Le délai de droit commun de dix ans est applicable en la matière, et court à compter de la cessation de la possession d'état que l'on réclame. En pratique cela sera possible pour un enfant dont la filiation n'est pas établie par titre, ni par acte de reconnaissance. Il pourra revendiquer la succession de celui qui s'est comporté comme son père toute sa vie.

Cette action revêt un caractère particulier. On a l'habitude de dire qu'en réalité cette possession d'état ne constitue qu'une présomption de filiation, quand bien même serait-elle corroborée par un acte de notoriété. C'est pourquoi se pose la question de savoir si l'on peut contrer une action en constatation de la possession d'état par la preuve biologique que celui dont on réclame la possession d'état n'est pas le père.
Certains auteurs considèrent que parce que les actions en constatation de la possession d'état n'ont pas pour fondement la preuve biologique, la preuve biologique n'est pas recevable. Ce serait donc un motif légitime au titre de l'arrêt du 28 mars 2000.

Un arrêt du six décembre 2005 (ordonnance toujours pas entrée en vigueur) de la Cour de Cassation, est venu exprimer qu'en matière d'action en constatation de la possession d'état la preuve biologique n'est pas de droit.
Sous l'empire de l'ordonnance du 4 juillet 2005 la doctrine est divisée en la matière ; elle considère que la possession d'état est de plus en plus considérée comme un titre permettant l'établissement de la filiation au même titre que la reconnaissance (bien que cela revête un caractère plus officiel, sauf à penser que la possession d'état soit confirmée par un acte de notoriété), la preuve biologique pourrait donc a priori être apportée.
La preuve par possession d'état devient irréfragable au bout de dix ans.

B – L'action de rétablissement de la présomption de paternité.

Cette présomption se trouve parfois écartée alors même que la conception de l'enfant a eu lieu pendant le mariage.

Tout d'abord dans le cas où la conception est intervenue durant une période de séparation légale, ou lorsque les enfants sont déclarés à l'état civil qu'en absence de mention du nom du mari sur l'acte de naissance et lorsque l'enfant n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère.
Dans les hypothèses de conception durant la séparation légale, la présomption est rétablie de plein droit, si l'enfant a la possession d'état établie à l'égard de chacun des époux, et si aucune filiation paternelle n'est déjà établie à l'égard d'un tiers.

De plus, la loi prévoit dans les deux cas visés ci-dessus la possibilité d'une action en rétablissement de la présomption de paternité. L'action est ouverte aux parents durant toute la minorité de l'enfant, et ouverte à l'enfant durant dix ans à compter de sa majorité (délai de l'article 321.) L'ordonnance exige simplement la preuve de la paternité du mari de la mère ; cependant que les textes anciens souhaitaient la réunion de faits « rendant vraisemblable la paternité du mari. »
Si une filiation a déjà été établie durant à l'égard d'un tiers, notamment l'amant de la mère durant la période de séparation légale, le père prétendu devra d'abord contester la reconnaissance préalable, avant d'établir sa paternité.

§3 – Les actions en contestation de la filiation.

A – Droit antérieur et nouvelles actions.

a) Sous l'empire de la législation de 1972.

Il fallait distinguer entre les deux types de filiation.

1 – La filiation légitime.

- L'enfant a une possession d'état conforme à son titre de naissance :
Seules deux actions étaient possibles pour contester cette filiation. Il était possible au mari de la mère d'agir en désaveu de paternité durant les six mois qui suivaient la naissance, ou la découverte de la naissance. Il était possible à la mère d'agir en contestation de paternité, à condition que la mère se soit remariée avec le véritable père, et que l'action soit intentée dans les six mois du remariage et avant que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans.

- L'enfant n'a pas une possession d'état conforme à son titre de naissance :
Deux actions, en sus des deux déjà citées, étaient possibles. Il s'agissait de l'interprétation a contrario de l'ancien article 334-9 (ce qui permettait d'établir une reconnaissance d'enfant naturel ou d'entamer une recherche en

paternité à l'égard d'un enfant qui avait un titre d'enfant légitime) et de l'article 322 al.2 (permettait une contestation directe de la filiation légitime d'un enfant qui n'avait que le titre.)

2 – La filiation naturelle.

La reconnaissance de maternité, et celle de paternité, pouvait être contestée par tout intéressé, y compris par son auteur pendant un délai de trente ans. Lorsque l'enfant avait la possession d'état depuis dix ans, la contestation de la reconnaissance courait sur dix ans et non plus trente ans.

b) Sous l'empire de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

Désormais, notre code civil ne connaît, en plus de la contestation en reconnaissance déjà vue, que trois actions en contestation. Une action en contestation de maternité, une en contestation de paternité et une en contestation de possession d'état. N'oublions pas que la reconnaissance peut donc elle aussi être contestée.

L'article 332 dispose que la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant, et la paternité en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.

1 – L'action en contestation de maternité.

Supposition d'enfant : attribuer la maternité d'enfant à une femme qui n'en a pas accouché. Cela est tout de même rare (cas des mères porteuses.) Substitution d'enfant : il s'agit du mythe de la substitution d'enfant.

Dans l'hypothèse où la mère reconnaît l'enfant (plus nécessaire aujourd'hui), il sera possible de contester sa reconnaissance en prouvant que l'enfant n'est pas le sien, en prouvant le caractère mensonger. Il sera aussi possible de prouver la nullité de la reconnaissance, en se plaçant sur les conditions de formation de cette reconnaissance (ex : reconnaissance alors que l'enfant était déjà placé sur une liste d'adoption.)

Lorsque la maternité est établie par possession d'état, alors la filiation pourra être contestée de façon évidente en contestant la véracité de la possession d'état, ou en prouvant que cette possession d'état ne correspond pas à la réalité biologique (cette question là est discutée, comme nous l'avons vu plus haut.)

2 – L'action en contestation de paternité.

Cette paternité va pouvoir être contestée de la même manière que pour la maternité, en prouvant que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. Cette preuve se fait par tout moyen, notamment par expertise biologique.

B – Le régime juridique des actions en contestation.

a) Concordance du titre et de la possession d'état.

Il est a priori logique que l'on restreigne les possibilités de contester les liens de filiation dans cette situation. Sous l'empire de la loi de 1972, seul le désaveu de paternité ou la contestation de la paternité étaient recevables dans le cadre de la filiation légitime. Ces cas étaient plus ouverts en cas de filiation naturelle.

Le nouvel article 333 du code civil, issu de l'ordonnance de 2005, édicte une nouvelle règle applicable aux enfants dont les enfants sont ou non mariés.

1 – L'ouverture de l'action.

Elle va se manifester à plusieurs degrés. Elle est ouverte à l'enfant, à ses pères et mères (entendons ceux dont le lien de filiation est établi juridiquement), ainsi qu'à l'homme se prétendant père véritable. Pour ce faire, ils pourront réclamer directement une expertise biologique.
La filiation ne peut alors être contestée que dans le délai de cinq ans à partir du jour où la possession d'état a cessé. Ce délai est suspendu pendant la minorité de l'enfant. Il pourra donc agir dans les cinq ans suivant sa majorité. Durant la minorité de l'enfant la mère sera toujours liée par le délai de cinq ans, la suspension ne valant que pour l'enfant.

La séparation de corps est une forme de séparation juridiquement organisée par la loi. Il y a alors relâchement du lien matrimonial mais pas dissolution.
« Le divorce peut être prononcé en cas :
- Soit de consentement mutuel ;

- Soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- Soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- Soit de faute. »