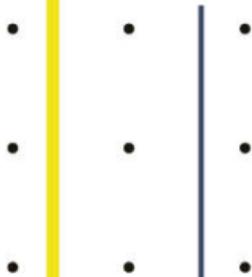


LE DROIT **DE LA FAMILLE**



*EN CARTES
MENTALES*

Antoine Dumoulin



ellipses

LE DROIT DE LA FAMILLE



EN CARTES MENTALES

Antoine Dumoulin

Avocat au Barreau de LYON

Chargé de travaux dirigés à l'Université Jean Moulin LYON III



Retrouvez tous les titres de la collection « Le droit en cartes mentales »
sur <http://www.editions-ellipses.fr>



ISBN 9782340-058422
©Ellipses Édition Marketing S.A., 2021
8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

À Madame Frédérique Granet-Lambrechts

Liste des principales abréviations

<i>AEMO</i>	Assistance éducative en milieu ouvert
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass. Plén</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Assoc.</i>	Association
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>C/</i>	Contre
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. pén</i>	Code pénal
<i>C. pr. Civ.</i>	Code de procédure civile
<i>CA</i>	Cour d'Appel
<i>CASF</i>	Code de l'action sociale et des familles
<i>Cass.</i>	Cassation
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Ch.</i>	Chambre
<i>Circ.</i>	Circulaire
<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Comm.</i>	Communication
<i>Cons const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CSP</i>	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz

<i>DC</i>	Dalloz Critique
<i>DP</i>	Dalloz Périodique
<i>Etc.</i>	<i>Et cetera</i>
<i>GP</i>	Gazette du palais
<i>GPA</i>	Gestation pour autrui
<i>JCP</i>	J.Cl périodique, édition générale (semaine juridique LexisNexis)
<i>Juris-Data</i>	Banque de données juridiques
<i>L.</i>	Loi
<i>Min. Intér.</i>	Ministère de l'Intérieur
<i>N°</i>	Numéro
<i>Obs.</i>	Observations
<i>OFPPRA</i>	Office français de protection des réfugiés et apatrides
<i>Pacs</i>	Pacte civil de solidarité
<i>PMA</i>	Procréation médicalement assistée
<i>Req.</i>	Requête
<i>RG</i>	Numéro de répertoire général
<i>ROPA</i>	Réception de l'ovocyte par le partenaire
<i>s.</i>	et suivants
<i>SCI</i>	Société civile immobilière
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Ss-sect.</i>	Sous-section
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>TI</i>	Tribunal d'instance
<i>TJ</i>	Tribunal judiciaire
<i>V.</i>	Voir

Les couples non mariés

En France, plusieurs modes de conjugalité coexistent au sein du droit positif classiquement distingués eu égard au degré d'engagement qu'ils impliquent. Le Code civil contient ainsi les règles relatives au concubinage (chapitre 1) celles relatives au pacte civil de solidarité (chapitre 2), ces deux modes de conjugalité étant exposés au titre XIII intitulé « *du pacte civil de solidarité et du concubinage* ». Le troisième mode de conjugalité est constitué par le mariage (Titre n° 2) et fait l'objet d'une partie spécifique au sein du Code civil.

Le concubinage

Le concubinage également désigné sous le vocable d'union libre est présent à l'unique article 515-8 du Code civil qui permet sous l'égide de la jurisprudence d'appréhender les critères de sa formation (A). Le droit positif qui régit *a minima* ce mode de conjugalité fait écho aux propos attribués à Napoléon Bonaparte à l'occasion de la rédaction du Code civil, propos selon lesquels : « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* » expliquant ainsi que les effets (B) et la dissolution (C) de ce mode de conjugalité résultent en majorité d'évolutions jurisprudentielles.

A. La formation du concubinage

S'intéresser à la formation de ce mode de conjugalité revient en réalité à traiter de deux points à savoir d'une part les caractéristiques spécifiques du concubinage (a) et d'autre part la preuve de ce dernier (b).

a. Les caractéristiques du concubinage

Classiquement et selon la définition présente à l'article 515-8 du Code civil, le concubinage est « *une union de fait, caractérisée 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* ».

Cette définition est issue de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 par le biais de laquelle le législateur a défini une notion dont les contours étaient jusqu'alors développés uniquement dans la jurisprudence.

De cette définition il découle plusieurs observations.

Le concubinage est donc une situation nécessairement constituée par des personnes qui vivent « *en couple* » ce qui, *de facto*, exclut de ce mode de conjugalité les personnes entretenant des liens familiaux comme une mère et sa fille ou encore un frère et sa sœur. Les relations incestueuses ne peuvent ainsi se voir qualifiées de la sorte.

Par ailleurs, étant constitué par une « *relation stable et continue* », le concubinage ne saurait valablement être retenu pour des aventures éphémères ou sans lendemain et la monogamie semble également exigée par les termes utilisés.

Notons également la précision apportée par le législateur dans la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 selon laquelle le concubinage peut être formé par un couple de personnes de même sexe sans qu'il n'existe, (à l'instar du mariage dans sa version antérieure à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) une prohibition à l'égard de ces couples.

Antérieurement à l'insertion dans le Code civil de l'article 515-8, le concubinage était exclu concernant des couples de personnes de même sexe comme il ressort de l'arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation en date du 17 décembre 1997 (n° 95-20.779) par lequel il a été dit que « *le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* ». C'est donc par le biais de sa codification que ce mode de conjugalité a trouvé vocation à s'appliquer à de telles unions.

La réelle problématique juridique quant à la conception de cette notion réside dans la nécessité ou l'absence de nécessité d'avoir une communauté de toit pour qualifier la relation de concubinage.

Autrement dit, la question est de savoir si le fait d'avoir des domiciles distincts fait inéluctablement obstacle à la qualification de concubinage de la relation entretenue.

Répondre à cette interrogation induit d'analyser la jurisprudence foisonnante rendue en la matière. Ainsi, par un arrêt en date du 21 février 2017 (n° 16/04775), la Cour d'Appel de Toulouse a relevé que :

« s'agissant d'apprécier la nature de la relation ayant existé entre les parties et qui fait litige entre elles, le premier juge a justement rappelé les dispositions de l'article 515-8 du Code civil qui définit le concubinage comme étant l'union de fait caractérisée par une vie commune stable et continue de deux personnes vivant en couple. Il est par ailleurs admis que cette relation de concubinage suppose l'existence d'une "vie maritale" qui implique que les prétendus concubins bénéficient des moyens matériels et financiers de l'autre ».

De cette définition il est au cas d'espèce, tiré la conséquence que l'existence d'une relation sentimentale stable ne peut être le synonyme d'une « *vie commune* » au sens de l'article susmentionné et que, *in fine*, à défaut d'avoir vécu ensemble, la relation ne peut pas être qualifiée de concubinage.

En conséquence et s'agissant d'une demande relative à la liquidation des intérêts patrimoniaux des protagonistes, le juge aux affaires familiales est

incompétent pour trancher le présent litige, ce dernier n'ayant vocation à intervenir qu'en présence de concubins, partenaires ou d'époux.

Si la cohabitation semble ainsi être érigée comme condition nécessaire à la qualification de concubinage au motif de la nécessité de l'existence d'une vie commune force est de constater que si elle est nécessaire elle n'en demeure pas moins suffisante comme le relève l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles en date du 2 février 2017 (n° 16/02584).

Dans cette affaire relative aux droits du concubin survivant, la cour rappelle dans un premier temps que « *selon l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré notamment aux ascendants, aux concubins notoires ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès. À défaut de personne remplissant les conditions prévues à l'article 14, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon de domicile par ce dernier* ».

Elle analyse ensuite la relation entre le demandeur, prétendu concubin survivant et le *de cuius* (personne décédée).

Elle en retire ainsi la conclusion que la communauté d'habitation était certes existante mais que les éléments versés aux débats « *ne démontrent pas pour autant l'existence d'une relation stable et continue ayant l'apparence d'une vie maritale, peu important que M. D. ait poursuivi le paiement des loyers et repris les contrats à son nom après le décès et que Mme L. ait eu le souhait qu'il puisse continuer à occuper l'appartement* ».

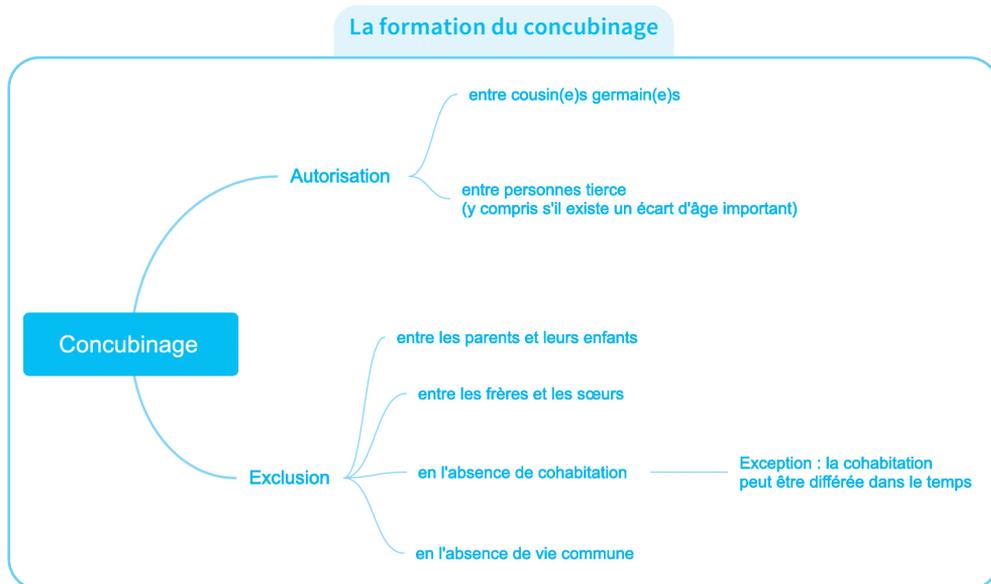
Aussi, la cohabitation ne peut, à elle seule, justifier l'application des règles en matière de concubinage, la vie commune ne pouvant, sous couvert de l'appréciation souveraine des juridictions (Cass. civ., 1^{re}, 3 octobre 2018, n° 17-13.113), être caractérisée qu'en présence d'une cohabitation et d'une relation sentimentale.

Par ailleurs, certaines juridictions ont pu admettre et retenir la qualification de concubinage à des relations où la cohabitation a été différée dans le temps à l'instar de la Cour d'Appel de Lyon qui dans un arrêt en date du 2 juillet 2013 (n° 13-03189) a admis que « *M. D. et Mme T. ont conclu un bail d'habitation portant sur un appartement sis à Villeurbanne le 11 mars 2012. Mme T. justifie avoir emménagé entre le 18 et le 23 avril 2012* » et d'en tirer la conclusion qu'« *à l'époque du prêt allégué par M. D., qu'il situe en février 2012, les parties entretenaient donc des relations stables et durables, constitutives d'un concubinage au sens de l'article 515-8 du Code civil, même si elles ne cohabitaient pas encore* ».

En conclusion et concernant le critère de la cohabitation notons qu'à la différence du mariage où la vie commune (et notamment la communauté de toit) est une obligation du mode de conjugalité, dans le cadre du concubinage il s'agit d'une condition de formation.

Il est cependant possible de s'interroger sur l'évolution qu'auront les juridictions quant à la qualification du concubinage en raison de l'absence de cohabitation les prochaines années. Il n'est en effet pas rare que les couples contemporains possèdent une résidence séparée par choix et en dehors de toute considération qui serait liée à des obligations professionnelles par exemple.

Le concubinage correspond à des réalités plurielles dans notre société soit que le couple n'adhère pas aux autres modes de conjugalités (et notamment au mariage) soit que le concubinage constitue dans une relation la première phase de la conjugalité. Dans ces conditions, la cohabitation n'apparaît pas inéluctablement faire obstacle à la qualification de l'union.



b. La preuve du concubinage

Le concubinage étant une notion de fait, la preuve de son existence peut être apportée par tout moyen et est appréciée souverainement par les juridictions (Cass. civ., 1^{re}, 3 octobre 2018, n° 17-13.113).

À l'inverse des autres modes de conjugalité, le concubinage ne possède aucune preuve préconstituée en raison de sa formation.

Le pacte civil de solidarité est lui mentionné sur l'acte de naissance de chacun des partenaires.

Au jour de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil dresse un acte ce qui permet là encore aux époux de rapporter aisément la preuve de leur union.

La preuve du concubinage peut tout d'abord être rapportée par un tiers. Par exemple par certains organismes de l'administration (sécurité sociale, organismes fiscaux, etc.) ou encore par des particuliers qui verraient un intérêt à qualifier la relation d'un tiers de concubinage comme l'un des époux qui souhaiterait démontrer l'adultère de son conjoint par l'entretien d'une relation de concubinage en amont ou pendant la procédure de divorce.

La preuve qui incombe au tiers sera nécessairement plus difficile à rapporter d'une part parce que s'agissant d'une notion de fait, la relation échappe aisément aux tiers et que d'autre part, la preuve pouvant être rapportée par ces derniers est conditionnée au respect de la vie privée : toute intrusion dans la vie du prétendu concubin ne pouvant être valablement admise.

Il suffit pour s'en convaincre de reprendre l'évolution jurisprudentielle en matière de constat d'adultère dressé par les huissiers. Initialement, un tel mode de preuve a été rejeté par les juridictions (Cour d'Appel de Douai, 25 avril 1991, n° 1991-040978).

Par suite, le constat d'huissier a été validé sous réserve de l'autorisation préalable par le Président du tribunal de grande instance (Cass. civ., 2^e, 5 juin 1985, n° 83-14.268).

Reste qu'à ce jour, les constats d'adultère restent encadrés, les huissiers ne pouvant dresser de tels actes que dans le respect de l'intimité de la personne.

À l'inverse et pour les concubins, il est plus aisé de rapporter la preuve de leur relation.

Ils peuvent notamment solliciter un certificat de concubinage auprès de la mairie de leur domicile qui n'ont aucune obligation de dresser un tel acte.

Il s'agira pour l'un de ces derniers de démontrer l'effectivité de la relation stable et durable ce qui permet d'appréhender les documents pouvant attester d'une telle relation à savoir un contrat de bail d'habitation aux deux noms, des factures aux deux noms notamment concernant les charges de fluide (électricité, gaz, eau, internet, téléphonie, etc.).

Les attestations sur l'honneur (témoignages) peuvent également être utilisées pour justifier de l'union et seront certainement rédigées par des proches (famille et amis).

Cependant, notons que la production des documents susmentionnés ne permet pas, *de facto*, que les juridictions retiennent la preuve de l'union libre.

Aussi et par un arrêt en date du 3 octobre 2018 (n° 17-13.113) la première chambre civile de la Cour de cassation a relevé que « *l'arrêt relève que la preuve de la vie commune à cette date n'est rapportée ni par les factures d'électricité ni par la mention des noms de M. X... et Mme Z... sur le bail locatif, celui-ci datant de 1996 et les avis d'échéances postérieurs ne faisant que reproduire son intitulé; qu'il*

constate qu'en raison de leur imprécision, les attestations ne permettent pas de déterminer si M. X... vivait avec elle au moment du sinistre ».

Aussi, c'est par l'utilisation du faisceau d'indices que les juridictions vont apprécier souverainement s'il y a lieu de qualifier la relation de concubinage ou non étant rappelé que la charge de la preuve incombe à celui des concubins qui entend se prévaloir d'une telle situation (Cour d'Appel de Nancy, 15 septembre 2005, n° 2005-303748).

Enfin, la preuve d'une telle relation peut résulter de la conclusion par les concubins d'une convention organisant les modalités (uniquement financières) de leur vie commune. En effet, en l'absence de statut légal certains concubins ont fait le choix de régler leur union en dressant en double exemplaire une telle convention qui ne peut pas contenir et régler les rapports personnels entre ces derniers (on pense ici au fait d'imposer une obligation de fidélité) ou même comme le relèvent certains auteurs à porter atteinte à l'essence même de cette union caractérisée par les principes de liberté et de précarité.

B. Les effets du concubinage

Le concubinage est empreint d'une certaine liberté dont le régime des biens (a) et les obligations (b) qui en découlent et qui sont par nature limitées doivent faire l'objet d'une étude distincte.

a. Le régime des biens des concubins

La propriété (1) doit être analysée eu égard au régime de la preuve de cette dernière (2).

1. La propriété

En matière de concubinage, les biens possédés en amont de la relation ainsi que ceux hérités pendant la vie de couple restent la propriété exclusive du bénéficiaire ou du propriétaire originel.

La relation ne permet pas, de fait, de modifier la qualification des biens dont s'agit.

De même, si en cours d'union, un des concubins acquiert seul un bien ou crée par son industrie personnelle un bien, la propriété lui est exclusive.

En revanche, si en cours de l'union les concubins achètent ensemble un bien il est réputé être indivis par moitié, c'est-à-dire que les concubins sont tous les deux propriétaires à hauteur de 50 % du bien en question.

De même, si la preuve de la propriété ne peut pas être ramenée alors le régime de l'indivision en application des articles 815-13 et suivants du Code

civil a vocation à s'appliquer étant précisé que l'indivision peut également être conventionnelle.

La qualification donnée n'est pas sans incidence, le propriétaire d'un bien pouvant, seul l'aliéner (destruction, vente, etc.) et ce, sans l'accord du concubin.

À l'inverse et si le régime de l'indivision de droit commun s'applique rappelons les termes de l'article 815-3 du Code civil qui prévoit que « *le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité :*

1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ;

2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;

3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;

4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. À défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.

Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°.

Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux ».

Aussi et dans une indivision à hauteur de moitié chacun l'aliénation n'est pas possible sans l'accord de l'autre concubin sauf ici encore à obtenir en vertu de l'article 815-5-1, l'accord de la juridiction compétente de passer seul l'acte.

C'est sur la base des règles susmentionnées que doit être étudié le réel enjeu en la matière : celui de la preuve de la propriété.

2. La preuve de la propriété

La preuve de la propriété exclusive est celle du droit commun et renvoie en matière de meuble à l'article 2276 du Code civil selon lequel « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ».

Cet article ne trouve vocation à s'appliquer que si la possession est paisible, publique, continue et non-équivoque et ne doit pas être par conséquent précaire ni viciée.

Or la relation de concubinage porte intrinsèquement un caractère équivoque. En effet, qui de deux personnes vivant dans un même endroit serait le propriétaire d'un bien utilisé quotidiennement par les deux ?

C'est sous couvert de l'appréciation souveraine des juridictions et de la liberté de la preuve en la matière que les décisions sont prises.

Il s'agira ici de rapporter la preuve du financement (facture, bon de commande, relevés bancaires, crédit à son nom, témoignage, etc.).

S'agissant des immeubles, la preuve réside d'abord dans l'acte établi à l'occasion de l'achat qui mentionne les droits respectifs des coïndivisaires et ce, dans l'acte de propriété.

Se pose ici la question de savoir si malgré la quote-part indiquée dans l'acte d'acquisition, un concubin peut se prévaloir d'un financement supérieur pour réclamer, à l'occasion d'une séparation notamment, une partie plus grande que les droits mentionnés dans l'acte dont s'agit.

Sur ce point la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 10 janvier 2018 (n° 16-25.190) a relevé : *« attendu que, pour dire que les droits de M. Y... sur la maison indivise s'élèveront à 46,24 % de sa valeur et ceux de Mme Z... à 31,22 %, l'arrêt retient que chacun des coïndivisaires a financé à titre personnel, dans cette proportion, le coût de la construction de la maison ;*

Qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant acheté le bien en indivision chacun pour moitié, M. Y... et Mme Z... en avaient acquis la propriété dans la même proportion, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cette position a d'ailleurs été confirmée par un arrêt de la même chambre le 13 février 2019 (n° 17-26.712) en ces termes : *« Attendu que, pour fixer la part de chaque indivisaire dans la propriété du bien à 82 % pour M. L... et 18 % pour Mme T... et dire que le partage de l'actif et du passif de l'indivision se fera dans ces proportions, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette répartition résulte de la participation réelle des deux indivisaires au financement de l'acquisition ;*

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'acte d'acquisition mentionnait que M. L... détenait 70 % de la propriété indivise, et Mme T... 30 %, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Aussi, le financement réel opéré par tel ou tel des concubins ne fait pas obstacle à la propriété par moitié de l'autre.

La situation semble cependant différente lorsque l'acte en question ne mentionne pas la quote-part. En l'absence d'une telle précision et comme susmentionné, le bien est réputé indivis par moitié mais dans cette configuration, les juridictions ont admis que l'un des concubins pouvait rapporter la preuve contraire notamment en démontrant son réel investissement (en ce sens : Cass. civ., 1^{re}, 6 février 2001, n° 99-11.252).

b. Les effets du concubinage

Les effets (droits et obligations) qui découlent d'une union libre s'analysent en réalité par comparaison aux autres modes de conjugalité et notamment le mariage. Le concubinage étant une « *union libre* », force est de constater que ce soit entre les concubins (1) ou à l'égard des tiers (2), ses effets restent limités malgré une « *matrimonialisation* » de ce mode de conjugalité.

1. Les effets du concubinage entre concubins

En matière de concubinage, aucune des obligations personnelles présentes en matière de mariage n'existe. Ainsi, l'article 212 du Code civil selon lequel « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* » ne s'applique pas et ne possède aucun pendant en matière de concubinage.

Ce premier constat est à nuancer en ce que les caractères de continuité et de stabilité de la vie de couple induits par le concubinage semblent, couplés avec la nécessaire cohabitation peu propices à exclure de manière inéluctable le devoir de fidélité.

Par ailleurs, notons que l'ordonnance de protection présente à l'article 515-9 du Code civil selon lequel « *lorsque les violences exercées au sein du couple, y compris lorsqu'il n'y a pas de cohabitation, ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin, y compris lorsqu'il n'y a jamais eu de cohabitation, mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection* » trouve vocation à s'appliquer entre concubins écho du nécessaire respect qu'implique les obligations découlant du mariage.

Parallèlement à la différence des partenaires ou des époux, aucune mention du concubinage n'apparaît sur les actes de l'état civil.

Enfin, la relation entre concubins ne permet pas de jouir des dispositions relatives à la présomption de paternité applicable entre époux.

De l'ensemble des éléments mentionnés il découle donc que les effets sont limités en matière de concubinage laissant aux propos de Napoléon Bonaparte selon lesquels « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* » une vérité encore contemporaine.

Concernant l'aspect patrimonial il s'agit là encore de mettre en exergue l'absence d'obligations que l'on retrouve en matière matrimoniale.

Ainsi l'article 214 du Code civil selon lequel « *si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* » n'a pas vocation à s'appliquer entre les concubins.

Il n'existe donc pas de contribution aux charges du mariage entre les concubins, c'est-à-dire qu'aucune action en contribution aux charges du mariage ne peut prospérer et donc qu'aucun concubin ne peut se prévaloir à l'égard de l'autre d'une sur-contribution faisant naître droit à une créance à son égard.

Ce principe est d'ailleurs régulièrement rappelé par les juridictions notamment par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 décembre 2018 (n° 18-12.311).

Dans cette affaire, le concubin avait financé un fonds de commerce appartenant à sa concubine si bien qu'il détenait une créance à l'égard de cette dernière qui d'ailleurs n'a pas remis en cause son statut de débitrice.

Pour neutraliser la créance, la concubine a fait valoir qu'ayant supporté les frais de logement et d'électricité pendant la vie commune elle détenait en réalité également une créance à l'endroit du concubin, somme qui devait venir compenser celle due par ses soins.

Sans surprise la Cour de cassation a censuré la Cour d'Appel qui elle, avait admis le principe de compensation sollicité par la concubine en rappelant sous le visa de l'article 214 du Code civil « *qu'en statuant ainsi, sans constater l'existence d'un accord entre les parties sur la répartition des charges de la vie commune, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Il est cependant à noter que la « *matrimonialisation* » du concubinage touche également l'absence de contribution aux charges du ménage.

En effet dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 2 avril 2014 (n° 13-11.025), la créance dont pouvait éventuellement se prévaloir le concubin à l'égard de sa concubine en raison du financement de son seul chef de l'intégralité des échéances du prêt ayant permis une acquisition d'un bien en indivision a été neutralisée sur le fondement de l'intention libérale, lesdits remboursements ayant été qualifiés de donation ce qu'approuve, *in fine*, la Cour de cassation.

Par cet arrêt nous avons les prémices de ce qui pourrait être qualifiée d'une contribution volontaire aux charges de la vie en concubinage étant rappelé là encore, que les règles mentionnées ne trouvent vocation à s'appliquer que si les concubins n'ont pas conclu de convention régissant la question.

L'absence de principe de contribution connaît ainsi de tempéraments jurisprudentiels, timides et peu nombreux mais tout de même existants.

La Cour de cassation par un arrêt en date du 11 mars 2014 (n° 12-28.224) a explicitement fait référence « *aux dépenses de la vie commune* » pour faire droit à une demande fondée sur l'enrichissement sans cause.

Il s'agit là encore d'un témoignage de la « *matrimonialisation* » de la relation de concubinage.

2. Les effets du concubinage à l'égard des tiers

Concernant le principe de l'obligation à la dette présente en matière matrimoniale à l'article 220 du Code civil selon lequel « *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* », il est à relever, là encore, une absence d'application du principe dont s'agit en matière de concubinage (Cass. civ., 1^{re}, 7 novembre 2012, n° 11-25.430; Cass. Civ. 1^{re}, 27 avril 2004, JCP, II, 10008 obs. G. Cavalier).

Aussi, chacun des concubins est tenu personnellement des dépenses qu'il engage de son chef sans que le tiers ne puisse réclamer à l'autre concubin paiement de la créance.

L'inapplicabilité de la règle dont s'agit connaît un tempérament dans l'hypothèse où les concubins auraient donné aux tiers l'apparence d'être mariés.

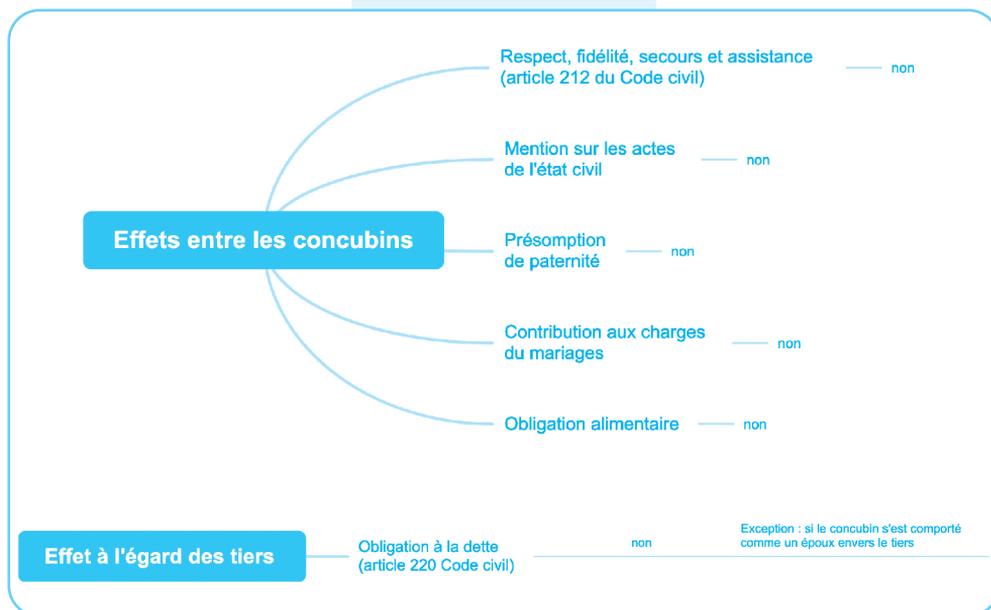
Dans cette configuration, la jurisprudence a admis la possibilité pour le tiers de solliciter le paiement à l'autre concubin de la créance qu'il détient à l'égard du second concubin (Cour d'Appel de Rouen, 30 octobre 1973, D. 1974, somm. Comm. 19; Civ. I, 29 avril 1979, JCP G 1979, II, 15972).

En outre, notons qu'il n'existe pas en matière de concubinage d'obligation alimentaire que ce soit entre concubins ou à l'égard des parents de l'un d'eux alors que cette obligation existe en matière d'époux.

C'est donc tout naturellement que dans un arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation en date du 28 mars 2006 (n° 04-10.684), la cour a conclu en ces termes : « *mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que le concubin de la fille de Mme Z... n'était pas tenu à une obligation alimentaire envers cette dernière; qu'ensuite, après avoir souverainement relevé que Mme Véronique Y... ne percevait aucun revenu, elle en a justement déduit que celle-ci ne pouvait satisfaire à son obligation alimentaire; que le moyen n'est pas fondé* ».

Enfin, notons que la situation de concubinage est prise en considération par des organismes tiers notamment en matière de protection sociale (prestations sociales et familiales, imposition, etc.) au travers de dispositions spécifiques diverses présentes dans chacun des textes législatifs ou réglementaires concernés.

Les effets du concubinage



C. La dissolution du concubinage

La dissolution du concubinage pose la question de l'indemnisation que peut solliciter un concubin que ce soit en raison de la rupture du concubinage (a) mais également, en l'absence de règles législatives propres à ce mode de conjugalité quant à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, par application du principe de la société créée de fait (b), de l'enrichissement injustifié (c) ou encore par l'intermédiaire de l'obligation naturelle requalifiée par les juridictions en obligation civile (d).

a. L'indemnisation en raison de la rupture du concubinage

En principe, la liberté caractérise l'union dite « libre » qu'est le concubinage si bien qu'à la discrétion de l'un ou de l'autre des concubins, la relation peut prendre fin sans que des formalités ne soient nécessaires à la différence des autres modes de conjugalité.

Ce principe qui est depuis longtemps acquis en jurisprudence connaît une limite : celui du « caractère fautif » de la rupture.

La possibilité d'obtenir des dommages et intérêts en raison du caractère fautif a été retenue avant la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 notamment par un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1976 (Cass. civ., 1^{re}, 6 juillet 1976, n° 75-13.535).

À titre d'exemple la première chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt en date du 3 janvier 2006 (n° 04-11.016) a rappelé à l'instar de jurisprudences plus anciennes : « *mais attendu que si la rupture du concubinage ne peut en principe donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts, il en est autrement lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir une faute de son auteur* ».

Dans cette espèce a été considérée comme fautive la rupture intervenue après quarante ans de vie commune (Cass. civ., 1^{re}, 3 janvier 2006, n° 04-11.016).

Pour justifier d'une telle demande, la Cour de cassation rend sa décision sous les articles 515-8 et suivants déjà mentionnés et 1382 (ancien) du Code civil (actuel 1240) aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Cette possibilité n'est cependant envisagée que sous couvert de rapporter la preuve d'une faute et plus précisément « *d'une faute qui soit détachable de la rupture, dès lors que la rupture du concubinage ne constitue pas en elle-même une faute civile susceptible d'ouvrir droit à indemnisation* » (Cour d'Appel de Pau, 2^e chambre, 2^e section, 13 janvier 2020, n° 16/01244).

Parallèlement et si la rupture du concubinage résulte du décès de l'un d'eux, le concubin survivant peut solliciter des juridictions des dommages et intérêts à l'encontre de celui qui est responsable du décès pour le préjudice subi (en ce sens : Cass. crim., 10 novembre 1992, n° 91-86.973, Cass. crim., 9 octobre 1996, n° 95-82.272).

b. L'indemnisation sur le fondement de la société créée de fait

La société créée de fait est un principe utilisé essentiellement dans deux hypothèses, la première lorsque l'un des concubins a financé (construit ou amélioré) pour partie un bien immobilier dont l'acte d'acquisition ne fait mention que du nom de l'autre concubin.

La seconde hypothèse recouvre une réalité sociétale : celle où l'un des concubins a travaillé pendant plusieurs années au service de l'entreprise ou de la société de l'autre sans avoir été rémunéré pendant les années d'exploitation.

Pour se prévaloir de ce mécanisme, le concubin qui l'invoque devra par application de l'article 1832 du Code civil démontrer trois éléments.

En effet et comme le prévoit l'article susmentionné : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

Aussi et pour caractériser une société créée de fait il convient de rapporter une triple preuve à savoir :

- des apports mutuels;
- l'intention de collaborer;
- l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes éventuelles.

Les juridictions rappellent régulièrement cette nécessité (en ce sens : Cour d'appel, Caen, 1^{re} chambre civile, 17 décembre 2019 – n° 17/03677 : « *la société créée de fait suppose, comme le rappelle M. Frédéric M., l'existence de deux ou plusieurs personnes faisant des apports et participant aux pertes et bénéfices, la jurisprudence constante exigeant en outre la preuve de la réalité de l'affectio societatis, qui se définit comme la volonté de collaborer sur un pied d'égalité à une entreprise commune* »).

La Cour de cassation exige également que la collaboration s'effectue « *sur un pied d'égalité* » comme il ressort des termes d'un arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation en date du 5 mars 1981 (n° 83-15.653) aux termes duquel l'arrêt de la Cour d'Appel a été cassé car elle n'avait pas « *recherché s'il existait de la part des intéressés la volonté d'exploiter les commerces sur un pied d'égalité, de partager les bénéfices et, en cas de déficit, de contribuer aux pertes, volonté qui ne peut être présumée et résulter de la participation aux dépenses de la vie commune, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

De même, il est aujourd'hui acquis que la preuve de l'un des trois critères ne peut pas se déduire d'un autre et qu'il convient de rapporter distinctement la preuve des apports, de l'intention de collaborer et de celle de participer aux bénéfices et aux pertes (en ce sens : Cour d'Appel de Nîmes, 1^{re} chambre civile, 9 janvier 2020, n° 17/03082).

À titre d'exemple, les juridictions ont refusé d'appliquer le mécanisme de la société créée de fait la Cour de cassation retenant que « *l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage* » (Cass. civ., 1^{re}, 20 janvier 2010, n° 08-13.200).

De même et dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens de la première chambre civile en date du 29 janvier 2014, n° 12/04846, la Cour rappelle :

« *au cas d'espèce, la circonstance que Monsieur C. et Madame T. aient ensemble, aux fins de loger leur famille, acquis un immeuble, participé à son financement en souscrivant des emprunts immobiliers, dont les échéances ont été prélevés sur un compte commun et pris en charge les frais d'entretien de cet immeuble jusqu'à leur séparation, ne suffit pas à caractériser une société de fait* ».

Si la présence d'une société créée de fait est retenue cela peut avoir plusieurs avantages pour le concubin qui entend s'en prévaloir et qui pourra *in fine*, réclamer l'attribution préférentielle d'un bien ou encore une indemnisation en raison de la plus-value qu'il aurait apportée au bien par ses travaux (Cass. civ., 1^{re}, 19 avril 2005, n° 01-17.226) ou encore à indemnisation en raison des sommes par lui engagées.

c. L'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié

L'enrichissement injustifié appelé autrefois enrichissement sans cause est un principe prétorien issu de l'arrêt Boudier (Req. 15 juin 1892, Boudier, DP 1892.1596; S. 1893. 1281) qui a posé le principe selon lequel : « *Sur la troisième branche, relative à la fausse application des principes de l'action de in rem verso : – Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit; que dès lors, en admettant les défendeurs éventuels à prouver par témoins que les engrais par eux fournis à la date indiquée par le jugement avaient bien été employés sur le domaine du demandeur pour servir aux ensemencements dont ce dernier a profité, le jugement attaqué (T. civ. de Châteauroux, 2 déc. 1890) n'a fait des principes de la matière qu'une exacte application* ».

Cet arrêt de principe a par la suite été consacré dans de nombreuses décisions (en ce sens : Cass. civ., 1^{re}, 25 février 2003, Assoc. Fondation Rothschild c/ Cts Enriquez et a.) notamment au visa de l'article 1371 ancien du Code civil rédigé en son temps en ces termes : « *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

Aujourd'hui, le principe est codifié sous l'appellation d'enrichissement injustifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations à l'article 1303 du Code civil ainsi libellé : « *en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ».

De cet ensemble, il résulte que l'enrichissement sans cause aujourd'hui dit enrichissement injustifié implique pour être retenu les conditions cumulatives suivantes (en ce sens : Cour d'Appel de Limoges, Chambre civile, 18 février 2009, n° 07/01569) :

- un enrichissement d'un patrimoine ;
- l'appauvrissement d'un autre patrimoine ;

- la corrélation entre les deux ;
- l'absence de cause juridique à l'enrichissement et à l'appauvrissement corrélatif ;
- la subsidiarité.

Par application de ces principes, les juridictions ont estimé que l'enrichissement peut résulter d'une amélioration apportée à un immeuble (Cass. civ., 3^e, 28 mai 1986, n° 85-10.367) et que cette notion s'entend largement de tout avantage et notamment du profit réalisé par une personne en raison de l'acquisition d'un bien nouveau comme une somme d'argent (Cass. civ., 3^e, 15 mai 1973, n° 72-11.513)

De même il sera relevé que la corrélation nécessaire entre l'appauvrissement et l'enrichissement peut être indirecte (Cour d'Appel de Limoges, Chambre civile, 18 février 2009, n° 07/01569).

Ce cas correspond à l'hypothèse où l'avantage reçu a transité par le patrimoine d'un tiers. Pour illustrer, rappelons que la jurisprudence a admis qu'une concubine puisse sur le fondement de l'enrichissement injustifié obtenir la condamnation d'une SCI à raison des travaux réalisés dans un immeuble appartenant à ladite SCI dont son concubin était le gérant (Cour d'Appel de Rennes en date du 6 juillet 2018, n° 15/06821).

Quant aux effets de l'enrichissement injustifié, notons qu'en présence d'un transfert de somme d'argent ayant permis de réaliser des travaux, l'indemnisation doit être égale à la plus faible des deux sommes entre la plus-value résultant des travaux et la somme engagée par l'appauvri (Cass. civ., 1^{re}, 19 janvier 1953, D. 1953. 234- Cass. civ., 3^e, 18 mai 1982, n° 80-10.299).

Pour neutraliser les demandes fondées sur l'enrichissement injustifié, certains justiciables ont évoqué le « *profit personnel* » de la partie qui invoquerait une demande d'indemnisation sur ce fondement juridique et ce, par application de l'article 1302-2 du Code civil qui dispose : « *il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel* ».

d. L'indemnisation en raison de la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile

L'obligation naturelle peut être définie comme l'expression d'un devoir de conscience ensuite d'un acte réalisé par une personne, l'obligation naturelle s'approchant d'un devoir moral et ce, en dehors de toute obligation juridique.

À titre d'exemple, le versement mensuel d'une somme d'argent à sa concubine peut revêtir cette qualification (en ce sens : Cour de cassation, chambre civile 1, 23 mai 2006 – n° 04-19.099) notamment lorsque ladite somme a été versée postérieurement à la séparation (Cour d'appel, Versailles, Chambre 1 section 1, 15 septembre 1988).

L'obligation naturelle peut résulter tant de l'engagement pris que d'un début d'exécution, c'est-à-dire soit de la promesse de verser telle ou telle somme selon telle fréquence, soit d'avoir déjà commencé lesdits versements, s'agissant en réalité de qualifier un engagement volontaire (en ce sens : Cour d'appel, Bordeaux, 6^e chambre civile, 25 novembre 2014 – n° 13/07552).

Afin de rendre cet engagement obligatoire, certains concubins ont sollicité des juridictions l'application du principe de la novation transformant la simple obligation naturelle, en obligation civile pouvant *de facto* être exécutée en cas de suspension en raison du jugement intervenu.

La novation, plus rarement retenue par les juridictions pose comme difficulté la preuve, celle de la manifestation de la volonté de l'autre concubin.

C'est face à cette difficulté que de nombreux déboutés ont eu lieu.

L'arrêt Cour de cassation, Chambre civile 1, 23 mai 2006 – n° 04-19.099 est particulièrement éloquent sur ce point.

Dans cette espèce, un couple divorcé a recommencé une vie commune sans contracter une nouvelle fois mariage et ont vécu en situation de concubinage pendant des années, années durant lesquelles l'un des concubins a versé mensuellement une somme à l'autre et ce, y compris après une seconde rupture.

Les versements prennent fin si bien que la concubine a saisi la juridiction compétente sur le fondement de la novation pour obliger le concubin à continuer les versements jusqu'à présent effectués.

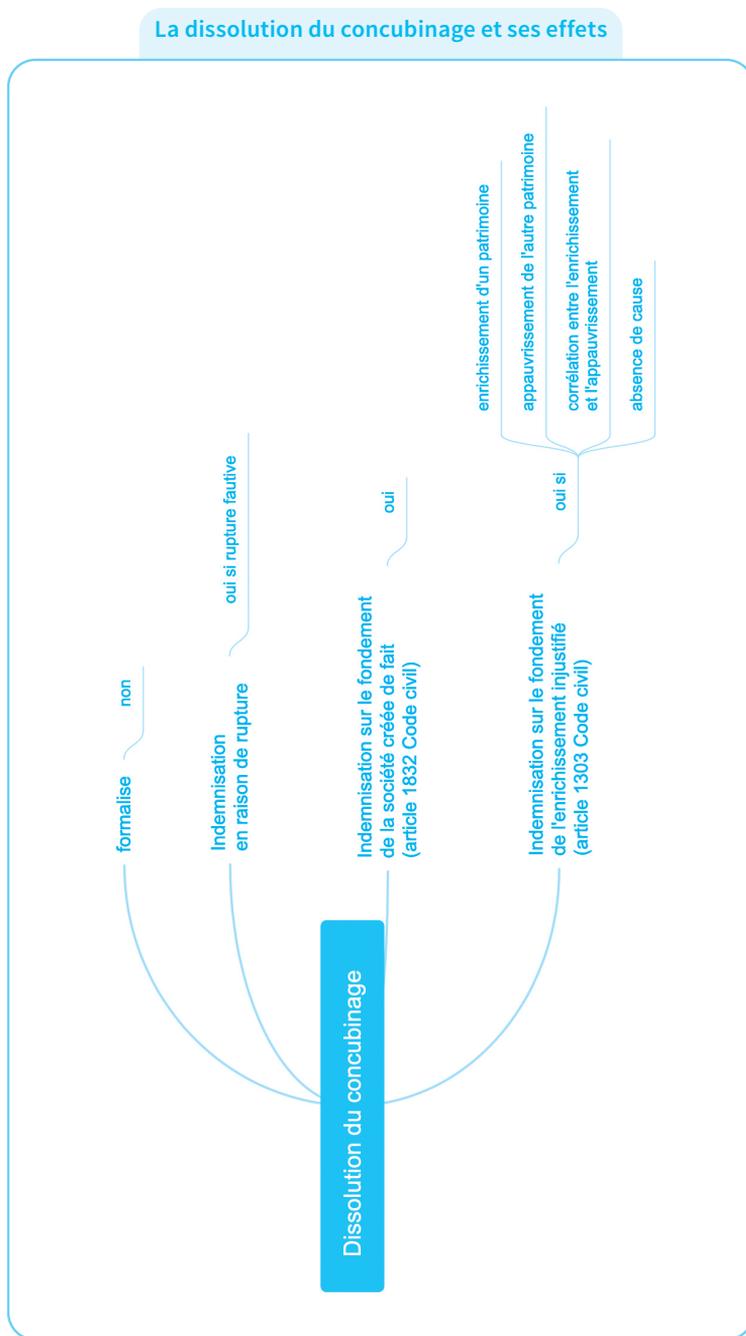
Déboutée en appel, la concubine forme un pourvoi en cassation, qui rejette ce dernier sous ces termes : *« mais attendu qu'ayant souverainement estimé que de l'ensemble du comportement de M. X..., à défaut de tout écrit en ce sens, il ne résultait aucun engagement volontaire implicite ou explicite de ce dernier à poursuivre, sans limitation de temps, l'aide financière octroyée à Mme de Y... dans les dix mois qui ont suivi leur dernière rupture, la cour d'appel a pu en déduire que son devoir de conscience ne s'était pas transformé en obligation civile, que le moyen n'est pas fondé »*.

Ici, il n'est pas nié que des versements réguliers ont eu lieu mais ce qui fait défaut est la preuve que lesdits versements auraient fait l'objet d'un engagement dans le temps.

En l'absence de cette preuve, le concubin pouvait, à tout moment, faire cesser l'aide financière procurée.

À l'inverse d'autres décisions ont retenu la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, obligeant ainsi l'un des concubins à verser à l'autre une somme d'argent (en ce sens : CA Grenoble, ch. urgences, 30 mars 1999 ; Brenneur c/ Hubert : Juris-Data n° 043664).

Enfin notons que d'autres fondements juridiques plus rarement utilisés en la matière sont parfois évoqués au soutien des demandes formulées par l'un des concubins tels la gestion d'affaire, le mécanisme de l'accession ou encore la théorie de la répétition de l'indu.



Le pacte civil de solidarité

Antérieurement à la loi 99-944 du 15 avril 1999 ayant institué le pacte civil de solidarité, le mariage constituait l'unique mode de conjugalité présent en droit français, mariage qui au demeurant n'était pas ouvert aux couples de personnes de même sexe et ce, jusqu'à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

Cette situation posait de nombreuses problématiques sociales et sociétales liées à l'absence de droit dont pouvait bénéficier le membre du couple survivant en cas de décès de l'autre.

C'est dans ces conditions et notamment pour garantir un statut accordant un minimum de protection aux couples de personnes de même sexe que le législateur a créé le pacte civil de solidarité ouvert depuis sa création aux couples de personnes de même sexe ou de sexe différent.

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que selon les chiffres communiqués par l'INSEE pour l'année 2018, près de 209 milliers de personnes ont contracté un pacte civil de solidarité, parmi lesquels près de 9 milliers ont été contractés par des couples de personnes de même sexe.

Par suite la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 est venue modifier les règles relatives à ce mode de conjugalité aujourd'hui défini à l'article 515-1 du Code civil comme étant « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

Classiquement, nous étudierons les conditions de formation du pacte civil de solidarité (A), ses effets (B) ainsi que sa dissolution (C).

A. Les conditions de formation du pacte civil de solidarité

Le pacte civil de solidarité doit répondre à des conditions de fond (a) ainsi que des conditions de forme (b) devant faire l'objet d'une étude distincte.

a. Les conditions de fond

Trois aspects caractérisent les conditions de formation dites de fond au titre desquelles la capacité (1), le consentement (2) et la condition liée à la vie commune (3) sont à relever.

1. La capacité

La condition liée à la capacité découle de la formulation même de l'article 515-1 du Code civil qui précise que le contrat ne peut être conclu que par « *deux personnes physiques majeures* ».

Cette formulation n'est assortie d'aucune exception à l'inverse des règles relatives au mariage qui permettent sous certaines conditions de contracter une telle union en étant mineur.

Aussi, un régime plus rigoureux trouve vocation à s'appliquer concernant le pacs, sa conclusion étant dès lors exclue en présence d'un mineur.

La question s'est cependant posée de savoir si un mineur émancipé pouvait valablement contracter un pacte civil de solidarité, question légitime au regard de la formulation prévue à l'article 413-6 du Code civil selon lequel « *le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé* ».

La circulaire du 15 novembre 1999 a cependant pris soin de préciser qu'un « *mineur ne peut conclure un PACS même dans l'hypothèse où il a été émancipé par décision expresse ou par mariage* » (V. Circ. n° 99/12 relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès promulgation de la loi, I-1-2-B-a : JCP G 1999, III, 20182).

Cette prohibition a d'ailleurs été maintenue ensuite de la réforme apportée au pacte civil de solidarité par la loi 2006-728 du 23 juin 2006.

Enfin et concernant la possibilité de conclure un pacte civil de solidarité pour un majeur sous un régime de protection, notons qu'ensuite de la loi 2019-222 du 23 mars 2019, l'article 462 du Code civil a été modifié et prévoit à ce jour que « *la personne en tutelle est assistée de son tuteur lors de la signature de la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3* ».

Aussi une personne sous tutelle n'a plus à avoir l'autorisation du juge pour contracter un pacte civil de solidarité.

La personne sous tutelle doit simplement être assistée (et non représentée) pour signer ou modifier la convention de pacs.

Concernant les personnes sous curatelle, des règles similaires sont présentes les concernant à l'article 461 du Code civil qui prévoit de la même manière que « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3* ».

La présence d'un régime de protection ne fait donc pas obstacle à la conclusion d'un pacte civil de solidarité et ce, sous réserve que le consentement de la personne soit présent.

2. Le consentement

Le pacte civil de solidarité s'analyse juridiquement comme un contrat.

De ce fait, les règles applicables en matière contractuelle relativement au consentement ont vocation à s'appliquer.

L'article 1130 du Code civil dispose ainsi que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes*.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

Le pacte civil de solidarité qui aurait été contracté en l'absence de consentement ou en présence d'un consentement vicié peut faire l'objet d'une procédure en nullité.

Cependant, les décisions rendues en nullité sur le fondement susmentionné sont rares.

Nous pouvons pour illustrer citer l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 9 novembre 2006 (n° 05/13848).

Dans cette affaire l'un des partenaires invoquait à titre principal la nullité du pacte civil de solidarité alors contracté sur le fondement d'un vice du consentement reposant sur une « *erreur déterminante* ».

Le partenaire qui a ainsi soulevé la nullité invoquait que l'autre partenaire n'aurait recherché en réalité qu'un « *intérêt financier* ».

La Cour d'Appel rejette cependant la demande en raison de l'absence de démonstration probante des allégations tenues.

Enfin et en sus de la capacité et du consentement, le pacte civil de solidarité pour être valablement conclu ne doit pas contrevenir aux empêchements existants et traduire une réelle vie commune.

3. Notion de vie commune et empêchements

La notion de vie commune est expressément visée à l'article 515-1 du Code civil.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs indiqué que le pacte civil de solidarité ne se cantonne pas à une communauté des intérêts matériels et pécuniaires en ces termes :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions, éclairées par des débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la notion de vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles ».

On observe ici un rapprochement entre les règles relatives au mariage et celles relatives au pacte civil de solidarité.

Cette notion de « *vie commune* » imposée dans le cadre de cette union implique des interrogations et notamment celle de savoir si le principe de loyauté applicable en matière contractuelle induit en raison de la nécessaire vie commune des partenaires un devoir de fidélité.

L'obligation de fidélité n'est pas prévue par les textes qui régissent le pacte civil de solidarité mais est difficilement dissociable de l'application du principe de loyauté à la vie commune.

Parallèlement, la « *vie commune* » implique nécessairement des empêchements c'est-à-dire que certains couples ne peuvent pas conclure un pacte civil de solidarité.

L'article 515-2 du Code civil précise ainsi qu' « à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

1° *Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;*

2° *Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;*

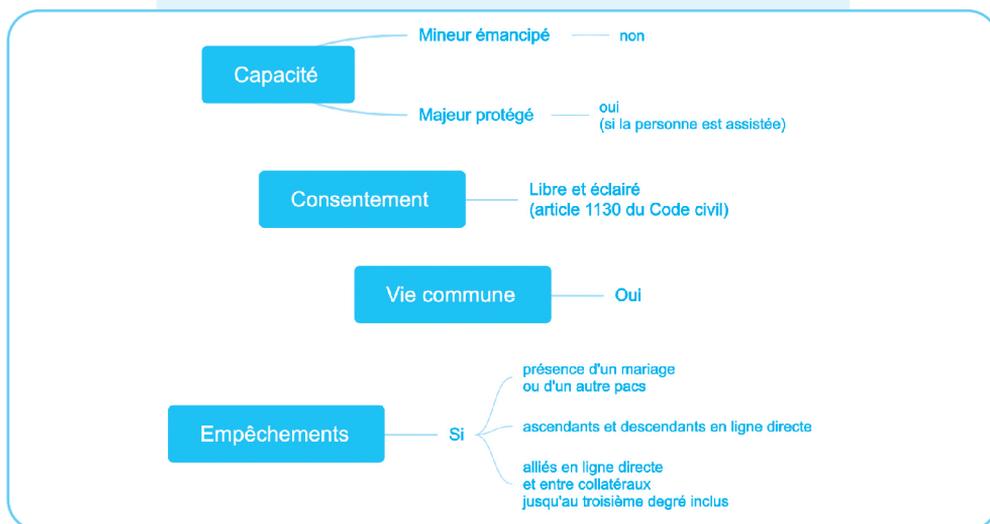
3° *Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ».*

Ainsi, un frère et une sœur, un père et son fils, un oncle et sa nièce, un beau-père et son gendre ne peuvent pas contracter un pacs.

Notons cependant qu'une personne vivant en concubinage peut valablement conclure un pacte civil de solidarité avec une tierce personne, cette prohibition ne figurant pas à l'article susmentionnée.

Précisons également que la sanction du non-respect des prohibitions énoncées à l'article 515-2 du Code civil est la nullité absolue comme précisé par le Conseil constitutionnel en ces termes : « *qu'eu égard à la nature des empêchements édictés par l'article 515-2 du Code civil, justifiés notamment par les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage, la nullité prévue par cette disposition ne peut être qu'absolue* » (Cons. Const. 09-11-1999, n° 99-419).

Les conditions de fond de formation du pacte civil de solidarité



b. Les conditions de forme

Les conditions de forme peuvent s'appréhender en deux points : le premier est relatif à la rédaction d'une convention (1) et le second aux conditions d'enregistrement (2).

1. La rédaction d'une convention

Il n'existe pas de convention de pacte civil de solidarité en l'absence d'écrit.

Telle est la condition posée à l'article 515-3 du Code civil qui précise soit que « *les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent la convention passée entre elles à l'officier de l'état civil* » soit que la convention est « *passée par acte notarié* ».

En conséquence la convention peut prendre deux formes : celle d'un acte sous seing privé ou celle d'un acte notarié, c'est-à-dire d'un acte authentique.

En application de l'article 1375 du Code civil, si la convention prend la forme d'un acte sous seing privé, il doit nécessairement être rédigé en deux originaux dont chacun des partenaires conservera un exemplaire, ledit article disposant que « *l'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct* ».

Concernant le contenu de la convention, le principe est celui de la liberté sous réserve de la licéité des clauses contenues. Aussi, deux conventions de pacs peuvent avoir un contenu variable, plus ou moins fourni.

Cependant, la liberté quant au contenu connaît plusieurs limites.

À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a considéré, le 9 novembre 1999, que si le contrat est la loi commune des parties, les dispositions de l'article 515-7 du Code civil, en ce qu'elles permettent la rupture unilatérale du PACS, ne sont pas contraires aux principes constitutionnels et, dès lors, « *toute clause du pacte interdisant l'exercice de ce droit devra être réputée non écrite* ».

Cette position est d'ailleurs régulièrement rappelée par les juridictions (Cour d'appel, Douai, 1^{re} chambre, 1^{re} section, 21 septembre 2017 – n° 16/05927).

De même, les partenaires ne peuvent pas supprimer l'obligation d'entraide matérielle qu'implique le pacs ou encore insérer une clause pour interdire le droit à réparation (il s'agit ici de l'octroi de dommages et intérêts en cas de rupture fautive du pacte civil de solidarité).

2. L'enregistrement de la convention

La convention, pour produire ses effets doit être enregistrée.

À l'origine, l'enregistrement avait lieu au greffe du tribunal d'instance, les notaires ayant également eu cette compétence par suite.

Par l'effet des dispositions de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, qui sont entrées en vigueur au 1^{er} novembre 2017, l'enregistrement a désormais été confié à l'officier de l'état civil du lieu de résidence du couple, le notaire gardant également sa compétence en la matière.

Cette modification a notamment été motivée par le souhait d'alléger le travail alors confié aux auxiliaires de justice travaillant dans les juridictions.

Dans l'hypothèse où les partenaires résident habituellement à l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités afférentes sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français également compétents en cas de modification du pacte.

Pour ce faire et qu'importe le lieu d'enregistrement les partenaires doivent fournir un certain nombre de documents notamment liés à l'état civil (carte nationale d'identité, acte de naissance) ainsi qu'un exemplaire de la convention, etc.

En cas de convention rédigée par acte sous seing privé, les partenaires se présentent sur rendez-vous devant l'officier de l'état civil qui ne procède à aucune célébration (à l'inverse de la célébration du mariage) mais qui procède simplement aux formalités administratives.

L'officier de l'état civil qui a reçu la déclaration doit procéder aux mesures de publicité, le pacte civil de solidarité apparaissant en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires étant précisé que l'identité de l'autre partenaire figure dans l'acte.

Par suite, l'officier de l'état civil va enregistrer le pacte civil de solidarité sur un registre dédié ce qui permettra, *in fine*, la délivrance aux partenaires d'une attestation d'inscription sur le registre de la déclaration conjointe de pacs.

Il sera ici précisé que le pacte civil de solidarité peut faire l'objet de modifications en cas d'accord des partenaires comme en dispose l'article 515-3 du Code civil qui prévoit que « *la convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité est remise ou adressée à l'officier de l'état civil ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée* ».

Les formalités de publicité sont identiques concernant la modification à celles liées à la conclusion du pacte civil de solidarité.

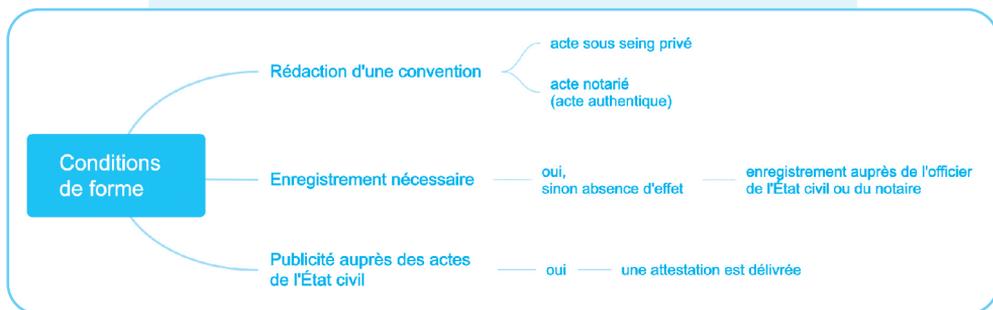
Comme indiqué précédemment, le pacte civil de solidarité peut également faire l'objet d'un enregistrement auprès d'un notaire et ce en application de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et du décret d'application n° 2012-966 du 20 août 2012.

Lorsque le contrat est rédigé sous la forme d'un acte authentique, la déclaration conjointe de conclusion du pacs sera recueillie et enregistrée chez le notaire qui a dressé l'acte.

Le notaire remettra aux partenaires un récépissé d'enregistrement et avise l'officier de l'état civil détenteur des actes de naissance des partenaires pour mention en marge.

Le notaire ayant enregistré le pacs est également compétent pour enregistrer l'acte portant modification de la convention initiale.

Les conditions de forme de formation du pacte civil de solidarité



B. Les effets du pacte civil de solidarité

Le pacte civil de solidarité implique nécessairement des droits et obligations entre les partenaires (a), ces derniers étant soumis à un régime des biens qui diffère selon la date à laquelle a été conclu le pacs (b). Enfin, notons que ce mode de conjugalité permet l'accès à certains droits à l'égard de tiers (c).

a. Les droits et obligations entre les partenaires

Classiquement, les effets personnels (1) doivent être distingués des effets patrimoniaux (2).

1. Les effets personnels découlant du pacte civil de solidarité

Comme énoncé en amont, le pacte civil de solidarité possède une nature contractuelle.

À ce titre le pacte civil de solidarité doit être exécuté dans le respect du principe de loyauté.

Ce principe de loyauté nous amène à nous interroger sur le fait de savoir si le pacte civil de solidarité entraîne l'obligation de fidélité alors même que cette notion n'apparaît aucunement dans les textes relatifs au pacs (à l'inverse de l'article 212 du Code civil en matière de mariage).

Cette obligation de fidélité ne pourrait d'ailleurs aucunement découler d'une clause d'exclusivité de partenaire sexuel puisqu'il s'agirait là d'une clause qui porterait sur un objet hors commerce et donc prohibée.

Cette interrogation est d'autant plus légitime depuis la réforme de la loi 2006-728 du 23 juin 2006 qui a substantiellement modifié les termes de l'article 515-4 du Code civil définissant le pacte civil de solidarité.

En effet, antérieurement à la loi susmentionnée, le Code civil prévoyait que « *un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

Cette formulation diffère quelque peu de la sémantique actuelle présente dans l'article 515-4 du Code civil où il est fait mention que les partenaires « *s'engagent à une vie commune* » et « *une assistance réciproque* ».

Cette évolution et le développement d'obligations à caractère personnel traduit en réalité une position jurisprudentielle exprimée pour la première fois sous l'empire de la loi de 1999 par un arrêt du tribunal de grande instance de Lille en date du 5 juin 2002 (n° 2002-202677) qui a admis qu'il était dans l'intérêt d'un partenaire de faire constater la relation d'adultère par voie de constat d'adultère dressé par un huissier.

La juridiction a en effet estimé que la « *vie commune* » impliquait par une exécution loyale de sanctionner l'infidélité nonobstant l'absence d'une telle obligation formulée expressément dans les textes.

En conséquence, la résiliation du pacte civil de solidarité issue du comportement fautif peut justifier l'allocation de dommages et intérêts.

Cependant l'obligation de fidélité ne semble pas emporter l'unanimité comme en témoigne l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes en date du 5 mai 2015 (n° 14/01737) qui a considéré que « *la situation de concubinage, même formalisée par la conclusion d'un Pacs, ne génère aucune obligation de fidélité, propre au mariage* ».

Cette décision n'est pas isolée puisque les récentes jurisprudences rendues en la matière semblent converger vers un refus d'admettre que le pacte civil de solidarité implique un devoir de fidélité (en ce sens : Cour d'Appel de Colmar, 5 février 2015, n° 13/00035).

Par ailleurs, il a été relevé que la « *vie commune* » à laquelle s'engage les partenaires n'implique pas nécessairement des rapports sexuels alors que cette notion recouvre normalement et à l'instar des obligations découlant du mariage une communauté de toit et une communauté de lit.

La Cour de cassation par un arrêt en date du 8 mars 2017 (n° 16-18.685) a ainsi relevé qu'il existait une *vie commune* entre deux personnes possédant une grande différence d'âge (quarante ans) et dont la nature de la relation s'apparentait à celle entre « *un père et son fils* ».

Enfin, les partenaires se doivent une « *assistance réciproque* » selon les termes de l'actuel article 515-4 du Code civil.

Cette obligation doit être analysée par analogie avec celle qui existe en matière maritale à l'article 212 du Code civil puisque non détaillée dans les textes.

Il s'agit là d'un devoir moral qui impose aux partenaires d'être présents lorsque l'autre rencontre des difficultés (notamment en matière de santé), de faire preuve de soutien ou encore d'entraide.

L'ensemble de ces droits et obligations de nature personnelle s'inscrivent aux côtés de ceux de nature patrimoniale.

2. Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité

Le premier effet notable est celui de l'aide matérielle entre les partenaires (article 515-4 alinéa 1 du Code civil).

Rappelons que cette règle est qualifiée selon le Conseil constitutionnel d'ordre public si bien qu'il n'est pas possible de l'écartier par un jeu de clauses que contiendrait le pacte civil de solidarité.

Cette obligation s'impose donc aux partenaires.

Il est précisé que l'aide matérielle doit s'effectuer, à défaut de convention contraire, à hauteur des facultés respectives.

Autrement dit un partenaire ayant des revenus supérieurs à l'autre doit nécessairement supporter une charge financière plus importante.

Cette participation supérieure est généralement analysée relativement aux dépenses que recouvre la notion de charges du mariage parmi lesquelles on peut retenir les charges de fluides (eau, électricité, gaz, etc.), les charges liées au logement (notamment les loyers et charges afférentes en cas de location), les frais de santé, celles relatives aux enfants etc.

Se pose ici la question de savoir si, sur le modèle de l'action en contribution aux charges du mariage qui existe entre les époux (article 214 du Code civil), l'un des partenaires peut saisir à même fin le juge aux affaires familiales afin d'imposer à l'autre une contribution.

Remarquons ici qu'une telle action pourrait sembler superfétatoire en ce que le pacte civil de solidarité peut faire l'objet d'une dissolution par volonté unilatérale et ce, dans des délais brefs.

Dès lors, l'action serait sans objet puisqu'aucun pacte civil de solidarité n'existerait au moment où la décision serait rendue.

Cette action n'est pas expressément visée dans la rédaction de l'article 515-4 du Code civil.

La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a cependant inséré au sein de l'article L213-3 du code de l'organisation judiciaire une telle possibilité, ledit article disposant que :

« Dans chaque tribunal judiciaire, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales.

Le juge aux affaires familiales connaît :

3° Des actions liées :

a) A la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ».

Rien ne semble donc faire obstacle juridiquement à la saisine de la juridiction susmentionnée aux fins qu'elle fixe la contribution d'un partenaire.

Le deuxième aspect évoqué ici est celui de la solidarité aux dettes.

La solidarité aux dettes consiste à rendre solidaires les partenaires envers les tiers pour certains types de dettes.

Ce principe est posé à l'article 515-4 alinéa 2 du Code civil qui précise que *« les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, 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 et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».*

On observe ici que les dettes visées sont celles relatives *« aux besoins de la vie courante ».*

Ce principe implique donc que l'un des partenaires est redevable de la créance envers un tiers qui serait née du fait de l'autre partenaire et ce, pour l'intégralité de la somme.

Là encore, aucun article ne définit ou n'énumère le contenu de la notion des dépenses réalisées pour les besoins de la vie courante obligeant à raisonner par analogie avec les décisions rendues en matière de couples mariés relativement à l'article 220 du Code civil qui mentionne *« l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ».*

Il est possible de citer de manière non exhaustive les frais médicaux relatifs aux enfants ou encore les frais afférents au logement (loyer, charges locatives, etc.).

À cet égard, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a rappelé le 17 octobre 2019 (RG n° 18/04214) que *« le loyer et les charges locatives sont des dettes contractées pour les besoins de la vie courante ».*

Parallèlement et comme il ressort de la lettre de l'article 515-4 alinéa 2 du Code civil certaines dépenses sont par nature exclues.

Il s'agit des dépenses « *manifestement excessives* » (eu égard au train de vie des partenaires), des achats à tempérament qui consistent à s'acquitter du prix de vente par paiement périodique c'est-à-dire avec des échéances plurielles.

On retrouve également comme en matière de couple marié, l'exclusion des emprunts sous réserve qu'ils ne soient pas modestes.

Pendant si l'accumulation des emprunts modestes constitue *in fine* une dette importante alors l'exclusion trouve de nouveau application.

Ces exclusions n'étaient pas présentes à l'origine de la loi créant le pacte civil de solidarité.

C'est par application des réformes successives que ces dernières se sont développées en se calquant sur le modèle du mariage.

Aussi, la Cour d'Appel de Fort-de-France par un arrêt en date du 22 septembre 2020 a pu rappeler que « *par ailleurs, il n'est pas contesté qu'au jour de la souscription du prêt, les parties étaient unies par un pacte civil de solidarité conclu le 1^{er} juillet 2008. Or, selon l'article 515-4 du Code civil, les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées, du consentement des deux, dans le cadre d'achats à tempérament ou d'emprunts* ».

Cette décision appert justifiée dès lors que l'exclusion des achats à tempérament a été permise ensuite de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

Enfin et pour conclure il sera remarqué que le pacte civil de solidarité ne comporte pas d'obligation alimentaire entre un partenaire et les ascendants de l'autre partenaire.

Il est cependant possible de s'interroger eu égard aux différentes réformes qui consistent en une « *matrimonialisation* » du pacte civil de solidarité c'est-à-dire à un rapprochement voire une similitude entre les règles applicables en matière de mariage et de pacs si à l'avenir une telle obligation ne trouvera pas vocation à exister.

b. Le régime des biens des partenaires

Le régime des biens des partenaires s'apprécie différemment selon que ce dernier ait été conclu avant le 1^{er} janvier 2007 (1) ou après le 1^{er} janvier 2007 (2).

1. Le pacte civil de solidarité conclu antérieurement au 1^{er} janvier 2007

Aux termes de l'ancien article 515-5 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, « *les partenaires d'un pacte civil de solidarité indiquent, dans la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles meublants dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte. À*

défaut, ces meubles sont présumés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition de ces biens ne peut être établie.

Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement ».

Selon l'article 47 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, ces dispositions sont restées applicables aux pactes civils de solidarité conclus avant son entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2007, dès lors que les partenaires n'ont pas procédé ultérieurement par voie de convention modificative.

Cependant, se sont trouvées d'application immédiate aux pactes civils de solidarité en cours les dispositions de l'article 515-7 du Code civil permettant de déterminer précisément la date à laquelle la dissolution du pacte prend effet dans les rapports entre partenaires (notamment lorsqu'elle résulte de leur déclaration conjointe). Il s'agit de la date d'enregistrement de ladite dissolution (initialement réalisée au greffe du tribunal d'instance et aujourd'hui par l'officier d'état civil ou le notaire suite à la loi du 18 novembre 2016).

Il est possible de relever que la présomption d'indivision présente à l'article 515-5 du Code civil n'a pas la même portée selon qu'il s'agit de meubles meublants ou de biens autres que les meubles meublants.

Les meubles meublants sont constitués des biens destinés à l'usage ou à l'ornement d'un lieu (appartement, maison ou encore local).

Concernant les premiers, ceux-ci sont indivis par moitié, sauf disposition contraire de la convention excluant l'indivision notamment par le jeu de règles de preuves (ou prévoyant une indivision autre que par moitié).

Sont également indivis les meubles meublants dont on ignore la date d'acquisition.

S'agissant des autres biens acquis à titre onéreux au cours du PACS, selon le texte de l'article 515-5, ceux-ci sont présumés indivis par moitié, si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement.

À première lecture du texte, l'indivision ne peut donc a priori se trouver écartée que par un acte d'acquisition ou de souscription desdits biens.

À cet égard, il a d'ailleurs été jugé que *« la présomption d'indivision d'un immeuble acquis pendant le PACS s'impose sauf s'il ressort de l'acte d'acquisition que l'un des partenaires en est le propriétaire exclusif. Il suffit à cet égard qu'il ressorte clairement de l'acte d'acquisition que l'un des partenaires est seul propriétaire du bien, dès lors que le texte applicable n'impose pas autre chose qu'une mention non ambiguë de propriété exclusive.*

Tel est le cas en l'espèce dès lors que l'acte du 6 avril 2010 mentionne M.A, dont il est dit qu'il a souscrit un pacte civil avec Mme D. comme seul acquéreur » (Cour d'Appel de Douai, 1^{re} Chambre, 1^{re} section, 9 novembre 2017, n° 16/06927).

Il s'est posé ici la question de savoir si une clause contenue dans le pacte civil de solidarité pouvait en stipuler autrement.

Il a été possible de répondre par la positive au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, ce dernier ayant été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi du 15 novembre 1999, a précisé « *qu'en toute hypothèse, les partenaires, s'ils veulent éviter les effets juridiques attachés au régime de l'indivision et, en particulier, les difficultés de gestion auxquelles il peut conduire, pourront librement choisir, dans les conditions précédemment exposées, de soumettre à un autre régime l'ensemble des biens qu'ils viendraient à acquérir à titre onéreux après la conclusion du pacte* ». (Conseil constitutionnel, décision n° 99-419 DC considérant 88).

Cette possibilité a notamment été admise sur le fondement de la liberté contractuelle par un jugement du tribunal judiciaire de Bourgoin-Jallieu en date du 31 mars 2020 (RG n° 18/00193).

Enfin rappelons que les partenaires soumis au régime dont s'agit disposent de la possibilité de modifier leur contrat afin de bénéficier des dispositions de la loi nouvelle.

2. Le pacte civil de solidarité conclu postérieurement au 1^{er} janvier 2007

Concernant les pactes civils de solidarité conclus après le 1^{er} janvier 2007, l'article 515-5 du Code civil dispose concernant le régime applicable aux biens que :

« Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l'article 515-4.

Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition ».

Il existe donc un choix offert aux partenaires, ces derniers pouvant choisir d'être soumis soit au régime de la séparation des patrimoines ou au régime de l'indivision.

Le choix sera exprimé dans la convention initiale ou postérieurement pendant les années d'effectivité du pacs.

En l'absence de choix, le régime séparatiste prime et aura vocation à s'appliquer.

Dans ce dernier cas, les partenaires conservent respectivement l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels.

Parallèlement, il restera seul tenu des dettes qu'il aura personnellement contracté avant ou pendant la durée d'effectivité du pacte civil de solidarité.

Il convient cependant de rappeler qu'il existe des dispositions particulières liées à la solidarité aux dettes concernant celles contractées pour les besoins de la vie courante en application de l'article 515-4 alinéa 2.

À l'inverse et si le choix des partenaires s'est posé sur le régime de l'indivision alors ils posséderont tous deux des droits identiques sur les biens acquis pendant le pacte peu importe le *quantum* du prix acquitté par l'un ou l'autre des partenaires.

Enfin, relevons que l'article 515-5-2 du Code civil précise les cas où, nonobstant le choix du régime de l'indivision, tel ou tel bien restera la propriété exclusive de l'un ou l'autre des partenaires à savoir :

- l'argent non employé à l'acquisition d'un bien ;
- les biens créés par le partenaire et leurs accessoires ;
- les biens à caractère personnel ;
- les biens acquis avec des fonds appartenant en propre au partenaire avant la conclusion du pacte ;
- les biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession.

Pour illustrer telle ou telle catégorie susmentionnée prenons l'exemple des bijoux ou des vêtements personnels, des sommes détenues sur les comptes bancaires ou encore d'un bien acheté par utilisation d'une donation des parents de l'un des partenaires.

3. Les droits des partenaires envers les tiers

Conclure un pacte civil de solidarité ouvre *ipso facto* des droits aux partenaires à l'égard des tiers.

La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 illustre parfaitement ce point, cette dernière ayant calqué le droit au bail à usage d'habitation des partenaires à celui des époux.

L'article 1751 dans sa version en vigueur à ce jour dispose ainsi :

« Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux.

En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément ».

La cotitularité du contrat de bail (à usage d'habitation notamment) a donc été étendue aux partenaires sous réserve concernant les partenaires d'une demande réalisée conjointement.

Ce point trouve un intérêt à l'égard du tiers propriétaire du bien pris à bail qui se verra dans ces conditions dans l'obligation de notifier ou signifier aux deux partenaires (on pense notamment à la dénonciation du bail).

Par ailleurs et à l'égard de l'administration fiscale, les partenaires bénéficient de droits qui s'apparentent sur certains points à ceux d'un couple marié.

On pense ici à la possibilité de réaliser une déclaration commune (ce qui permet un cumul des parts) ou encore de bénéficier de droits de mutation identiques aux couples mariés en cas de donation entre vifs.

Plusieurs autres exemples de droit peuvent être cités dans des domaines variés et sans être exhaustif.

On relève ainsi que le fait d'être pacsé doit être pris en considération concernant les fonctionnaires et leurs demandes de rapprochement ou de la prise de congés pour événement grave dans la vie de la famille de l'autre partenaire.

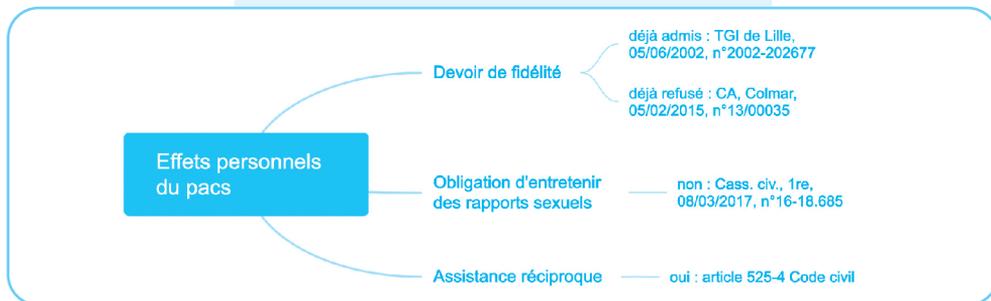
La présence d'un pacs est aussi une donnée prise en considération dans la demande d'un titre de séjour.

Le partenaire pourra bénéficier du droit au capital décès concernant le régime général de la sécurité sociale, etc.

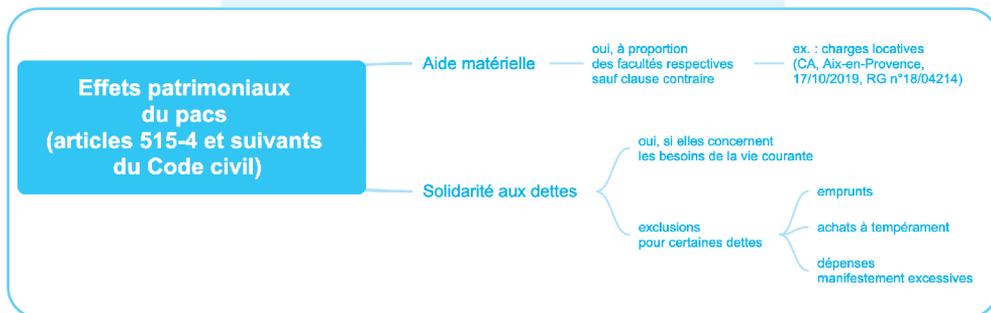
Pour conclure notons que ces droits ne sont cependant pas parfaitement comparables à ceux accordés aux couples mariés.

Le partenaire n'est pas un héritier de l'autre et devra procéder par voie testamentaire, il ne bénéficiera pas automatiquement du capital décès de certaines prévoyances, ou de la pension de réversion et le pacs ne permet pas d'acquérir la nationalité française.

Les effets personnels du pacte civil de solidarité



Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité



C. La dissolution du pacte civil de solidarité

Les causes de dissolution du pacte civil de solidarité sont multiples (a) et induisent nécessairement des conséquences (b).

a. Les causes de dissolution du pacte civil de solidarité

Les causes de dissolution du pacte civil de solidarité sont au nombre de cinq.

Il s'agit de la dissolution par déclaration conjointe, par déclaration unilatérale, par mariage d'un partenaire avec un tiers, par mariage des partenaires entre eux et par le décès comme en dispose l'article 515-7 du Code civil.

Dans la première hypothèse, une déclaration conjointe est remise à l'officier de l'état civil du lieu d'enregistrement du pacs ou remise au notaire qui a enregistré la déclaration initiale par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Aucune forme particulière n'est prescrite, les partenaires pouvant cependant utiliser un formulaire cerfa pour ce faire.

En cas de volonté unilatérale, le partenaire doit faire signifier à l'autre la déclaration. Dans ce cas, l'huissier de justice envoie également cette décision à l'officier de l'état civil du lieu de déclaration initiale du pacte civil de solidarité ou au notaire qui a enregistré la déclaration initiale.

Dans ces deux hypothèses également, l'officier de l'état civil ou le notaire procéderont aux formalités de publicité.

Dans ces deux hypothèses également, la dissolution du pacte civil de solidarité prend effet dans les rapports entre les partenaires à la date de l'enregistrement et n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les publicités afférentes ont été réalisées.

Concernant la dissolution pour cause de mariage il convient de relever que le statut de partenaires ne peut cohabiter aux côtés de celui d'époux.

Aussi, le mariage entraîne *de facto*, la dissolution du pacte civil de solidarité.

Remarquons ici que la première cause de dissolution du pacte civil de solidarité est le mariage, le pacs constitue en effet une sorte d'intermédiaire entre la vie de couple issue du concubinage et le mariage.

Ici, il n'y a aucune obligation pour le partenaire marié de prévenir l'autre par telle ou telle modalité.

Le pacte civil de solidarité prend fin en ces hypothèses (mariage entre les partenaires ou entre un partenaire et un tiers) à la date de célébration du mariage.

Dans ce cas l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage informe l'officier de l'état de l'état civil ou le notaire ayant procédé à l'enregistrement initial du pacte civil de solidarité, ces derniers devant par suite enregistrer la dissolution du pacs.

Enfin et concernant le décès de l'un des partenaires, le pacte civil de solidarité est réputé être dissout au jour du décès. L'officier de l'état civil va adresser une copie de l'acte de décès à celui du lieu de déclaration initiale. Il sera ensuite procédé aux formalités liées à la publicité et aux mentions en marge des actes de naissance.

b. Les conséquences liées à la dissolution du pacte civil de solidarité

La dissolution d'un pacte civil de solidarité entraîne plusieurs conséquences.

Sur le modèle des développements en matière de rupture du concubinage, il sera relevé que la rupture du pacte civil de solidarité ne peut pas être intrinsèquement considérée comme étant fautive en elle-même.

C'est en ce sens que par un arrêt en date du 4 janvier 2011 (n° 10/00781), la Cour d'Appel de Montpellier a relevé que « *le pacte civil de solidarité étant une convention à laquelle chacune des personnes liées peut mettre fin à tout moment, la rupture de cette convention ne peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts sauf si les circonstances de la rupture sont de nature à établir une faute de son auteur, la rupture fautive impliquant nécessairement une rupture brutale* ».

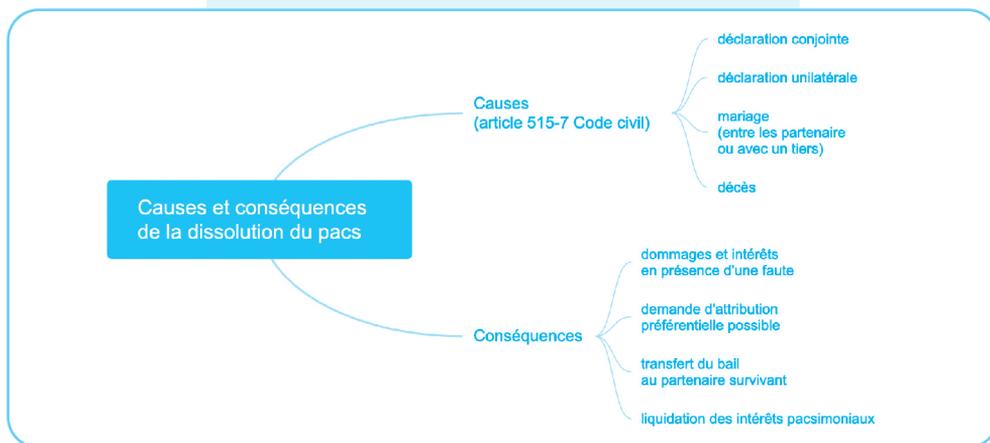
Aussi des dommages et intérêts ne pourront être obtenus qu'en présence d'une rupture fautive.

Par ailleurs, à la dissolution du pacs pour cause de décès, il est possible à un partenaire de demander en justice l'attribution préférentielle du logement. Ce point résulte de l'applicabilité de l'article 831-2 du Code civil expressément prévu à l'article 515-6 du Code civil.

Parallèlement, lorsque le bail a été consenti au nom de l'un des partenaires et que celui-ci décède, l'autre partenaire a un droit au transfert du bail à son nom, même s'il ne l'avait pas signé initialement. Ce point ressort de l'article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 selon lequel « *lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité* ».

Enfin, la dissolution du pacte civil de solidarité entraîne la liquidation de ce dernier. Selon les termes de l'article 515-7 du Code civil, les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation dont s'agit mais doivent, en cas de désaccord saisir le Juge aux Affaires Familiales pour trancher les difficultés liquidatives.

La dissolution du pacte civil de solidarité et ses effets



Les couples mariés

Le troisième mode de conjugalité fait l'objet d'une étude séparée tant les règles de la formation à la dissolution sont plurielles et complexes. Le mariage se définit classiquement comme un contrat d'adhésion à une institution. Ce vocable souligne de fait l'attention particulière qui doit être portée à ce mode de conjugalité. Les conditions de formation (chapitre 1), ses effets (chapitre 2) et sa dissolution (chapitre 3) feront l'objet d'analyses distinctes.

Les conditions de formation du mariage

Traditionnellement deux catégories de conditions complémentaires sont présentes en droit français : celles dites de fond (A) et celles dites de forme (B), le non-respect de ces dernières entachant possiblement la validité du mariage (C).

A. Les conditions de fond

Les réformes successives ont progressivement modifié les conditions de fond nécessaires à la validité de la célébration du mariage notamment en diminuant le nombre de celles-ci (a). Parallèlement, le droit positif est empreint de principes apparaissant immuables liés à l'âge, au consentement (b) ou encore au respect de la monogamie et de l'exogamie (c).

a. La suppression des conditions liées à l'état de santé ou à la différence de sexe

1. La suppression du certificat médical prénuptial

La loi de simplification du droit n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 a substantiellement modifié l'ancien article 63 du Code civil qui imposait à chacun des époux de consulter un médecin afin de se voir remettre « *un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage* ».

Nombreuses ont été les critiques apportées à cette condition d'une part en ce qu'elle apparaissait peu utile en raison de l'absence de communication par le médecin de l'état de santé d'un des futurs-époux à l'autre et d'autre part en ce que cette condition consistait en une atteinte à l'intimité et à la vie privée. L'intérêt d'une telle disposition résidait dans le fait que dans l'hypothèse où

une maladie était diagnostiquée, un suivi et un traitement était alors proposé au futur époux concerné.

L'article 63 du Code civil dans sa version actuelle présent dans le chapitre III intitulé « *des actes de mariage* » a purement et simplement abandonné toute mention du certificat médical prénuptial si bien que le mariage sera valablement célébré en l'absence d'un tel document.

2. La suppression de la prohibition du mariage pour les couples de personne de même sexe

Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, l'article 144 du Code civil disposait que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ».

Cette formulation a longtemps fait l'objet de débats opposant d'une part ceux qui ne voyaient dans ledit article aucune prohibition formelle à la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe et ceux qui retenaient qu'au moins implicitement, l'ancien article 144 prohibait une telle union.

Antérieurement à la loi n° 2013-404, certains maires ont accepté de célébrer de telles unions.

L'affaire dite du mariage de Bègles en est la parfaite illustration. Le maire de Bègles, passant outre l'opposition à mariage alors formée par le Ministère Public a décidé de célébrer le mariage d'un couple de personnes de même sexe. Sans surprise et ensuite de la saisine à l'initiative du Procureur de la République, les juridictions ont retenu la nullité de la célébration notamment sur le fondement de l'article 144 du Code civil dans sa rédaction en vigueur au moment des faits.

Par suite, la Cour de cassation a posé dans un arrêt de principe (Cass. civ., 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627) l'obligation de la condition de l'altérité sexuelle pour pouvoir contracter mariage en ces termes : « *mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

L'évolution des mœurs a conduit la France, sur le modèle d'autres pays européens (tels la Belgique en 2003, l'Espagne en 2005 ou encore le Portugal en 2010) à consacrer le mariage des couples de personnes de même sexe comme en atteste la rédaction actuelle de l'article 143 du Code civil qui dispose désormais que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* » si bien qu'à ce jour, aucune prohibition n'existe à l'encontre d'une telle union.

b. L'âge et le consentement

1. La majorité

En principe, le mariage ne peut être contracté que par une personne majeure.

Cette exigence ressort des conditions posées à l'actuel article 144 du Code civil qui dispose que « *le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ».

Avant la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, l'âge nuptial était fixé à 15 ans pour la femme (et d'ores et déjà 18 ans pour l'homme). Ensuite de la réforme, les âges ont été harmonisés ce qui a traduit en son temps l'objectif des pouvoirs publics de lutter contre les mariages forcés des jeunes femmes.

Le nécessaire respect du principe de majorité connaît cependant une exception : la dispense.

L'article 145 du Code civil dispose en effet que « *néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ».

Classiquement et parmi les motifs graves invoqués, l'état de grossesse a fait figure d'application de l'article susmentionné.

Cette dispense doit par ailleurs se cumuler avec l'accord d'au moins un des deux parents. Aussi et en cas de désaccord entre les parents du mineur qui projette de se marier, l'accord de l'un des parents l'emporte.

Telle est la teneur de l'article 148 du Code civil qui prévoit que « *les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ».

Notons enfin que le mariage émancipe le mineur de plein droit et que l'éventuelle émancipation intervenue en amont n'a pas pour conséquence de supprimer l'accord nécessaire d'un des deux parents en vue de la célébration projetée (articles 413-1 et 413-6 du Code civil).

Si un âge minimum est présent en droit positif français, force est de constater que sous réserve des règles liées au consentement, aucun âge maximal ne limite la liberté de contracter mariage, liberté reprise à l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui prévoit : qu' « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

De la même manière, le mariage dit *in extremis* est valable en droit français, ainsi, une personne dont la mort est imminente peut valablement contracter mariage, l'officier de l'état civil pouvant même se déplacer à cette occasion

sur l'éventuel lieu d'hospitalisation de la personne (Cass. civ., 1^{re}, 22 janvier 1968, JurisData 1968-000027).

2. Le consentement

Conformément à l'article 146 du Code civil : « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Par le consentement, la nature contractuelle du mariage est présente si bien que l'on distingue classiquement l'absence de consentement des vices du consentement.

■ *L'absence de consentement*

➔ *L'absence des facultés mentales*

Il y a absence de consentement lorsque les facultés mentales sont altérées. Cette altération est parfois constatée judiciairement en amont de la célébration du mariage lorsque le majeur qui projette de contracter mariage est sous un régime de protection de type curatelle ou tutelle.

Cependant et même en l'absence d'un tel régime de protection, la nullité d'un mariage pourra être prononcée en rapportant la preuve qu'au jour de la célébration du mariage, l'époux n'était pas en possession de ses facultés mentales (Cass. civ., 1^{re}, 28 mai 1980, Bull. civ. I, n° 159).

Il ne peut être porté atteinte à la liberté matrimoniale que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. L'état mental du futur époux ne sera apprécié qu'au regard de sa capacité à émettre un consentement valable au mariage.

En application de ce principe, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a supprimé l'autorisation préalable pour le mariage des majeurs protégés dont la présence était nécessaire à la validité de la célébration.

Afin de ne pas laisser le majeur protégé sans accompagnement le nouvel article 460 du Code civil prévoit tout de même l'information de la personne chargée de la protection du majeur du projet de mariage (conseil de famille, curateur, mandataire, personne habilitée).

Cette information permettra, le cas échéant, à la personne ou l'organe susmentionné d'intervenir pour empêcher le mariage par la voie de l'opposition.

➔ *Le défaut d'intention matrimoniale*

Contracter mariage revient à s'engager à une série d'obligations présentes aux articles 212 et 215 du Code civil selon lesquelles « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* » et qu'ils « *s'obligent mutuellement à une communauté de vie* ».

Se marier revient selon la formulation certes désuète mais imagée du célèbre arrêt Appietto (Cass. civ., 1^{re}, 20 novembre 1963, D. 1964. 465) à vouloir « *fonder un foyer* », « *fonder une famille* ».

Tous les mariages ne sont pas ainsi contractés avec cet objectif, obligeant les juridictions à appréhender le défaut d'intention matrimoniale comme une absence de consentement soit que les époux aient contracté mariage en vue de poursuivre un but étranger au mariage (par exemple l'acquisition de la nationalité) soit qu'ils aient célébré leur union tout en souhaitant limiter les effets de cette dernière à un objectif inhérent du mariage (cas de l'union contractée pour légitimer un enfant).

Dans la première hypothèse (poursuite d'un objectif étranger à l'union matrimoniale), le mariage encourt la nullité alors que dans la seconde hypothèse (celui où l'objectif est de limiter les effets de l'union), le mariage est valable mais déploie l'ensemble de ses effets, tel est le résultat de l'arrêt de principe Appietto.

Pour illustrer, la nullité pour absence de consentement en raison du défaut d'intention matrimoniale, il a été retenu que le mariage contracté en vue de se soustraire au service militaire (Cour d'Appel de Lyon, 10 avril 1856, DP 1857.54) ou conclu dans l'unique objectif d'obtenir la nationalité française (Cass. civ., 1^{re}, 6 mars 2013, n° 12-12.910) est nul.

Plus classiquement, le défaut de communauté de vie et le mariage contracté pour « *assurer l'avenir* » d'un enfant justifient de la même manière que la nullité du mariage soit prononcée (Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441).

Si la sanction au défaut d'intention matrimoniale est la nullité (qui rétroagit au jour de la célébration) force est de constater que ces mariages, appelés aussi mariage fictif, simulé ou blanc ont parfois été maintenus à l'égard d'un ou des deux époux.

Il s'agit là du principe du mariage putatif et ce, dans l'objectif de limiter les effets radicaux d'une telle conséquence notamment envers l'époux qui, de bonne foi, a contracté mariage avec une intention matrimoniale.

Prenant acte de cette situation, les articles 201 et 202 du Code civil prévoient que « *le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi* » et que « *si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux* ».

Il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi, la bonne foi étant par nature présumée (Cass. civ., 1^{re}, 15 janvier 1980, Bull. civ. I, n° 26).

■ Les vices du consentement

→ Le dol

Le dol peut être défini simplement comme le fait d'obtenir le consentement d'une personne en dissimulant intentionnellement une information ou par l'usage de mensonges. En droit commun des contrats, le dol permet d'obtenir la nullité du contrat par application des articles 1130 et suivants du Code civil.

Cependant et en matière de mariage, le dol ne constitue pas un vice du consentement permettant d'obtenir la nullité du mariage. Pour s'en souvenir, reprenons l'adage de LOYSEL selon lequel « *en matière de mariage, trompe qui peut* ».

Il est coutume de penser qu'en amour, nous cherchons à plaire, à séduire si bien qu'en l'absence d'obligation de renseignement entre les futurs époux présente dans notre droit, aucun dol ne peut être utilement invoqué.

Il s'agit là d'une des spécificités des vices du consentement en matière familiale où, *in fine*, seules les notions d'erreur et de violence trouvent vocation à s'appliquer.

→ L'erreur

En application de l'article 180 alinéa 2 du Code civil, « *s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ».

Aussi il convient de distinguer l'erreur « dans » la personne de l'erreur sur « les qualités essentielles » de la personne.

La majeure partie du contentieux en la matière se cristallise autour de la notion d'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

Pour savoir si une qualité est essentielle, la juridiction par application de son pouvoir souverain d'appréciation vérifiera d'une part si objectivement, c'est-à-dire comparativement aux mœurs d'une société à un temps donné du « conjoint type » la qualité est essentielle. Cette acception évolue inéluctablement avec le temps ce qui rend l'analyse des décisions rendues incertaine puisque par nature évolutive.

Dans l'affirmative, il convient cumulativement de déterminer si la qualité est subjectivement essentielle, c'est-à-dire si elle revêt un caractère déterminant pour le conjoint qui l'invoque. Il s'agit de savoir si ce dernier aurait contracté mariage en l'absence de cette erreur.

Ce n'est que si les deux conditions sont réunies que la nullité est encourue.

À titre d'exemple l'aptitude aux relations sexuelles (Cour D'Appel de Rouen, 6 mars 2008, RTD civ. 2008. 659), la séropositivité (tribunal de grande instance de Dinan, 4 avril 2006, RG n° 05/00135) et la santé mentale (Cass. civ., 1^{re}, 15 octobre 1990, Bull. civ., n° 257), ont été retenues comme erreur sur les qualités essentielles de la personne.

A contrario, l'absence de virginité (Douai, 17 novembre 2008, n° 08-0378) par défaut du critère objectif ne constitue pas un motif de nullité du mariage.

→ La violence

L'article 180 alinéa 1 du Code civil dispose que « *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, ou par le ministère public* ».

L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle, constitue un cas de nullité du mariage.

La violence prend ainsi plusieurs formes et est notamment morale puisque la crainte révérencielle est expressément visée.

Cette notion recouvre la situation où le mariage a été contracté en raison du sentiment de peur, de la crainte qui a trouvé son origine dans la sphère familiale de l'époux / épouse ou encore en une personne proche apparentée à cette sphère.

La violence doit cependant revêtir une certaine gravité et être déterminante du consentement de l'époux qui l'invoque au soutien de sa demande en nullité du mariage.

Par cette formulation, le législateur a eu pour objectif de combattre les mariages forcés célébrés chaque année sur le territoire français.

3. Le mariage posthume

Concernant l'existence même du consentement, il se pose la question de savoir si un mariage peut être célébré avec une personne décédée.

On pense notamment à la situation où entre la décision de contracter mariage et la célébration de la cérémonie, le futur-époux décède prématurément.

La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a modifié l'article 171 du Code civil qui dispose désormais que « *le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement* ».

L'accomplissement des premières démarches administratives n'est plus, ensuite de cette réforme, une condition nécessaire à la célébration du mariage projeté contrairement à la rédaction antérieure à la réforme de l'article 171

susmentionné qui prévoyait « *l'accomplissement de formalités officielles* ». Telle était d'ailleurs la position usuelle des juridictions (Cass. civ., 1^{re}, 17 octobre 2007, n° 06-11.887).

Cependant, les effets du mariage posthume sont très limités : il prend effet à la date du jour précédant le décès du conjoint, aucun régime matrimonial n'est mis en place et ce mariage n'ouvre aucune vocation successorale au conjoint survivant.

c. Monogamie et exogamie

1. La prohibition de la bigamie

La bigamie correspond à la situation dans laquelle une personne contracte un mariage tout en étant lié par une précédente union non dissoute. Une personne se retrouve ainsi mariée à deux autres personnes en même temps.

C'est précisément ce que le droit français prohibe de manière absolue en vertu de la loi 1803-03-17 du 27 mars 1803 qui prévoit par application de l'article 147 du Code civil que l'« *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ».

La monogamie est donc érigée en principe en France sans qu'aucune dispense ne soit admise.

La bigamie s'analyse objectivement comme il ressort des arrêts rendus en la matière (en ce sens Cass. civ., 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-25.285).

Dans cette affaire, Mme X. s'est mariée, le 20 juillet 1991, avec M. Y. dont elle a divorcé le 29 octobre 1999 ; le 9 décembre 1995, faisant usage d'un extrait d'acte de naissance falsifié, elle s'était mariée avec M. Z. dont elle a divorcé le 27 juin 2000 ; le 11 décembre 1999, elle avait épousé M. A. dont elle a divorcé le 20 mars 2006.

Madame X. était donc déjà mariée tant lors de son second mariage que lors de son troisième.

Dans ces conditions Monsieur A. (le troisième époux) a sollicité la nullité de son mariage en raison de la bigamie de son épouse, demande dont il a été fait droit tant en première instance qu'en cause d'appel.

Cependant la Cour de cassation a cassé et annulé la décision de la Cour d'appel car en cause d'appel, Madame X. a produit la preuve d'une première procédure en nullité du mariage engagée par Monsieur Z. (le second époux) si bien qu'en présence de la nullité (rétroactive) de ce second mariage conclu antérieurement à celui dont Monsieur A. demande la nullité, ce dernier mariage célébré ne pouvait pas être considéré comme nul en raison d'une quelconque bigamie.

La Cour de cassation consacre donc une acception objective de l'appréciation de la bigamie.

Enfin, précisons deux points, le premier réside en l'absence de prohibition de mariages successifs.

Il est donc loisible à tout à chacun de contracter mariage à nouveau ensuite d'un divorce.

Le second réside en ce qu'un mariage bigame valablement célébré à l'étranger peut produire certains effets en France.

2. La prohibition de l'inceste

L'exogamie ou prohibition de l'inceste doit être appréciée différemment en fonction du degré de parenté.

Le mariage est interdit entre parents et alliés en ligne directe sans limites dans le degré de parenté (article 161 du Code civil). En application de ce principe aucun mariage ne peut être contracté entre un enfant et l'un de ses parents ou grands-parents. Ce principe ne souffre d'aucune exception.

Parallèlement, le mariage est interdit entre parents en ligne collatérale jusqu'au 3^e degré c'est-à-dire entre oncle/nièce inclus (art. 162 et 163 du Code civil).

Le mariage entre cousins germains est par conséquent autorisé en droit français.

Inversement, un mariage ne peut pas avoir lieu entre un frère et sa sœur (article 162 du Code civil).

En ligne directe, on compte autant de degré qu'il y a de générations entre les personnes. Ainsi le fils est, à l'égard du père, au 1^{er} degré. Le petit-fils est à l'égard de son grand-père au second degré.

En ligne collatérale, les degrés entre deux parents se comptent en procédant à deux phases, il faut remonter à l'ascendant commun puis redescendre par génération jusqu'à l'autre parent.

Des cousins se situent au 4^e degré (cousin 1 – sa mère – grand-mère – tante – cousin 2) : les tirets liant les générations constituent chacun un degré.

Cependant et en application de l'article 164 du Code civil une dispense peut intervenir uniquement entre parents du troisième degré c'est-à-dire entre l'oncle et la nièce (ou le neveu).

Il est également possible de contracter mariage avec sa bru (épouse de son fils) ou son gendre (époux de sa fille).

Pour l'ensemble de ces exceptions il faut une dispense du Président de la République.

Concernant les mariages entre alliés par exemple entre un homme et l'ex-femme de son père, il faut pour contracter mariage que la personne qui a créé l'alliance soit décédée.

Par exemple un homme ne pourra contracter mariage avec la fille de son ex-femme qu'à la condition du décès de son ex-femme.

Cette condition liée au décès connaît une atténuation au regard de la jurisprudence rendue en la matière.

La Cour de cassation ne remet pas systématiquement en cause le mariage célébré nonobstant l'absence de décès de la personne qui a créé l'alliance notamment sur le fondement de l'article 8 de la cour Européenne des Droits de l'Homme relatif au respect de la vie privée et familiale.

Dans un arrêt du 4 décembre 2013 (Cass. civ., 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066), la première chambre civile de la Cour de cassation décide que le prononcé de la nullité du mariage d'un beau-père avec sa belle-fille, divorcée d'avec son fils, revêt à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

Dans un autre arrêt en date du 8 décembre 2016 (Cass. civ., 1^{re}, 8 décembre 2016, n° 15- 27.201), la Cour de cassation, *a contrario*, a approuvé la nullité du mariage ne retenant pas ainsi le principe d'ingérence injustifiée.

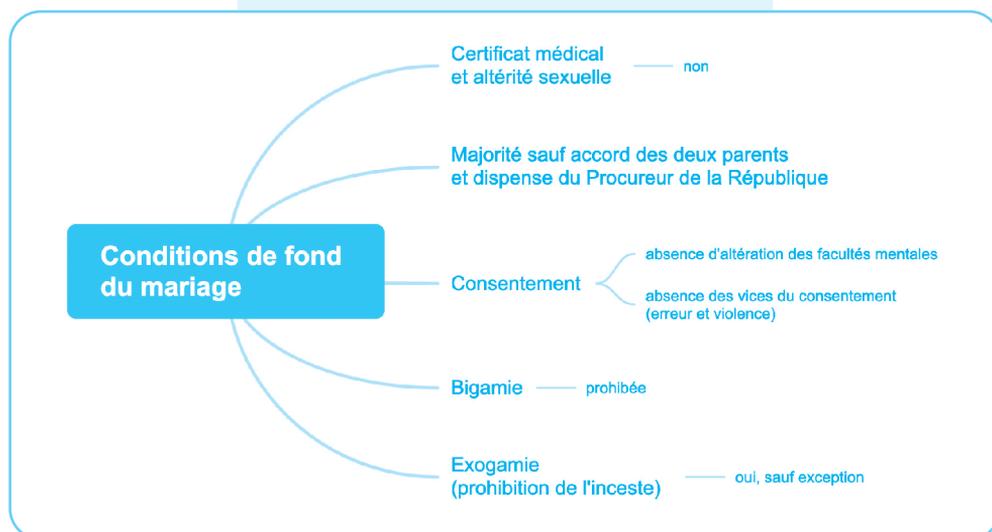
Dans cette espèce il a été relevé que « *Mme X... avait 9 ans quand Pierre Y... a épousé sa mère en troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée* ». De ces faits il est souligné que « *Pierre Y... représentait nécessairement pour elle (la fille), alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique* ».

C'est donc par une appréciation au cas par cas que de telles unions peuvent *in fine* être validées nonobstant les termes de l'article 161 du Code civil.

Enfin, nous retrouvons la même interdiction lorsque le lien de filiation résulte d'une adoption. Il s'agit là de l'application des articles 356 et 364 du Code civil.

L'article 366 du même code prévoit également dans le cadre d'une filiation établie par adoption des exceptions : dans le cadre d'une adoption simple, sur autorisation du Président de la République le mariage est possible entre l'enfant adopté en la forme simple et l'enfant biologique de l'adoptant ou entre enfants adoptifs d'une même personne et ce sous réserve d'une cause grave, terminologie pour le moins similaire à la dispense de l'enfant mineur délivrée par le Procureur de la République.

Les conditions de fond de formation du mariage



B. Les conditions de forme

Les conditions de forme peuvent être analysées en distinguant celles qui ont lieu en amont de la célébration du mariage (a) de celles qui doivent exister au jour de la célébration du mariage (b), la célébration de la cérémonie permettant par suite de prouver la réalité du mariage (c).

a. Les conditions de forme en amont de la célébration du mariage

1. La constitution du dossier et l'audition préalable des futurs époux

Les époux doivent tout d'abord constituer un dossier en vue de la célébration projetée et le remettre à l'officier de l'état civil.

À l'occasion du retrait de la liste des documents à fournir, les époux se voient remettre à titre d'information préalable un document d'information relatif aux droits et obligations des époux.

Par suite et en application des articles 63 et suivants du Code civil, les époux doivent remettre un certain nombre de documents et notamment :

- l'extrait avec indication de la filiation de son acte de naissance, qui ne doit pas dater de plus de trois mois s'il a été délivré par un officier de l'état civil français ;
- le justificatif de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique ;
- l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère ;

- le cas échéant, le justificatif de l'information de la personne chargée de la mesure de protection prévue à l'article 460.

Selon la situation des futurs époux, des documents complémentaires peuvent être sollicités.

On peut citer à titre d'exemple l'autorisation des parents si l'un des époux est mineur ou encore pour les personnes veuves, l'acte de décès du précédent conjoint ou un acte de naissance ou le livret de famille portant mention du décès.

Il convient d'avoir à l'esprit les termes de l'article 63, 2° du Code civil qui dispose que l'officier de l'état civil procède avant la cérémonie « *à l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180. L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux* ».

Cette mesure trouve en réalité vocation à s'appliquer que lorsque l'officier de l'état civil à des doutes quant au consentement.

2. La publication des bans

Une fois l'ensemble des documents remis et le dossier complet l'officier de l'état civil procède à la publication des bans.

En effet, les articles 63 et suivants du Code civil disposent qu' « *avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré* ».

L'article 64 du même code ajoute que « *l'affiche prévue à l'article précédent restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours. Le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication. Si l'affichage est interrompu avant l'expiration de ce délai, il en sera fait mention sur l'affiche qui aura cessé d'être apposée à la porte de la maison commune* ».

Les bans sont publiés tant à la mairie du lieu de célébration du mariage que dans celle de la commune de la résidence de chacun des futurs époux (article 166 du Code civil).

Cette publication a pour objectif de porter à la connaissance des tiers le mariage envisagé et le cas échéant, leur permettre de procéder à une opposition au mariage.

Les futurs époux peuvent cependant être dispensés d'une telle publication en application de l'article 169 du Code civil permettant au Procureur de la

République pour motifs graves de dispenser ces derniers de procéder à ladite publication ou de modifier les délais d'affichage (article 169 du même code).

On pense ici au péril imminent de mort présent à l'article 75 du Code civil.

Il est à noter que par une circulaire du 29 mai 2013 il est recommandé aux Procureurs de la République de faire application de l'article 169 du Code civil et de dispenser de publication les mariages homosexuels lorsque l'un des membres du couple est originaire d'un état qui pénalise les relations homosexuelles.

Enfin et en application de l'article 192 du Code civil « *si le mariage n'a point été précédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits entre les publications et la célébration n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder 4,50 euros et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune* ».

b. La célébration de la cérémonie

1. Le lieu de la célébration du mariage

Les futurs époux disposent d'un choix quant au lieu de célébration de leur union.

Le mariage sera célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi.

Le domicile est défini juridiquement à l'article 102 du Code civil comme étant le lieu du principal établissement.

Cette notion n'est pas à confondre avec celle de résidence habituelle qui constitue une notion de fait c'est-à-dire où se trouve effectivement une personne et qui peut être différente du domicile.

On pense ici à l'exemple d'une personne domiciliée dans une ville mais qui pour des raisons professionnelles réside habituellement et pendant un temps défini dans une autre ville.

Il existe des exceptions.

La première est présente à l'article 171-9 du Code civil et concerne les futurs époux de même sexe.

Par dérogation, « *lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les*

autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. À défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix ».

La seconde se trouve à l'article 75 du Code civil, qui prévoit qu'« *en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune ».*

2. La présence des témoins

Chacun des époux doit *a minima* choisir un témoin de mariage.

Il y aura ainsi au minimum au jour de la célébration du mariage deux témoins (un pour chaque époux).

Le nombre maximum des témoins est de quatre addition faite de ceux de chacun des époux.

Aussi, les possibilités sont les suivantes :

- chacun des époux a un témoin soit deux en totalité ;
- l'un des époux a un témoin et le second deux soit trois témoins en totalité ;
- chacun des époux a deux témoins soit quatre en totalité ;
- l'un des époux a un témoin et le second époux trois soit quatre en totalité.

Ces possibilités résultent en partie des dispositions de l'article 75 du Code civil qui dispose que « *le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties [...] ».*

Ainsi, on apprend parallèlement que le choix du témoin peut se faire dans la sphère familiale, le terme « parents » désignant en réalité un membre du cercle familial qu'il soit en ligne directe ou collatérale.

Les témoins doivent être personnellement présents au jour de la célébration et signer le registre officiel de la mairie après avoir justifié de leur identité.

3. Le déroulement de la cérémonie

La cérémonie doit obligatoirement se tenir en présence des époux, l'article 75 du Code civil précisant à cet égard que l'officier de l'état civil « *recevra de chaque*

partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux » et ce qu'importe le fait que le mariage ait lieu à l'étranger ou non, la présence d'un futur époux de nationalité française impose sa présence (article 146-1 du Code civil).

L'impérativité de cette règle doit cependant être nuancée eu égard à certaines circonstances exceptionnelles, on pense ici aux mariages posthumes (cas où l'un des époux est décédé antérieurement à la célébration) ou encore aux mariages des militaires, marins de l'État et autres professionnels par application de l'article 96-1 du Code civil.

En effet, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a modifié l'article 171 du Code civil du Code civil qui dispose que « *le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement* ».

Cette loi a supprimé la nécessité pour qu'un tel mariage soit possible de l'accomplissement de « *formalités officielles marquant sans équivoque la volonté matrimoniale du défunt* » exigées auparavant par les juridictions (Cass. civ., 1^{re}; 17 octobre 2007, n° 06-11.887).

Cependant, force est de constater que les cas couverts par cet article correspondent en réalité au décès intervenu d'un des futurs époux entre les premières démarches effectuées et la tenue de la cérémonie.

Parallèlement, les effets du mariage posthume sont pour rappel limités (absence de régime matrimonial, absence de vocation successorale, etc.), l'idée étant de relever du symbolisme de l'union plutôt que de ses effets pécuniaires et patrimoniaux.

Concernant la date de la cérémonie, cette dernière ne peut avoir lieu par application des dispositions relatives à la publication des bans avant dix jours depuis, et non compris, celui de l'affichage, et au plus tard dans l'année suivant l'expiration du délai d'affichage (articles 64 et 65 du Code civil).

À l'occasion de la cérémonie, l'officier de l'état civil lit un certain nombre d'articles du Code civil faisant mention des droits et obligations des époux, ladite cérémonie doit être publique, les portes de la mairie doivent être ouvertes cette disposition devant également être respectée en cas de mariage *in extremis*.

Ce mariage recouvre la situation où l'un des époux est en péril imminent de mort.

Dans cette hypothèse et eu égard à l'état de santé de l'époux concerné, l'officier de l'état civil est autorisé à se rendre au lieu où se trouve le mourant (on pense ici à l'établissement hospitalier) et ce, sans attendre l'autorisation

du Procureur de la République seule l'information de ce dernier « *dans les meilleurs délais* » étant nécessaire (article 75 alinéa 2 du Code civil).

Dans le cadre d'un mariage *in extremis*, l'exigence de publication des bans n'est plus présente et l'officier de l'état civil peut même procéder au mariage en l'absence d'un acte de naissance sur présentation d'une pièce d'identité.

Le consentement doit toutefois être recueilli par l'officier de l'état de civil.

c. La preuve du mariage

Classiquement le mariage est prouvé comme en dispose l'article 194 du Code civil par l'acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil le jour de la célébration : « *nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil; sauf les cas prévus par l'article 46, au titre Des actes de l'état civil* ».

L'officier de l'état civil remet aux époux ensuite de la célébration un livret de famille. Le décret du 15 mai 1974 prévoit en son article 13 que « *chacun des extraits, chacune des mentions portées sur le livret de famille a la force probante qui s'attache aux extraits des actes de l'état civil et aux mentions portées en marge* ».

Ces documents constituent les actes usuellement utilisés pour justifier de son statut d'époux ou d'épouse.

Cependant des situations particulières appellent à la mise en place et à l'admission d'autres modes de preuve.

C'est le cas ainsi de la preuve d'un mariage célébré à l'étranger, d'un mariage célébré dans un pays qui ne tient pas de registre d'état civil ou lorsque ce dernier a été détruit, etc.

L'article 46 du Code civil prévoit ainsi que « *lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins* ».

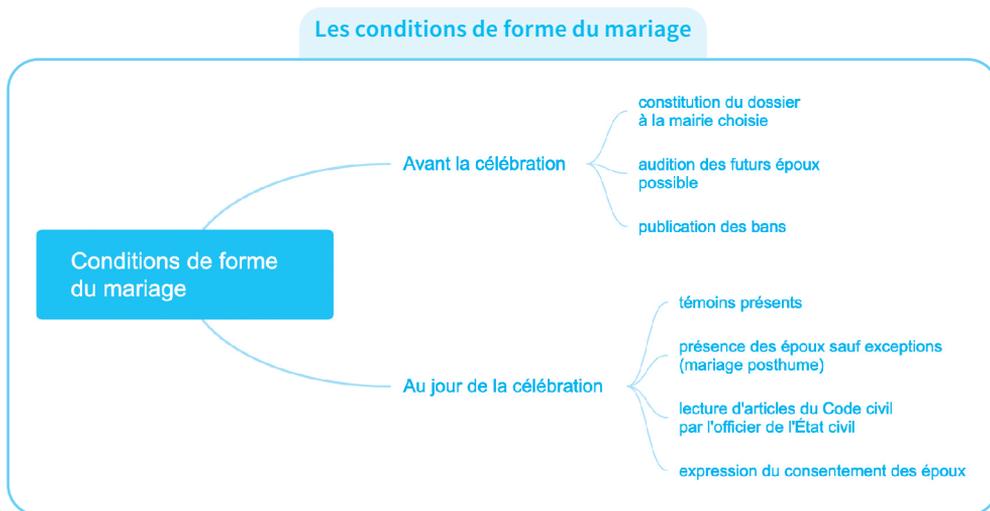
Jusqu'à ce que la reconstitution ou la restitution des registres ait été effectuée, il peut être suppléé par des actes de notoriété à tous les actes de l'état civil dont les originaux ont été détruits ou sont disparus par suite d'un sinistre ou de faits de guerre.

Ces actes de notoriété sont délivrés par un notaire.

L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et de tout autre document produit qui attestent de l'état civil de l'intéressé. L'acte de notoriété est signé par le notaire et par les témoins ».

Concernant les mariages célébrés à l'étranger, c'est la *lex loci actus* qui s'applique c'est-à-dire la loi de l'État dans lequel le mariage est célébré.

Enfin, notons que pour les réfugiés et les apatrides, l'OFPRA est habilité, si nécessaire, à délivrer les pièces tenant lieu d'acte de l'état civil.



C. Les sanctions du non-respect des conditions de formation du mariage

Le non-respect des conditions de formation du mariage qu'elles soient de forme ou de fond entraîne des sanctions que ce soit à l'égard des personnes (a) ou touchant directement au mariage lui-même (b).

a. Les sanctions à l'égard des personnes

1. Les sanctions de l'officier de l'état civil

L'officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage en méconnaissance des principes liés aux conditions de formation encourt différentes catégories de sanctions.

Il peut tout d'abord être condamné à une amende civile.

Cette possibilité recouvre plusieurs situations à savoir :

- l'officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage en méconnaissance de l'article 63 du Code civil (par exemple en cas d'omission de demande par l'officier de l'état civil des actes de l'état civil des futurs époux, etc.);
- l'officier de l'état civil qui procède au mariage nonobstant l'opposition à mariage (article 68 du Code civil);
- l'officier de l'état civil qui procède au mariage d'un enfant mineur sans recueillir le consentement d'au moins un des parents (article 156 du Code civil);

- l'absence de publication des bans ou le non-respect du délai de dix jours imposé avant la tenue de la célébration peut également entraîner une telle amende (article 192 du Code civil).

Cette sanction est prononcée par le tribunal de grande instance, devenu le tribunal judiciaire à la demande de tout intéressé ou du Procureur de la République.

Cette amende civile ne fait pas obstacle à la demande de dommages et intérêts à l'encontre de l'officier de l'état civil sur le fondement du droit commun présent à l'article 1240 du Code civil qui dispose que « *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 est également à noter que de tels dommages et intérêts sont expressément visés à l'article 68 du Code civil qui prévoit qu'« *en cas d'opposition, l'officier d'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de 3000 euros d'amende et de tous dommages-intérêts* ».

L'officier de l'état civil peut aussi faire l'objet de sanctions pénales.

On pense notamment à l'officier de l'état civil qui procéderait à la célébration d'une union en cas de bigamie comme en dispose l'article 433-1 du code pénal : « *le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende* ».

Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent.

À l'occasion de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, il s'est posé la question de savoir si les officiers de l'état civil peuvent refuser de procéder à la célébration en raison de leurs convictions.

Il s'agit là pour les officiers de l'état civil de mettre en avant une clause de conscience, principe juridique qui leur permet ainsi de ne pas connaître de sanction en cas de refus de célébration.

Dans une décision rendue le 18 octobre 2013 (décision n° 2013-353 QPC du 18 décembre 2013), le Conseil constitutionnel a décidé que l'obligation, pour les officiers de l'état civil, de célébrer un mariage homosexuel ne porte pas atteinte à la liberté de conscience : « *qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience* ».

Partant aucune clause de conscience ne peut être mise en avant, les officiers de l'état civil étant dans l'obligation de procéder ou de faire procéder par délégation à la célébration desdits mariages.

Rappelons ainsi qu'en cas de refus basé sur l'orientation sexuelle des futurs époux, l'article 225-1 du code pénal pourrait être applicable en ce qu'il prévoit que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur orientation ou identité sexuelle.

Enfin, l'officier de l'état civil peut faire l'objet de sanctions disciplinaires (suspension de mandat, révocation, etc.) ou administratives, l'officier de l'état civil peut en cas de refus d'une célébration être déclaré démissionnaire.

2. Les sanctions à l'égard des époux

Le non-respect des conditions de formation du mariage peut aussi résulter des époux eux-mêmes.

Cette situation recouvre plusieurs réalités : celui du mariage contracté sans consentement, celui du mariage contracté par un époux déjà lié par les liens du mariage, etc.

Aussi et sur le même modèle des sanctions relatives à l'officier de l'état civil plusieurs sanctions existent.

La responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1240 du Code civil déjà mentionné peut-être engagée par l'un des époux à l'égard de l'autre afin d'obtenir des dommages et intérêts.

Parallèlement il existe des sanctions pénales à l'encontre de l'époux qui ne respecte pas certaines des conditions. On pense ici notamment à l'article 433-20 du code pénal qui dispose que *« le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »*.

Le fait de contracter une telle union peut également priver le conjoint des droits qui seraient directement ou indirectement issus de l'union célébrée.

Ainsi et par un arrêt en date du 4 novembre 2020, la première chambre civile de la Cour de cassation (pourvoi n° 19-50.027) a relevé au visa de l'article 21-2 du Code civil que :

« L'étranger ou l'apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration, la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage.

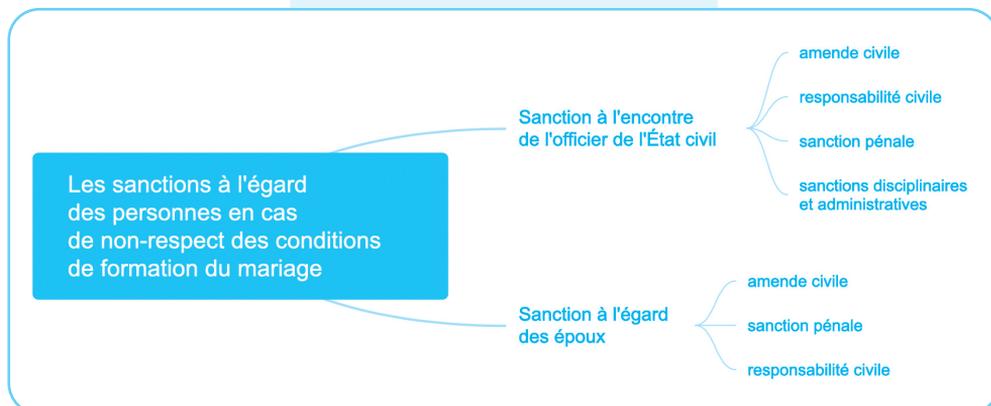
6. La situation de bigamie d'un des époux à la date de souscription de la déclaration, qui est exclusive de toute communauté de vie affective, fait obstacle à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger.

7. Pour rejeter la demande, l'arrêt retient que les époux ont vécu ensemble pendant près de vingt ans et donné naissance à cinq enfants dont les deux derniers sont nés sur le territoire français en 2005 et 2013, ce qui caractérise l'existence d'une intention matrimoniale persistante ainsi qu'une communauté de vie réelle et constante au sens de l'article 215 du Code civil.

8. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que le conjoint français de Mme G... avait contracté en 2010 une nouvelle union, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Enfin et à l'instar de ce qui a été développé pour les officiers de l'état civil, des amendes civiles sont prévues en cas de non-respect de telle ou telle formalité concernant les époux (absence des publications requises, etc.).

Les sanctions à l'égard des personnes



b. Les sanctions à l'égard du mariage

1. La sanction en amont de la célébration du mariage : l'opposition à mariage

L'opposition à mariage présente aux articles 172 et suivants du Code civil consiste en l'interdiction faite à l'officier de l'état civil de célébrer une union et donc de procéder à la cérémonie en dépit de la publication des bans.

■ Les titulaires de la possibilité de s'opposer à mariage

En application de l'article 172 du Code civil, « le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes ».

Il convient de relever ici que le conjoint ne peut procéder à une opposition que dans une unique hypothèse : celle de la connaissance d'un état de bigamie si le mariage projeté est effectivement célébré.

En vertu de l'article 173 du même code, les ascendants (père et mère) peuvent procéder à l'opposition à mariage.

Aucune obligation n'est faite quant à une demande commune si bien qu'un seul des parents peut procéder à l'opposition sous réserve d'avoir un lien de filiation établi.

La majorité de l'enfant ne fait pas obstacle à l'opposition des parents. Cependant et si l'un des parents s'est vu retirer l'autorité parentale concernant un enfant mineur, seul l'autre parent a la capacité d'agir en opposition.

Comme l'indiquent les termes de l'article susmentionné, en l'absence de père et mère, le droit d'opposition à mariage revient aux aïeuls.

Cette subsidiarité se retrouve également à la lecture de l'article 174 qui prévoit que les ascendants les plus éloignés en degré ne peuvent agir utilement qu'en cas de défaillance des ascendants les plus proches en degré.

L'opposition des ascendants au mariage projeté doit nécessairement résulter de la violation d'une des conditions de fond ou de forme, il ne peut pas s'agir de raisons liées aux ressentiments des parents à l'égard de leur futur gendre ou bru.

Ainsi, une différence d'âge importante, des conceptions religieuses divergentes ou la mésentente entre les belles-familles ne peuvent pas justifier une opposition à mariage.

Aussi, des parents ne peuvent pas s'opposer au mariage de leur fils majeur avec une prostituée dont l'âge est beaucoup plus avancé que le futur époux (Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 22 novembre 1993, JCP 1994 IV 627).

Rappelons concernant les ascendants que l'opposition ne peut être effectuée qu'une seule fois comme le souligne l'adage « *opposition sur opposition ne vaut* » et ce, afin d'éviter les oppositions plurielles et d'empêcher le mariage qui est un droit garanti par l'article 12 de la convention européenne des droits de l'Homme.

Les collatéraux possèdent également le droit à former une telle opposition, c'est le cas des frères et sœurs, l'oncle, la tante etc.

L'opposition des collatéraux est cependant conditionnée à leur majorité, s'il n'y a plus aucun ascendant et pour des motifs limitativement énumérés à l'article 174 du Code civil.

Notons également qu'en application de l'article 175 du Code civil, « *le tuteur ou le curateur peut former opposition, dans les conditions prévues à l'article 173, au mariage de la personne qu'il assiste ou représente* ».

Enfin le Ministère Public peut s'opposer à un mariage en application de l'article 175-1 du même code et ce, depuis la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France et la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil s'il démontre que la nullité de la célébration est encourue (Cour d'Appel de Douai, 7 juin 2018, n° 17/0693).

■ *La procédure de l'opposition à mariage*

La procédure est présente à l'article 175-2 du Code civil qui distingue trois grandes étapes.

La première consiste en la saisine du Procureur de la République qui peut être saisi d'une part par l'officier de l'état civil comme en dispose le premier alinéa de l'article 175-2 : « *lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition prévue par l'article 63, que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 ou de l'article 180, l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur de la République. Il en informe les intéressés* ».

Il sera remarqué à la lecture de la formulation qu'il s'agit là d'une simple faculté pour l'officier de l'état civil, la formulation semblant pour le moins inadaptée aux sanctions déjà étudiées en cas de célébration par l'officier de l'état civil de la cérémonie en méconnaissance des conditions de fond ou de forme du mariage.

À même occasion, l'officier de l'état civil ne doit pas omettre d'informer les intéressés de la saisine effectuée par ses soins du Procureur de la République.

Le Procureur de la République peut également être saisi par toute personne qui procède à un signalement verbal ou écrit.

Notons que par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 février 2007, a affirmé la possibilité pour l'officier de l'état civil de procéder à plusieurs saisines du Procureur de la République concernant un même mariage et ce, sous réserve que des éléments nouveaux soient intervenus dans l'intervalle...

Ensuite de la saisine « *le procureur de la République est tenu, dans les quinze jours de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder* » (article 175-2 du Code civil).

Il sera noté que le délai dont s'agit ne concerne pas les tiers qui procéderaient au signalement.

Enfin et à l'issue du délai de quinze jours en cas de saisine par l'officier de l'état civil, le Procureur de la République doit soit autoriser, soit s'opposer soit émettre un sursis à la célébration projetée.

Si le Procureur de la République ne s'est pas prononcé dans le délai imparti, le mariage peut alors être célébré.

À l'inverse s'il s'oppose à l'union, il doit le faire par acte d'huissier.

Enfin et s'il émet un sursis à la célébration, la décision du Procureur de la République pourra être contestée devant le Président du tribunal judiciaire qui disposera d'un délai de dix jours pour statuer.

En tout état de cause, le Procureur de la République ne peut surseoir à la célébration que pour un délai d'un mois renouvelable.

■ Les effets de l'opposition à mariage

Une opposition à mariage empêche l'officier de l'état civil de procéder à la célébration de l'union.

L'opposition peut cependant faire l'objet d'une demande de mainlevée pour que l'union soit finalement célébrée.

Il existe deux types de mainlevées.

La première est volontaire : celui qui a formé l'opposition y renonce.

La seconde est judiciaire : elle peut être demandée par les futurs époux devant le tribunal judiciaire, ces derniers contesteront soit la régularité formelle de l'opposition soit le fondement de cette dernière.

En l'absence de mainlevée de l'opposition et comme mentionné, elle tombera *de facto* à l'expiration d'un délai d'un an.

Cependant, le sursis à célébration peut être sans limite de durée lorsque l'acte d'opposition est renouvelé avant l'écoulement du délai d'un an étant précisé que l'opposition des ascendants ne peut pas être renouvelée quel que soit le motif soulevé (art. 173 al. 2 C. civ.).

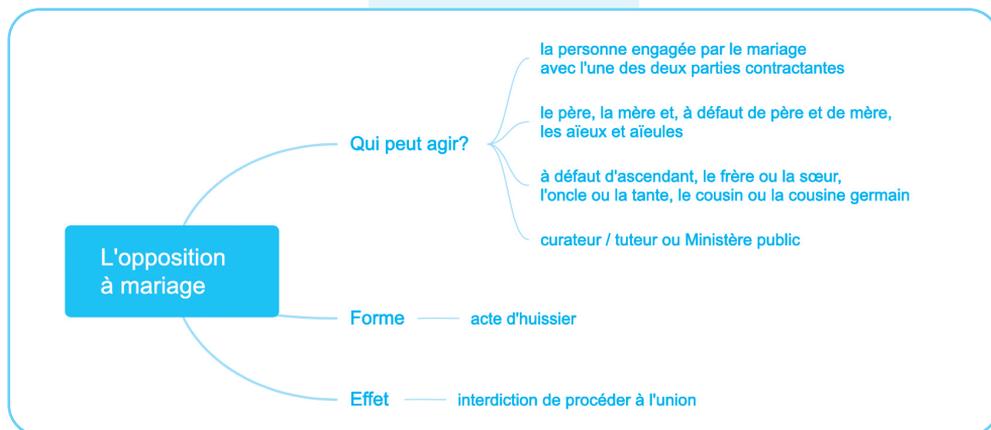
D'autre part, l'opposition formée par le ministère public ne cesse pas de produire ses effets après une année révolue.

Dans ce cas, l'opposition ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire.

En effet, le Code civil prévoit formellement que « *lorsque l'opposition est faite par le ministère public, elle ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire* »

étant précisé que « le tribunal judiciaire prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée formée par les futurs époux, même mineurs ».

L'opposition à mariage



2. La sanction postérieure à la célébration du mariage : la nullité

■ Les différentes classifications des irrégularités de la célébration du mariage

La première catégorie correspond aux irrégularités qui n'entraînent pas la nullité de l'union célébrée appelées également empêchements dits prohibitifs.

L'irrégularité étant jugée peu grave n'entraîne donc pas la nullité du mariage mais les sanctions attachées à la personne et déjà analysées auront vocation à s'appliquer.

On pense par exemple aux sanctions disciplinaires à l'encontre de l'officier de l'état civil ou encore aux amendes civiles, etc.

À titre d'illustration, la célébration du mariage nonobstant une opposition régulière, l'absence de présentation de documents de l'état civil, le défaut de publication des bans ou encore un nombre insuffisant de témoins constituent des empêchements prohibitifs.

La deuxième catégorie est constituée par les empêchements dits dirimants c'est-à-dire ceux dont l'inobservation entraîne la nullité en raison de ce que l'irrégularité est considérée comme grave.

Deux types de nullités sont présentes en droit français relativement à ces irrégularités : la nullité absolue et la nullité relative.

Concernant la nullité absolue il convient de distinguer la nullité absolue péremptoire c'est-à-dire obligatoire de la nullité absolue facultative.

Dans la première sous-catégorie (nullité absolue péremptoire) nous retrouvons le défaut d'âge légal, l'inceste, la bigamie, le défaut de consentement au mariage, la célébration devant une personne autre que l'officier de l'état civil.

Concernant les nullités absolues facultatives c'est-à-dire qui ne s'imposent pas aux juridictions qui apprécient souverainement si la méconnaissance de la condition doit ou non entraîner la nullité du mariage, il est possible de retrouver l'incompétence territoriale de l'officier de l'état civil ou encore le mariage clandestin.

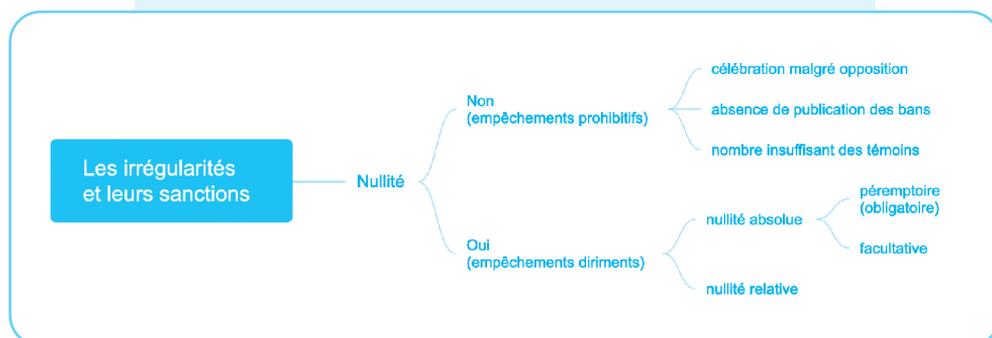
Concernant le mariage clandestin c'est-à-dire celui célébré en dehors de toute publicité, les juridictions ne prononcent la nullité que si plusieurs éléments de publicité manquent. Aussi il a été jugé que le *simple fait* que le mariage ait été célébré dans un lieu autre que la mairie ne l'affecte pas du vice de clandestinité (Lyon, 10 mars 1853; Aix, 18 août 1870).

Concernant la nullité relative qui, à l'inverse de la nullité absolue n'a pas vocation à protéger l'intérêt général mais l'intérêt privé, elle est encourue dans deux hypothèses : en cas de vice de consentement de l'époux (erreur, violence et contrainte aux fins d'obtenir le consentement) ainsi que dans le cadre du défaut d'autorisation (notamment d'un mineur).

Dans l'une ou l'autre des situations susmentionnées, le juge est dans l'obligation de prononcer la nullité du mariage.

Il ne dispose pas d'une faculté mais d'une obligation.

La classification des irrégularités quant à la célébration du mariage



■ Le régime des nullités

La question est ici de savoir qui peut agir et sous quelles conditions les réponses dépendent de la nullité visée : absolue ou relative.

Concernant la nullité absolue, l'article 184 du Code civil dispose que « *tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144,*

146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».

L'article 187 du même code complète : « dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ».

Concernant ce dernier cas et à titre d'exemple, il a été jugé que la vocation successorale des collatéraux constitue un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage (Cass. civ., 1^{re}, 4 mai 2011, n° 09-68.983).

Relativement aux titulaires des actions liées à la nullité relative du mariage, qui pour rappel vise à protéger un intérêt privé, la liste des personnes est naturellement plus restreinte.

La nullité relative encourue pour vice du consentement (en ce compris violence et contrainte) est ouverte en application de l'article 180 du Code civil aux « époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public ».

Concernant l'erreur, le dernier alinéa de l'article susmentionné dispose que « s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage » si bien que dans cette hypothèse, le Ministère Public ne semble pas avoir vocation à être titulaire du droit d'agir.

Le défaut d'autorisation, deuxième cas de la nullité relative n'entraîne la nullité qu'à la demande de « ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement » (article 182 du Code civil).

La possibilité d'agir n'est cependant pas absolue puisque conditionnée d'une part au respect des délais de l'action mais également subordonnée à l'absence de confirmation du mariage irrégulier ou de la régularisation de ce dernier.

Le délai de prescription correspond au délai dans lequel une action en justice est enfermée c'est-à-dire que toute saisine qui serait effectuée postérieurement au délai devrait nécessairement être déclarée irrecevable.

Il s'agit par la prescription de consolider une situation et d'éviter des remises en cause tardives qui pourraient avoir de lourdes conséquences sur le justiciable.

Concernant la nullité absolue, le délai pour agir est posé à l'article 191 du Code civil.

Il s'agit d'un délai de trente ans qui court à compter de la célébration du mariage par application de l'article 191 du Code civil (issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008).

Concernant la nullité relative, le délai de prescription est de cinq années qui court à compter de la célébration du mariage en cas de vice du consentement.

Pour le défaut d'autorisation, l'article 183 du Code civil dispose que « *l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé cinq années sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé cinq années sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage* ».

Le droit d'agir en nullité peut également s'éteindre par la confirmation qui correspond à la situation où la personne qui a la capacité d'agir en nullité y renonce.

La confirmation ne peut pas concerner les nullités absolues et ne se retrouve par conséquent qu'en matière de nullité relative.

La renonciation peut être expresse (on pense ici à un écrit ou à une volonté exprimée verbalement) ou tacite (situation où le comportement de l'intéressé témoigne de sa volonté de renoncer à l'action).

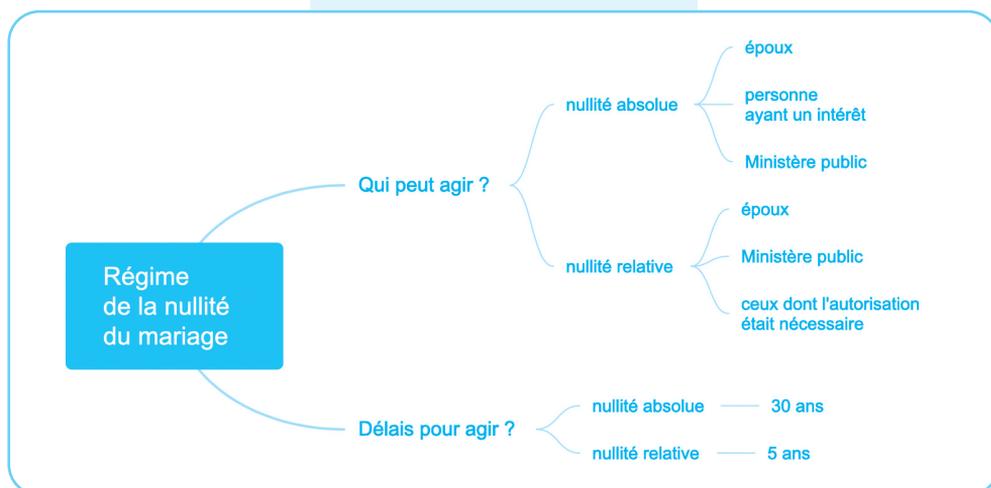
Enfin, la régularisation permet également de faire obstacle au prononcé d'une nullité du mariage. La régularisation à l'instar de la renonciation ne concerne que les nullités relatives sauf de rares cas admis par la loi dans l'objectif de sécuriser la stabilité de l'union.

La régularisation du mariage se retrouve en cas de décès d'un des époux (article 190 du Code civil). Cet article semble toutefois cantonner la régularisation à l'impossibilité d'agir pour le parquet et non aux autres intéressés.

La deuxième hypothèse pour régulariser une union se retrouve en présence d'un vice de forme.

Dans ces cas, aucun des conjoints ne peut demander la nullité de cet acte s'ils ont la possession d'état d'époux, c'est-à-dire s'ils vivent publiquement comme tels (article 196 du Code civil).

Le régime de la nullité du mariage



■ Les effets de la nullité du mariage

La nullité prononcée qu'elle soit absolue ou relative a exactement le même effet : l'anéantissement rétroactif du mariage.

La rétroactivité a pour conséquence juridique que le mariage est réputé ne jamais avoir existé.

Pour en illustrer l'application, il est possible de se référer en matière de bigamie à de nombreux arrêts (en ce sens : Cass. civ., 1^{re} 26 octobre 2011, D. 2012, 258 note de G. Raoul-Cormeil) ou encore à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2013 (n° 12-26.041) par lequel la Cour de cassation a estimé que « *la nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Autrement dit, le second mariage contracté postérieurement à une première union reste valable et produit ses pleins effets.

La nullité du second mariage sur le motif de la bigamie ne peut pas trouver vocation à s'appliquer dès lors que la première union a été déclarée nulle postérieurement à la célébration du second.

Aussi le second (et seul) époux devra procéder par voie de procédure de divorce sauf à invoquer un vice du consentement.

La nullité du mariage entraîne par voie de conséquence la nullité des effets attachés à ce dernier comme l'usage du nom du conjoint, l'acquisition de la nationalité, la vocation successorale, l'obligation alimentaire est supprimée et les sommes perçues doivent être restituées.

Étonnamment, certains auteurs ont relevé qu'une prestation compensatoire pourtant présente dans les dispositions contenues dans le chapitre intitulé « *sur les conséquences du divorce* » a déjà été accordée dans le cadre d'une action en nullité.

Au principe de rétroactivité existe une exception : le mariage putatif.

Dans cette hypothèse, le mariage est nul mais les effets de la nullité n'ont vocation à s'appliquer que pour l'avenir.

Il s'agit ici de préserver une situation ancrée dans le temps lorsque l'un des époux serait de bonne foi ou lorsque des enfants sont issus de l'union.

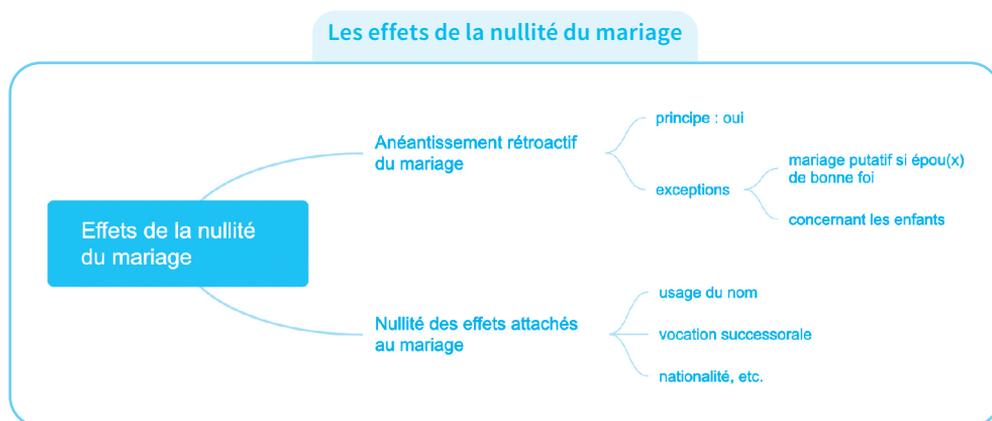
Rappelons en effet que le mariage emporte des conséquences importantes sur les modes d'établissement de la filiation dont la nullité rétroactive pourrait avoir de lourdes conséquences au préjudice des enfants (et *a fortiori* de l'époux de bonne foi).

L'article 201 du Code civil prévoit ainsi que « *le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux* ».

Il est complété par l'article 202 du même code qui dispose qu'« *il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi* ».

La bonne foi est toujours présumée en droit français.

L'époux de bonne foi pourra d'ailleurs réclamer des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil en raison du préjudice subi.



Les effets du mariage

Le mariage est un contrat d'adhésion à une institution. Chargé de symbolisme aux origines ecclésiastiques, le mariage comporte dans ses dispositions contemporaines de nombreux effets qu'ils soient extra-patrimoniaux (A) ou patrimoniaux (B).

A. Les effets extra-patrimoniaux du mariage

Les époux se doivent respect, fidélité, secours et assistance (a). Ils s'obligent également à une communauté de vie (b). Enfin, l'usage du nom du conjoint est l'un des effets pouvant être relevé (c).

a. Les devoirs des époux

Clairement établis à l'article 212 du Code civil qui dispose que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, assistance et secours* », les devoirs des époux apparaissent pluriels et étendus.

1. Le respect

La notion de respect revêt juridiquement deux acceptions.

La première est liée au nécessaire respect de l'intégrité physique de l'autre époux.

Cette situation recouvre l'hypothèse des violences conjugales et ont donné lieu, ces dernières années, à de nombreuses réformes législatives notamment concernant le mécanisme de l'ordonnance de protection présent aux articles 515-11 et suivants du Code civil.

Aussi, en présence de violences conjugales, le juge aux affaires familiales estimera que le devoir du respect entre les époux a été violé ce qui justifiera le prononcé d'un divorce pour faute et l'allocation de dommages et intérêts.

Parallèlement, les violences exercées revêtent une qualification pénale dont la qualité de conjoint constitue une circonstance aggravante.

La deuxième acception se situe au niveau du respect de la personnalité de l'autre conjoint et vise à sanctionner l'ensemble des comportements adoptés par l'un d'eux pouvant être qualifiés d'injurieux, de déloyaux.

Ce devoir regroupe également le respect de ce qui compose la personnalité, l'identité d'une personne : ses croyances, sa profession et ses aspirations professionnelles, ses choix électoraux, etc.

La jurisprudence illustre ce principe en prononçant un divorce pour faute à l'encontre du mari lorsque ce dernier avait pour habitude d'humilier en public son épouse (Cour d'appel, Nîmes, 3e chambre de la famille, 4 décembre 2019 – n° 18/04211) ou encore en présence d'un adultère bien que la fidélité constitue en soi un devoir du mariage (Cour d'appel, Poitiers, 4e chambre civile, 15 janvier 2020 – n° 19/00282).

Dans une autre affaire, le fait pour un époux d'avoir installé au sein du domicile conjugal sa maîtresse a été retenu comme constituant une atteinte au devoir de respect présent à l'article 212 du Code civil (Cour d'appel, Poitiers, 4e chambre civile, 15 janvier 2020 – n° 19/00282).

2. La fidélité

Il s'agit là d'un devoir qui fait couler ces dernières années beaucoup d'encre notamment sur le fait de savoir si l'évolution des mœurs et du droit justifie toujours le maintien d'un tel devoir.

Commençons par qualifier ce qui distingue l'infidélité de l'adultère.

L'adultère représente l'infidélité consommée.

L'infidélité d'ailleurs peut être qualifiée lorsqu'elle est simplement morale (recherche de partenaires sur des sites de rencontres) ou encore, selon la jurisprudence par des échanges pluriels de messages avec un tiers.

Il s'agit ici d'une infidélité morale.

Pour illustrer cette hypothèse, il a été retenu que le délaissement du mari en raison de la périodicité des entretiens avec un évêque constituait un manquement au devoir de fidélité et ce, en l'absence de toute relation charnelle (Cour d'Appel de Paris, 13 février 1986, GP 1986. 216).

La Cour d'appel de Paris (Pôle 3, chambre 4, 14 janvier 2016 – n° 14/11248) a également retenu concernant des échanges de messages que :

« Mme D. produit la copie de nombreux messages échangés par son époux avec une amie polonaise, Edyta K., dont la teneur ne fait pas douter de la relation intime entretenue par le couple 'tu me manques, je t'aime...', 'Mon amour', 'petit à

petit je suis en train de tout dire mais je dois faire attention parce qu'elle pourrait me dénoncer', 'tu m'as dit qu'elle sait que tu m'aimes, que tu vas chez moi et que tu veux divorcer...'; que cette relation extraconjugale parfaitement démontrée par les nombreux messages échangés ainsi reproduits, constitue une violation des devoirs et obligations du mariage qui sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, rend intolérable le maintien de la vie commune ».

Aussi que ce soit une infidélité ou un adultère, la sanction sera le prononcé d'un divorce pour faute en application de l'article 242 du Code civil qui mentionne une « violation grave ou renouvelée du devoir » de fidélité.

Aussi l'adultère ne constitue pas automatiquement une cause de prononcé du divorce pour faute.

Schématiquement, l'infidélité ou l'adultère qui se produit postérieurement à l'ordonnance sur tentative de conciliation sont sanctionnés de manière plus restreinte que lorsqu'ils sont commis en amont de toute procédure de divorce et ce, même si le devoir imposé à l'article 212 du Code civil ne disparaît pas avec la procédure de divorce en cours (Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2016, no 15-27.968).

La fidélité connaît donc au fil des années un amoindrissement dans son principe.

Il n'est pas automatiquement sanctionné par le prononcé d'un divorce pour faute.

Par ailleurs, l'amante d'un époux décédé est recevable à formuler une demande de dommages et intérêts en cas de décès accidentel (Crim. 19 juin 1975, D1975. 679).

La jurisprudence a même consacré la possibilité pour un époux d'effectuer valablement une donation à sa maîtresse ou son amant (Cass. civ., 1^{re}, 3 février 1999, D1999. 267).

3. L'assistance

Il s'agit ici d'apporter au conjoint un soutien, une présence dans les événements difficiles que peut connaître toute personne dans la vie.

C'est ici devoir faire preuve d'une solidarité non sous son aspect patrimonial mais moral.

À titre d'exemple l'absence de tout soutien lorsque le conjoint est atteint d'une maladie nécessitant des traitements lourds ou des interventions chirurgicales peut justifier le prononcé d'un divorce pour faute.

La maladie n'est pas la seule hypothèse où l'assistance trouve vocation à s'appliquer.

Ainsi, être présent dans l'infirmité de son conjoint, dans la détresse psychique et psychologique ou encore l'assistance nécessaire en raison de son âge ont permis de justifier un divorce pour faute en présence d'un défaut d'assistance.

Sur ces derniers points, la Cour d'Appel de Montpellier dans un arrêt en date du 1^{er} mars 2018 (n° 16/08762) a retenu qu' « *en revanche, le délaissement régulier du mari par l'épouse au cours du mariage est établi par les attestations concordantes de Monsieur V, Madame D et Monsieur B voisins ou amis du couple, qui ont vu progressivement ont vu le mari seul et déprimé, l'épouse étant absente pour des séjours prolongés et répétés au Maroc à Paris ou au Havre, ce qui est corroboré par les retraits du compte joint qui font état des nombreux achats de billets de transport, et par la déclaration de main courante en date du 21 novembre 2015 selon laquelle l'époux déclarait en dehors de toute procédure que « depuis 2 ans sont épouse avait pris l'habitude de quitter le domicile conjugal pour des durées plus ou moins longues et de revenir quand ça lui chante ».*

Ce délaissement continu contrevient au devoir d'assistance et de secours qu'est en droit d'attendre un époux au demeurant plus âgé et invalide et rend intolérable le maintien de la vie commune ».

Cet exemple, au-delà d'illustrer l'application pratique du devoir d'assistance témoigne de ce que ce dernier devoir entre époux est couplé pour une même origine, des mêmes faits, à la violation du devoir de secours.

4. Le secours

Il est possible de définir négativement le devoir de secours, c'est-à-dire ce qu'il n'est pas.

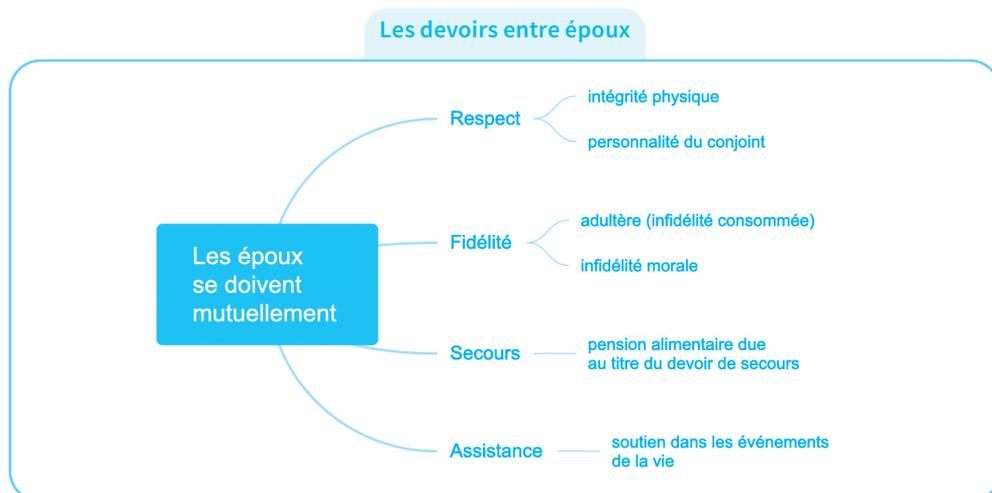
Le devoir de secours n'est pas l'obligation de contribuer aux charges du mariage présente à l'article 214 du Code civil.

Positivement, le devoir de secours s'analyse comme l'obligation pécuniaire et réciproques des époux de ne pas laisser l'autre dans le besoin.

Son application se retrouve en réalité lors des périodes de crise et notamment au cours de la procédure de divorce.

Au titre des mesures provisoires, c'est-à-dire qui s'appliqueront durant la procédure, l'un des époux peut solliciter du juge aux affaires familiales que lui soit octroyée une pension alimentaire au titre du devoir de secours.

Rappelons que le refus pour l'époux condamné de satisfaire aux versements de la pension alimentaire peut constituer l'infraction d'abandon de famille au sens des dispositions du code pénal.



b. La communauté de vie

L'article 215 du Code civil dispose que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie » et précise que « la résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ».

La communauté « de vie » induit la communauté de toit et de lit.

1. La communauté de toit

Il s'agit ici d'un devoir de cohabitation relatif puisque l'article 108 du Code civil en admet l'exception : « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie ».

Est-ce à dire que l'exception est devenue le principe ?

Il convient de répondre par la négative, les cas où l'absence de cohabitation est admise étant spécifiques et soumis au contrôle des juridictions.

On pense à la situation où l'un des époux, pour des raisons professionnelles, doit s'absenter temporairement dans une ville différente de celle où a été fixé le domicile conjugal voire qui serait parti en mission à l'étranger (en ce sens : Cass. civ., 1^{re}, 12 février 2014, n° 13-13.873).

L'évolution de la société a conduit également à une multiplication des situations où les époux ont choisi d'un commun accord de garder chacun un domicile distinct.

De la même manière, faire cesser la cohabitation ne peut pas justifier le prononcé d'un divorce pour faute en cas de motifs légitimes.

On pense ici aux situations de violences conjugales, où le conjoint victime décide de quitter le domicile conjugal pour s'installer à tel ou tel autre endroit afin de se protéger.

Sur le fondement de « l'excuse » aucune violation du principe susmentionné ne sera reprochée.

2. La communauté de lit

La communauté de vie implique une communauté de lit c'est-à-dire la consommation de l'union.

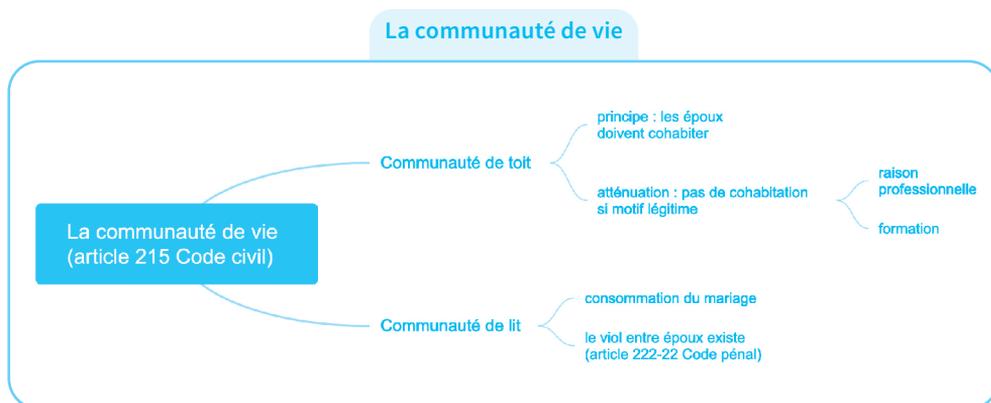
Les décisions où il est retenu une violation du principe de la communauté de lit sont anciennes.

Le refus d'entretenir des relations charnelles ou encore de suivre un traitement aux fins de soigner sa stérilité ont été sanctionnés par d'anciennes jurisprudences (en ce sens : Cour d'Appel de Bordeaux, 7 juin 1994, n° 1994-043646).

Notons cependant que l'inaptitude à la procréation n'a pas permis à l'époux qui l'invoquait d'obtenir un divorce aux torts partagés, seule sa faute ayant été retenue par la juridiction (Cour d'Appel d'Agen, 5 octobre 1995, n° 1995-049278).

Parallèlement et concernant les rapports sexuels entre les époux notons que le viol entre époux a été consacré en droit français comme en dispose l'article 222-22 du code pénal : « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ».

On voit ainsi que les deux composantes de la communauté de vie tendent à souffrir de plus en plus d'exceptions et de trouver une place résiduelle dans les décisions rendues en la matière.



c. Les effets quant à l'usage du nom

Le dernier effet développé et induit par la célébration de l'union repose sur l'usage que peut faire l'un des époux du nom de l'autre.

L'article 225-1 du Code civil prévoit en la matière que « *chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit* ».

Il s'agit ici d'une simple faculté et non d'une obligation.

Remarquons encore qu'aucune différenciation n'est exercée selon le genre de la personne, tant l'époux que l'épouse pouvant user ou non de la possibilité offerte.

Aussi, le refus d'user le nom de l'autre ne peut pas justifier une demande de divorce pour faute, chacun des époux reste en effet libre.

Cet usage pourra également en application de l'article 264 du Code civil survivre à la dissolution du mariage sous réserve de justifier d'un motif légitime personnel ou attaché aux éventuels enfants du couple.

L'usage du nom de son conjoint n'a cependant aucun impact sur le nom d'origine.

Aussi et malgré l'utilisation du nom de son conjoint, le nom de naissance n'est pas perdu et l'acte de naissance reste inchangé.

De même, l'usage du nom du conjoint ne fait pas obstacle à la transmission du nom de la mère à l'enfant dès lors que le lien de filiation est légalement établi.

B. Les effets patrimoniaux

Le mariage se distingue des autres modes de conjugalité en ce qu'il instaure, de manière impérative entre les époux un ensemble d'effets patrimoniaux appelé régime primaire qu'importe au demeurant le régime matrimonial choisi par les époux.

Ce régime primaire a des conséquences quant au principe de la contribution aux charges du mariage (a), de la solidarité aux dettes du ménage (b) ainsi que sur les pouvoirs de gestion des biens (c).

a. La contribution aux charges du mariage

La contribution aux charges du mariage est prévue à l'article 214 du Code civil qui dispose « *si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* ».

La contribution aux charges du mariage constitue pour les époux une obligation conjointe qu'ils doivent exécuter simultanément et qui se distingue, à ce titre, du devoir de secours entre époux qui est une obligation alimentaire.

En d'autres termes, si au stade du divorce le juge conciliateur désigne nécessairement un époux débiteur et un époux créancier de la pension due au titre du devoir de secours, tel n'est pas le cas de l'obligation de contribuer aux charges du mariage qui est, par essence, réciproque.

Cette réciprocité de l'article 214 du Code civil s'inscrit dans le prolongement de l'article 213 du même code qui donne aux deux époux la direction matérielle conjointe de la famille.

Au travers de cet article, le législateur a marqué sa volonté d'imposer aux époux, au titre des effets directs du mariage, un fonctionnement de type communautaire pour tout ce qui concerne l'entretien de la famille et l'éducation des enfants, quel que soit par ailleurs le régime matrimonial choisi.

L'article 214 impose donc aux deux époux, traités de manière parfaitement égalitaire depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, de consacrer une partie de leurs ressources ou de leurs activités à la constitution d'une communauté économique familiale, et ce alors même qu'ils seraient mariés sous un régime de séparation de biens.

Comme toutes les obligations du régime primaire impératif, il s'agit là d'une obligation d'ordre public.

En jurisprudence, il n'y a ainsi que dans l'hypothèse assez rare où l'un des époux est en incapacité totale de contribuer que son conjoint peut être reconnu comme seul débiteur de la contribution aux charges (Cour d'Appel de Lyon, 30 novembre 1983, JurisData : 1983-043364), dans une affaire où l'épouse est non seulement sans profession mais souffre aussi d'une grave dépression nerveuse à la suite de l'abandon du domicile conjugal par le mari l'empêchant d'exercer une activité professionnelle.

Cette notion recouvre les besoins de la famille (logement, nourriture, santé, habillement ou encore transport) mais également les frais liés à l'entretien et à l'éducation des enfants voire certaines dépenses liées aux loisirs ou encore appelées d'agrément.

En revanche, les juridictions rappellent ce qui doit en être exclu telle que l'imposition sur les revenus (Cass. civ., 1^{re}, 4 juillet 2007, n° 05-21.022).

Notons enfin qu'en cas de désaccord entre les époux, et selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge doit prendre en considération l'ensemble des charges de l'époux demandeur correspondant à des dépenses utiles ou nécessaires pour fixer le montant de la contribution d'un époux aux charges du mariage (Cass. civ., 1^{re}, 15 novembre 1989, Bull. civ. I, n° 351).

b. La solidarité aux dettes du ménage

Relativement à la solidarité aux dettes il convient de distinguer le principe des nombreuses exceptions.

Le principe est selon l'article 220 du Code civil que « *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* ».

Le même article prévoit la liste des exceptions à savoir :

- les dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage et à l'utilité de l'opération et à la bonne ou mauvaise foi des tiers;
- les achats à tempérament;
- les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.

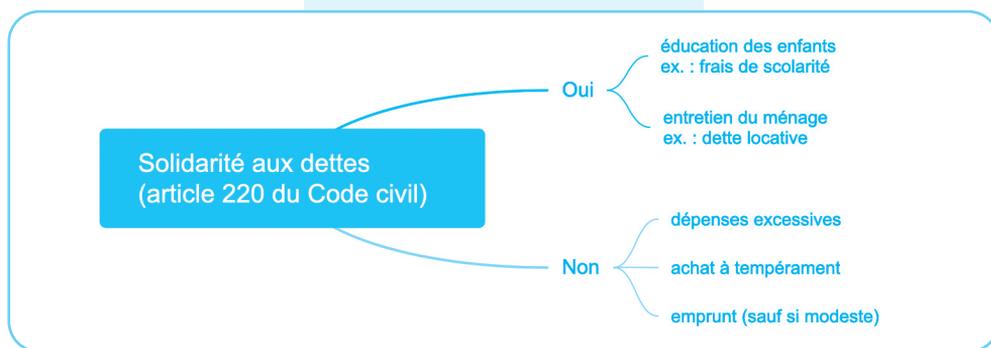
Il convient ici de distinguer les exclusions en raison de la nature de la dette (non qualifiée de dette du ménage) des exclusions explicitement énumérées à l'article 220.

Pour illustrer la première catégorie, il a été considéré comme une dette du ménage les dettes de loyer (Cass. civ., 2^e, 3 octobre 1990, n° 88-18.453) ou encore les charges de copropriété (Cass. civ., 3^e, 1^{er} décembre 1999, n° 98-11.726), les soins d'hospitalisation des enfants (Cass. civ., 2^e, 10 juillet 1997, n° 94-19.388), l'achat d'un véhicule automobile (la jurisprudence admet que l'achat d'un véhicule destiné à un usage familial peut relever de la solidarité des dettes ménagères : Cour d'Appel de Grenoble, 24 novembre 1999 : JurisData n° 1999-103618).

À l'inverse a été exclu le voyage effectué par un seul des époux (Cour d'Appel de Paris, 5 juillet 1996, n° 94/26926).

Pour illustrer la seconde, rappelons tout d'abord que les achats à tempérament correspondent à ceux dont le paiement est échelonné dans le temps. Le bien acquis par exemple fera l'objet de plusieurs mensualités de règlement.

Par exemple, l'achat d'un magnétoscope (14 000 francs) a été considéré comme une dépense excessive (Cour d'Appel de Paris, 21 mai 1982), de même que l'acquisition d'une argenterie par l'épouse (Cour d'Appel de Rouen, 1^{re} ch., 30 juin 1987 : JurisData n° 1987-047066) ou encore l'achat de matériels d'outillage importants (Cour d'Appel de Nancy, 2^e ch., 18 mai 1987 : JurisData n° 1987-041413).



c. Les pouvoirs de gestion des biens

1. Le logement familial

Le logement familial fait l'objet d'une protection particulière puisque l'article 215 alinéa 3 du Code civil prévoit 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 règle est dite d'ordre public c'est-à-dire qu'elle s'applique qu'importe le régime matrimonial adopté par les époux et s'impose à eux qui ne peuvent pas l'exclure.

Cette règle s'applique également que le bien constituant le logement de la famille appartienne à un seul des époux y compris lorsque ce dernier a acquis le bien antérieurement à la célébration du mariage.

Le logement de famille correspond au lieu d'habitation effective, il s'agit ici d'une notion de fait ce qui induit que les résidences secondaires notamment de vacances sont exclues du champ d'application de l'article 215 alinéa 3 (Cass. civ., 1^{re}, 19 octobre 1999, n° 97-21.466).

La problématique s'est posée de savoir si les logements de fonction liés à l'activité professionnelle d'une personne (notamment certains fonctionnaires) devaient se voir appliquer le principe de gestion.

Les juridictions ont répondu par la positive en précisant que si l'autonomie professionnelle est conservée (choix de démissionner, d'accepter telle ou telle mutation, etc.), le logement de fonction sous réserve de correspondre effectivement au logement de famille devait être soumis au principe de gestion (Cass. civ., 1^{re}, 4 octobre 1983, n° 82-14.093).

La protection s'étend également aux meubles meublants garnissant le logement familial.

Cette notion est définie à l'article 534 du Code civil qui dispose que « *les "meubles meublants" ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature.*

Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de "meubles meublants" ».

Concernant les actes qui pourraient affecter le logement familial il est précisé que les époux ne peuvent « *disposer* » ce qui renvoie aux actes de disposition c'est-à-dire pour illustrer à la vente, la donation, l'échange etc., c'est-à-dire aux actes qui reviendrait *in fine* à priver la famille de son logement.

Pour ces actes, le principe est celui de la cogestion en ce sens que les deux époux doivent consentir à l'acte sous peine de nullité de ce dernier, action enfermée dans le délai d'une année selon les modalités mentionnées dans l'article 215 alinéa 3.

Cette protection et ces conditions s'appliquent tant que dure le mariage, aussi et même en cours de procédure de divorce, la cogestion reste le principe et la nullité pourrait être demandée si l'un des époux vend à titre d'exemple sans le consentement de l'autre le bien immobilier constituant le logement familial.

C'est au prononcé définitif du divorce que l'obligation prend fin (ou en cas de décès si le mariage est dissout de ce fait).

2. Gestion des comptes bancaires/perception des gains et salaires

L'article 221 du Code civil dispose que « *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.*

L'époux déposant est réputé, à l'égard du dépositaire, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ».

Il est complété par l'article 223 du même code selon lequel « *chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage* ».

De ces articles découlent plusieurs constats.

Le premier est que l'ouverture d'un compte n'est pas soumise à l'accord de l'autre époux si bien qu'il est loisible à l'un d'ouvrir un compte de dépôt (compte chèque, livrets, etc.) ou encore un compte titre.

Le deuxième est qu'à l'égard de l'établissement bancaire, un seul des époux peut effectuer telle ou telle action à savoir des dépôts de fonds, des virements, des paiements etc.

Concernant les fonds présents, une fois que l'époux s'est acquitté des charges du mariage susmentionnées, il possède une libre disposition des fonds c'est-à-dire que le principe de cogestion en ce sens où l'un doit cautionner les actions de l'autre n'existe pas.

Un conjoint peut dès lors acheter tel ou tel bien, faire une donation, etc.

Rappelons que les salaires représentent l'ensemble des revenus issus de l'activité salariée d'une personne (salaires et primes, le chômage, etc.) alors que les gains renvoient à la perception de revenus non issus du salariat (dividendes, honoraires des professions libérales tels les avocats, etc.).

3. La présomption de gestion en matière mobilière

Les meubles sont les biens qui sont couramment définis comme pouvant être déplacés ou se déplacer seuls tels que définis aux articles 527 et suivants du Code civil.

Concernant leur gestion, l'article 222 du Code civil précise que :

« 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 ».

Aussi et sous réserve que le tiers soit de bonne foi (par exemple un acquéreur), l'époux peut réaliser seul tel ou tel acte (vente, donation, rénovation, etc.) d'un bien meuble pendant la vie maritale.

Comme en dispose l'article 222 susmentionné, certains biens sont exclus.

Nous avons déjà analysé à titre d'exemple les meubles meublants (ceux qui garnissent le logement de la famille).

Ce ne sont pas les seuls puisqu'à titre d'illustration, les biens meubles propres par nature sont exclus.

Cette notion recouvre à la lumière de l'article 1404 du Code civil « *les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus*

généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

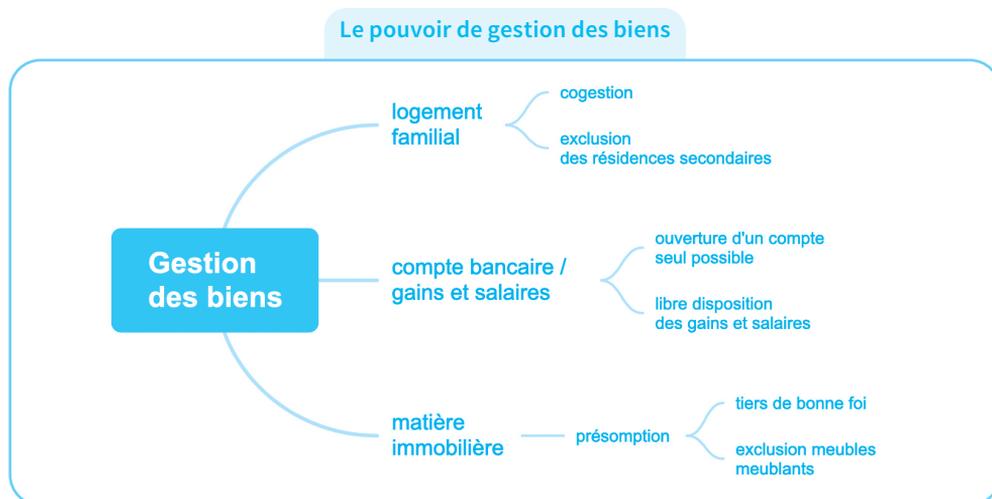
Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté».

En conséquence, le tiers n'aura pas à solliciter du conjoint un pouvoir particulier de l'autre pour effectuer l'acte visé et ce, sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'un bien exclu de la présomption posée par l'article 222 du Code civil.

Si l'acte passé est relatif à un bien qui en réalité appartient à l'autre conjoint (sans pour autant constituer un meuble propre par nature) alors le tiers de bonne foi ne pourra pas se voir reprocher l'acte passé qui reste valable.

L'époux lésé pourra cependant engager la responsabilité de son conjoint aux fins d'obtenir des dommages et intérêts.

Il convient donc *in fine* de distinguer les rapports entre époux et ceux entre l'époux et le tiers.



4. Les mesures de gestion en présence de difficultés du couple

Il existe deux types de mesures, la première visant à être autorisé à passer tel ou tel acte seul sans le consentement de l'autre (article 217 du Code civil) et la seconde permettant de représenter son conjoint dans l'acte envisagé (article 219 du Code civil).

Concernant le premier exemple, l'article 217 dispose que l'un des époux « peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le

consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle ».

Il s'agit ici d'une mesure d'autorisation et non de représentation qui a vocation à s'appliquer pour l'ensemble des actes nécessitant une cogestion.

À défaut, l'autorisation n'aurait aucun intérêt puisqu'un seul des époux pourrait l'effectuer sans autorisation.

La formulation de l'article susmentionné justifie que l'autorisation est octroyée pour un acte déterminé ce qui aura pour effet de rendre l'acte valable.

L'autorisation accordée ne peut cependant pas faire peser d'obligations sur l'autre conjoint, l'acte lui étant seulement opposable.

Cet article a vocation à s'appliquer dans divers cas comme par exemple lorsque l'un des conjoints est hors d'état de manifester sa volonté (on pense ici en raison de son état de santé, l'incarcération, l'âge avancé, etc.) ou encore lorsque l'intérêt de la famille le commande en raison du refus opposé par l'un des conjoints de passer un acte.

À titre d'exemple, la vente d'une maison secondaire qui nécessite pourtant l'accord des deux époux peut justifier la mise en place d'une autorisation.

La seconde hypothèse est présente à l'article 219 du Code civil qui dispose que « *si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilitier par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge.*

À défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un époux en représentation de l'autre ont effet, à l'égard de celui-ci, suivant les règles de la gestion d'affaires ».

Ici, il s'agit d'un mécanisme de représentation qui a vocation à s'appliquer de manière générale c'est-à-dire pour tous les actes et non un seul déterminé.

C'est une action qui porte sans aucun doute sur les biens personnels (en cas de régime séparatiste) ou propres (en cas de régime communautaire) de l'un des époux.

La même illustration peut être donnée s'agissant de la vente d'un bien appartenant uniquement à l'autre époux.

Ici, la représentation aura pour effet que l'acte est passé au nom et pour le compte du représenté ce qui explique notamment qu'il recouvre uniquement le

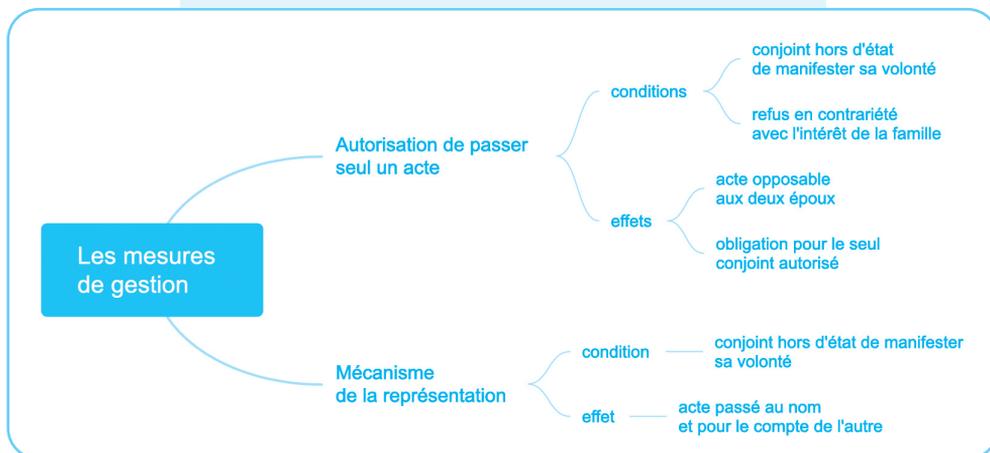
cas de l'impossibilité de manifester sa volonté et non, à l'instar de l'article 217 du Code civil, l'hypothèse d'un désaccord.

Enfin et pour conclure, des mesures urgentes peuvent être prises au visa de l'article 220-1 du Code civil et ce, de manière provisoire : « 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.

La durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans ».

Les mesures de gestion en cas de difficultés dans le couple



La dissolution du mariage

L'union maritale prend fin au décès de l'un des époux ou plus classiquement, à l'occasion d'une procédure de divorce engagée dont les fondements sont multiples (A). Ces derniers influent directement sur la procédure à suivre (B). À l'instar des autres modes de conjugalité, la dissolution du mariage implique des conséquences particulières (C). Nous analyserons également ici l'ordonnance de protection qui, se distinguant de la procédure de divorce se retrouve parfois en parallèle (D).

A. Les fondements du divorce

Il existe en droit français une pluralité de fondement au divorce comme en dispose l'article 229 du Code civil, les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, soit par consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 du même code, soit par acceptation du principe de la rupture du mariage, soit par altération définitive du lien conjugal et enfin pour faute.

a. L'accord des parties sur le principe du divorce

Les époux peuvent décider de s'accorder sur le principe du divorce c'est-à-dire qu'ils sont d'accord pour divorcer et n'invoquent aucun motif à la rupture envisagée.

Ce principe se retrouve dans le divorce par acte sous seing privé contresigné par avocats, dans le divorce par consentement mutuel judiciaire ou encore dans le cadre du divorce par acceptation du principe de la rupture et ce, en application des articles 229-1 et suivants du Code civil concernant la première hypothèse, 230 et suivants pour la seconde ainsi que les articles 232 et 233 du Code civil relatifs au divorce par acceptation du principe de la rupture.

Cette dernière hypothèse se distingue des deux premières en ce que les époux s'accordent seulement sur le principe et non sur les conséquences alors que les deux autres cas correspondent à un accord global tant du principe que des effets.

Cette distinction ressort de la formulation même des articles 232 et 233 susmentionnés qui prévoient que « *le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* », « *s'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences* ».

b. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Prévu aux articles 237 et 238 du Code civil, le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré, l'altération définitive du lien conjugal résultant de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux années lors de l'assignation en divorce.

Concernant la cessation de la communauté il est de jurisprudence constante que la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration (Cass. civ., 1^{re}, 31 mars 2010, n° 08-20.729; Cass. civ., 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-12.238; Cass. civ., 1^{re}, 8 octobre 2014, n° 13-23.856).

Parallèlement, ne constitue pas un fait de collaboration le fait de procéder par voie de déclaration fiscale commune ou encore de maintenir en fonctionnement un compte joint (Cass. civ., 1^{re} 28 novembre 2002, n° 01-10.105; Cass. civ., 1^{re} 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-14.176; Cass. civ., 1^{re} 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-13.603; Cass. civ., 1^{re}, 4 janvier 2017, pourvoi n° 14-19.978).

La preuve de la cessation de la cohabitation est libre, il s'agira par exemple de procéder par constat d'huissier ensuite du départ de l'époux ou de produire le contrat de bail nouvellement contracté par l'époux qui a quitté le domicile conjugal par exemple, etc.

Concernant le délai, il s'agit d'un délai de deux années au jour de l'assignation en divorce, à défaut de respecter un tel délai, le divorce ne pourra pas être prononcé sur ce fondement voire ne pas être prononcé par la juridiction si l'autre partie ne formule aucune demande reconventionnelle en divorce.

Enfin, remarquons que lorsque la demande de divorce pour altération définitive est demandée reconventionnellement à une demande en divorce pour faute (nécessairement examinée en première) le juge n'est plus tenu d'observer le respect du délai des deux années et prononcera automatiquement le divorce pour altération définitive nonobstant la durée de la séparation dans l'hypothèse où la faute n'est pas retenue.

Réforme :

Pour les instances introduites à partir du 1^{er} janvier 2021, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a modifié ces dispositions concernant le délai notamment.

Le nouvel article 238 du Code civil dispose depuis la date susvisée que *« l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis un an lors de la demande en divorce »*.

Si le demandeur a introduit l'instance sans indiquer les motifs de sa demande, le délai caractérisant l'altération définitive du lien conjugal est apprécié au prononcé du divorce.

Toutefois, sans préjudice des dispositions de l'article 246, dès lors qu'une demande sur ce fondement et une autre demande en divorce sont concurremment présentées, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal sans que le délai d'un an ne soit exigé ».

Aussi d'une part le délai est diminué puisque passant de deux années à une seule et d'autre part son moment d'appréciation est modifié puisqu'analysé au jour de l'instance ou à défaut de formulation du fondement dans l'acte introductif, au jour du prononcé de la décision.

Enfin, dans le cadre d'une demande reconventionnelle, le texte ne prévoit plus expressément une demande initiale en divorce pour faute.

c. Le divorce pour faute

La faute constitue le dernier fondement par application de l'article 242 du Code civil qui prévoit expressément que *« le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune »*.

Il s'agit ici de sanctionner la violation d'un ou de plusieurs des devoirs entre époux.

Premièrement, la faute doit être grave ou renouvelée, les caractères n'étant pas cumulatifs (Cass. civ., 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10.12-912).

Deuxièmement, la faute doit revêtir une particulière gravité puisque devant rendre intolérable le maintien de la vie commune, élément laissé à l'appréciation des juges.

À titre d'exemple l'infidélité constitue une telle violation comme le souligne la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 avril 2014 (n° 13-16.649) qui mentionne que :

« Les mails équivoques échangés sur netlog par l'épouse avec un certain nombre de correspondants masculins, ainsi que les photographies intimes de cette dernière, établissent que celle-ci avait un comportement de recherches de relations masculines multiples et retient que ce comportement, constitue un manquement grave et renouvelé aux obligations du mariage ».

De nombreux autres exemples peuvent ainsi être cités et notamment l'arrêt particulièrement éloquent de la Cour d'Appel de Bordeaux en date du 17 mai 2011 (n° 10/04980) ayant retenu que :

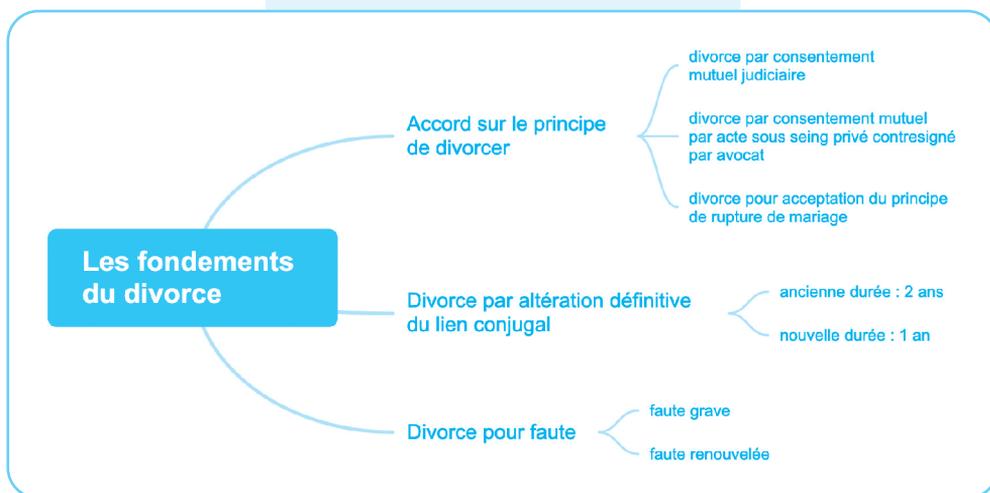
« Par ailleurs, il est prouvé qu'en novembre 2006, soit une quinzaine de jours après la scène du 14 octobre, le mari a fait la connaissance sur un site internet de rencontres de Anita C... Ils se sont mutuellement relaté leurs déboires conjugaux et notamment Didier Y... a raconté sa découverte. Par la suite ils se sont vus mais Anita C... atteste qu'aucune relation physique n'a succédé [...] La Cour considère que le comportement du mari, juridiquement qualifiable d'infidèle [...] ».

En ce sens, les exemples sont pluriels, l'inscription sur un site de rencontres caractérisant une infidélité (Cour d'Appel de Riom, 2 septembre 2014, n° 13/02654).

Les violences conjugales également qu'elles soient physiques (Cour d'Appel de VERSAILLES, 2^e chambre, 2^e section, 2 mars 2017 – n° 16/01233), liées à des insultes et injures voire à une menace de mort (Cour d'Appel de Lyon, 24 juin 2008 : JurisData n° 2008-371556 ; Cour d'Appel de Montpellier, JurisData n° 2012-028753).

Cependant la faute ne peut plus être invoquée en cas de réconciliation sauf à ce que l'époux fautif renouvelle son comportement fautif : il s'agit du principe de l'exception de réconciliation.

Les fondements de la demande en divorce



B. Les procédures de divorce

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 ainsi que les décrets afférents ont substantiellement modifié la procédure des divorces qui sont initiées depuis le 1^{er} janvier 2021. Il convient de répertorier, de manière non exhaustive, les différences majeures à intervenir dans une partie distincte des procédures en cours intentées avant le 1^{er} janvier 2021.

a. Les procédures initiées avant le 1^{er} janvier 2021

1. Le divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats

Cette procédure instituée par la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 applicable au 1^{er} janvier 2017 a créé ce nouveau type de divorce aux articles 229-1 et suivants du Code civil.

Il s'agit ici pour chacun des époux représentés par un conseil différent de négocier de manière globale leur divorce aux fins d'établir les accords dans une convention qui sera enregistrée par le notaire.

Des mentions sont prévues à peine de nullité conformément à l'article 229-3 du Code civil à savoir :

« 1° Les noms, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;

2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;

3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;

5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;

6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté ».

Une fois les accords définitifs intervenus et la convention rédigée, les conseils envoient cette dernière par lettre recommandée avec accusé de

réception aux époux, la signature ne pouvant pas intervenir avant l'expiration d'un délai de 15 jours ensuite de la réception, il s'agit là d'un délai dit de réflexion.

La signature intervenue, la convention devra être envoyée au notaire dans un délai de sept jours qui procédera à son enregistrement au rang de ses minutes sous réserve du respect des formalités vérifiées par ses soins.

En aucun cas, ce dernier ne vérifie le contenu des accords.

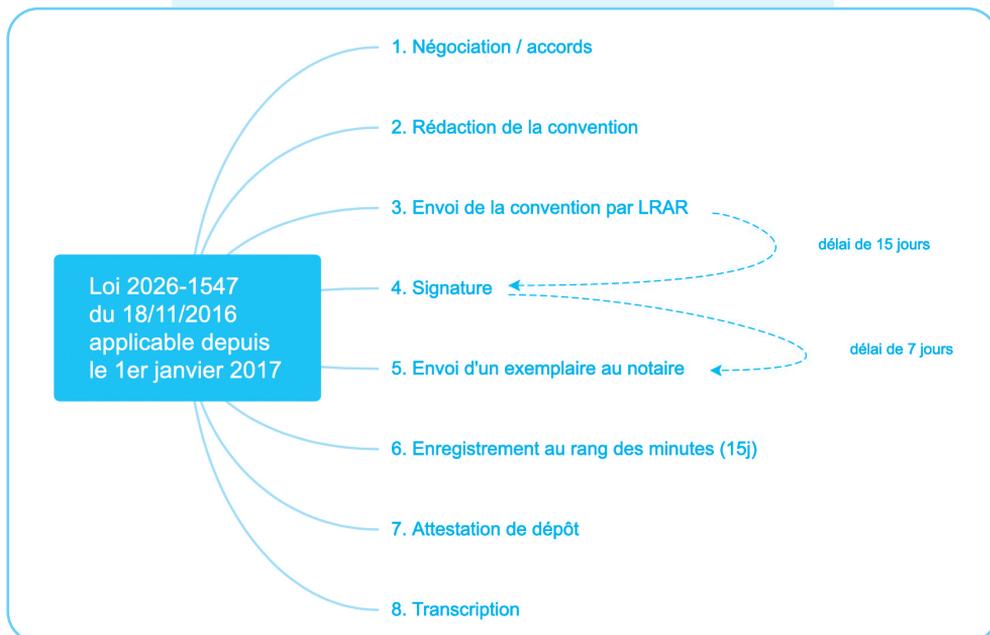
Le notaire disposera alors d'un délai de quinze jours pour procéder à l'enregistrement sans qu'aucune sanction ne soit prévue concernant ce délai en cas de non-respect.

Ces modalités sont prévues aux articles 229-1 et suivants du Code civil ainsi que 1444 et suivants du code de procédure civile.

Par suite du dépôt au rang des minutes qui permet à la convention de produire ses effets entre les époux, le notaire adresse aux conseils une attestation de dépôt permettant au conseil le plus diligent de solliciter de la mairie de célébration du mariage la transcription en marge de l'acte de mariage et de naissance respectif des époux la mention du divorce.

La publicité sur les actes de l'état civil rend la convention opposable aux tiers.

Le divorce par acte sous seing privé contresigné par avocats



2. Le divorce par consentement mutuel judiciaire

L'instauration du divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé n'a pas conduit le législateur à supprimer définitivement le divorce par consentement mutuel judiciaire.

S'agissant des hypothèses dans lesquelles une procédure de divorce par consentement mutuel est judiciaire notons celles expressément prévues à l'article 229-2 du Code civil à savoir lorsque :

« 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;

2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre ».

Il s'agit là encore pour les époux d'être d'accord tant sur le principe du divorce que sur les conséquences.

Dans cette hypothèse et en application des articles 230 et 231 du Code civil, « le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux ».

À l'inverse du divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé, le divorce par consentement mutuel judiciaire ne nécessite pas que chacun des époux ait son propre conseil, les époux pouvant choisir un unique conseil s'ils le souhaitent (article 250 du Code civil).

Il n'y aura ainsi qu'une seule audience (article 250-1 du Code civil) et si le Juge aux affaires familiales refuse l'homologation alors les époux doivent présenter une nouvelle convention dans les six mois.

À défaut d'une nouvelle présentation, la demande initiale est caduque et la procédure devra recommencer depuis le début.

3. Le tronc commun des autres divorces (divorce accepté, divorce pour altération définitive du lien conjugal et divorce pour faute)

■ Le dépôt de la requête en divorce

Une procédure de divorce débute classiquement par le dépôt d'une requête en divorce fondée sur l'article 251 du Code civil qui dispose que « l'époux qui

forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce ».

Dans l'objectif de pacifier les procédures, le fondement du divorce ne doit pas apparaître dans la requête et ce, sous peine d'irrecevabilité de cette dernière.

Autrement dit, les éventuels griefs que l'on souhaite reprocher à son conjoint ne doivent pas à ce stade être évoqués.

Tout au plus, il est possible de faire mention de tel ou tel comportement si ces éléments justifient et viennent à l'appui d'une des demandes formulées au titre des mesures provisoires.

La requête en divorce consiste en effet à débiter la procédure et à solliciter du juge aux affaires familiales l'ensemble des mesures dites provisoires qui auront vocation à s'appliquer lors de l'instance en divorce et « *jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée* » (article 254 du Code civil).

Prévues aux articles 254 et suivants du Code civil le juge peut notamment proposer une mesure de médiation, fixer un devoir de secours qui correspond à la somme (pension alimentaire) qu'un époux doit à l'autre ; désigner un notaire ; ordonner la remise des vêtements et effets personnels ; statuer sur les modalités de la résidence séparée, l'attribution du domicile conjugal, etc.

En présence d'enfants, le magistrat va également statuer sur les mesures relatives à ces derniers (exercice de l'autorité parentale, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire au titre de la contribution à l'entretien et l'éducation, etc.).

Une interdiction de sortie de territoire peut également être demandée par l'un des époux lorsqu'il justifie des risques de départ à l'étranger de l'autre conjoint avec les enfants étant précisé que l'interdiction s'applique aux deux époux.

Le juge aux affaires familiales peut également prendre toute mesure urgente dès le stade de la requête (article 257 du Code civil) comme par exemple autoriser l'époux demandeur à résider séparément notamment avec les enfants.

■ *L'audience sur tentative de conciliation*

Ensuite du dépôt de la requête en divorce, les époux seront convoqués à une première audience appelée audience sur tentative de conciliation ou plus simplement audience de conciliation.

La présence des époux est obligatoire et le demandeur c'est-à-dire celui qui a déposé la requête doit obligatoirement être représenté par un avocat.

À l'inverse, le défendeur a la possibilité de constituer avocat plus tardivement au stade de l'assignation en divorce.

L'audience ne vise pas à réconcilier les époux mais à faire un premier état des lieux de la situation (vérification de leur identité, réaffirmation du souhait d'entamer la procédure en divorce, organisation actuelle de la vie familiale, etc.).

L'époux demandeur entre d'abord seul pour s'entretenir avec le juge aux affaires familiales puis c'est au tour de l'époux défendeur de s'entretenir seul avec ce dernier. Enfin, les deux époux assistés de leur conseil respectif se présentent à la juridiction pour faire valoir les demandes au titre des mesures provisoires.

Le conseil de la partie demanderesse commence à plaider, puis celui de la partie défenderesse. Enfin le magistrat peut s'il l'estime nécessaire poser directement des questions à l'un ou à l'autre des époux.

C'est au cours de cette audience qu'il est possible de signer le procès-verbal d'acceptation qui est un accord irrévocable des époux quant au principe même de divorcer.

Les époux renoncent ainsi à poursuivre la procédure sur le fondement d'un divorce pour faute.

Ensuite de l'audience, le juge aux affaires familiales rend une ordonnance de non-conciliation qui fixe les mesures provisoires en considération de l'intérêt des enfants pour les mesures les concernant.

Le juge aux affaires familiales peut également acter les éventuels accords trouvés sur tout ou partie des mesures provisoires.

L'ordonnance de non-conciliation est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de sa notification.

■ *La poursuite de la procédure : requête commune, assignation et période de mise en état*

Les mesures provisoires prononcées, les époux, ensemble ou séparément doivent introduire l'instance en divorce conformément aux articles 257-1 et suivants du Code civil.

Par application de l'article 1113 du code de procédure civile, seul l'époux qui a déposé la requête en divorce peut assigner l'autre en divorce pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation.

Passé ce délai, l'autre époux peut également introduire l'instance par le biais d'une assignation, (l'autre époux conserve cette possibilité également).

Si aucun des époux n'introduit l'instance dans un délai de trente mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, alors l'ensemble

des mesures provisoires deviennent caduques et l'époux qui souhaite postérieurement à cette caducité divorcer devra déposer une nouvelle requête en divorce.

Si l'un des époux introduit l'instance par le dépôt d'une assignation en divorce dans le respect des délais susmentionnés alors les mesures provisoires prononcées s'appliqueront pendant toute la durée de la procédure y compris si l'ordonnance sur tentative de conciliation a été rendue plus de trente mois auparavant.

L'assignation doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires à peine de nullité et est signifiée par voie d'huissier. Elle doit ainsi contenir à titre d'exemple, outre les informations liées à l'état civil des époux, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux conformément à l'article 257-2 du Code civil et ce, à peine de nullité.

L'assignation, outre les mentions obligatoires, comporte les demandes formulées par tel ou tel époux au titre des mesures dites accessoires c'est-à-dire des mesures définitives (usage du nom, prestation compensatoire, mesures relatives à l'enfant) et ce, en sus du fondement sur lequel l'époux souhaite voir le divorce prononcé.

Les époux peuvent également introduire l'instance ensemble par le dépôt d'une requête conjointe en application des dispositions des articles 1123 et suivants du code de procédure civile, les époux rédigent ainsi un écrit signé de leur main et annexé à la requête conjointe justifiant de leur accord sur le principe du divorce.

Dans l'une ou l'autre des hypothèses, assignation ou requête conjointe, l'introduction de l'instance laisse place à une période appelée période de mise en état.

Elle correspond à la période durant laquelle les époux vont s'échanger par le biais de leurs conseils respectifs leurs prétentions par des écrits appelés conclusions étant précisé que postérieurement à l'introduction de l'instance, la procédure devient écrite et la représentation par avocat est obligatoire pour les deux époux.

Au niveau procédural, il existe un système de passerelle concernant le fondement de la demande en divorce.

Il est toujours possible en cours de procédure de basculer vers un divorce par consentement mutuel en demandant au juge aux affaires familiales saisi d'homologuer la convention réglant les conséquences du divorce des époux et ce, quel que soit le divorce initialement envisagé.

Il est également possible de s'orienter en cours de procédure d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute vers un divorce

accepté. Il s'agit ici de l'hypothèse où les époux sont d'accord pour divorcer sans invoquer le fondement mais qu'il reste des points à trancher sur les conséquences du divorce.

Pour ce faire, les époux, assistés de leurs conseils respectifs établissent un écrit comportant une déclaration d'acceptation et mentionnant son caractère irrévocable conformément aux articles 1123 du code de procédure civile et 233 du Code civil.

Enfin, notons que si un époux introduit un divorce pour altération définitive du lien conjugal et que l'autre invoque la faute alors le premier a la faculté de modifier sa demande et d'invoquer également une faute (article 247-2 du Code civil).

■ *L'audience de plaidoirie et le prononcé du divorce*

Une fois tous les arguments épuisés et demandes formulées, une clôture intervient et une date de plaidoirie est fixée.

Les époux ne sont pas obligatoirement présents à cette audience qui peut se matérialiser par un simple dépôt de dossier.

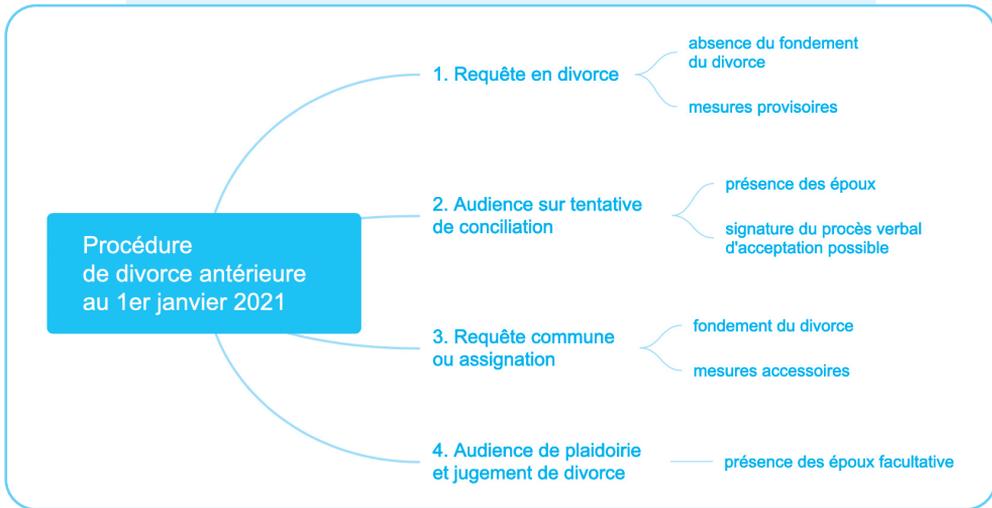
Concernant le prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales doit respecter un ordre précis d'examen des demandes.

D'une part, le juge aux affaires familiales doit toujours examiner en premier lieu la faute y compris lorsque ce fondement est sollicité par la partie défenderesse c'est-à-dire celle qui n'a pas initié la procédure par le dépôt de l'assignation.

Si les deux époux ont invoqué une faute à l'encontre de l'autre époux alors le juge aux affaires familiales peut prononcer, en application de son pouvoir souverain d'appréciation, un divorce aux torts partagés.

Enfin, dans l'hypothèse où la faute est rejetée et que l'autre époux a formulé une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal alors le juge aux affaires familiales n'est plus tenu par le délai de deux années et le divorce sera prononcé automatiquement et ce, en application de l'article 238 du Code civil.

Une fois le divorce prononcé et sous réserve de la voie de l'appel possible dans un délai de deux mois à compter de la signification du jugement intervenu, il convient de porter sa mention en marge de l'acte de mariage, ainsi que de l'acte de naissance de chacun des époux, au vu d'un extrait de la décision ne comportant que son dispositif et accompagné de la justification de son caractère exécutoire.



b. Les procédures initiées après le 1^{er} janvier 2021

La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice applicable aux procédures engagées depuis le 1^{er} janvier 2021 a substantiellement modifié la procédure des divorces dits contentieux.

Il convient ici d'analyser les modifications procédurales majeures.

1. L'assignation comme acte introductif d'instance

La requête qui tend à solliciter une audience sur tentative de conciliation aux fins d'établir les mesures provisoires disparaît.

L'acte introductif d'instance est désormais l'assignation ou la requête conjointe.

L'assignation doit contenir des mentions obligatoires à peine de nullité telles que le lieu, la date et l'heure de l'audience dite d'orientation et sur mesures provisoires, certaines mentions obligatoires liées à l'état de la personne (nom, prénom, adresse, etc.). L'acte doit également contenir une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux.

La mention des dispositions relatives à la médiation et à la procédure participative doit également apparaître.

Par ailleurs, l'acte introductif d'instance peut contenir le fondement du divorce uniquement s'il s'agit d'un divorce accepté ou pour altération définitive du lien conjugal là où la requête en divorce déposée antérieurement au 1^{er} janvier 2021 ne peut, en aucun cas, mentionner le fondement visé.

Aussi la faute ne peut toujours pas être visée dans l'acte introductif d'instance et ce, dans l'objectif de pacifier les procédures.

Il sera précisé que *« lorsque le demandeur n'a pas indiqué le fondement de la demande en divorce dans l'acte introductif d'instance, le défendeur ne peut lui-même indiquer le fondement de la demande en divorce avant les premières conclusions au fond du demandeur »* (article 251 du Code civil).

Le fondement s'il n'apparaît pas dans l'assignation initiale devra être mentionné dans les premières écritures appelées conclusions (article 1107 alinéa 3 du code de procédure civile).

L'acte introductif d'instance comprendra les demandes provisoires éventuellement formulées et ce, dans une partie distincte (article 1117 alinéa 1 du code de procédure civile) étant rappelé que ces demandes ne sont pas obligatoires ce qui peut permettre de gagner du temps dans les procédures.

La nouvelle rédaction de l'article 1117 du code de procédure civile prévoit en effet que *« à peine d'irrecevabilité, le juge de la mise en état est saisi des demandes relatives aux mesures provisoires prévues aux articles 254 à 256 du Code civil formées dans une partie distincte des demandes au fond, dans l'acte de saisine ou dans les conditions prévues à l'article 789 »*,

Notons également que la représentation par avocat est obligatoire dès le stade de l'introduction de l'instance puisque le défendeur dispose d'un délai de 15 jours pour constituer avocat à compter de la signification de l'acte (1108 al 2 du code de procédure civile) ou jusqu'au jour de l'audience dite d'orientation et sur mesures provisoires si l'assignation est délivrée dans un délai inférieur ou égal à 15 jours.

L'introduction de l'instance peut également emprunter en cas d'urgence la forme d'une requête aux fins d'être autorisé à assigner à bref délai c'est notamment le cas en présence de violences conjugales pour éviter des délais d'audiencement trop longs.

2. L'audience d'orientation et sur mesures provisoires

L'audience sur mesures provisoires à un caractère facultatif conformément à la nouvelle rédaction de l'article 254 du Code civil applicable au 1^{er} janvier 2021 : *« le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux »*.

Les mesures provisoires qui peuvent être prises restent cependant identiques et édictées aux articles 255 et 256 du Code civil.

Si aucune demande n'est formulée en ce sens dans l'acte introductif d'instance alors il sera possible de solliciter l'instauration de telles mesures ou leurs modifications devant le juge de la mise en état en cours d'instance.

Notons également que l'audition séparée des époux n'a plus lieu et que leur présence n'est pas obligatoire, ces derniers pouvant se faire représenter par leur conseil.

Concernant l'audience d'orientation qui a lieu à même occasion, cette dernière est obligatoire et non facultative et a pour objet d'évoquer avec les conseils des époux la suite de la procédure (article 776 du code de procédure civile) et donc d'établir les prochaines étapes de la mise en état voire de fixer un calendrier de procédure.

3. La modification du délai du divorce pour altération définitive du lien conjugal

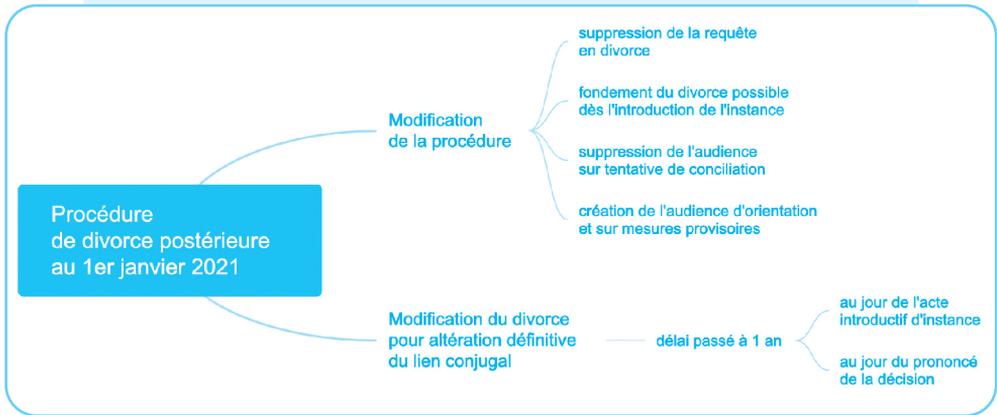
Le délai de la séparation effective des époux est diminué à une année (article 1126 du code de procédure civile). Ce délai est apprécié au jour de l'acte introductif d'instance c'est-à-dire de l'assignation délivrée.

À défaut, lorsque le fondement est précisé ultérieurement, le délai sera apprécié au jour du prononcé du divorce (article 238 alinéa 1 et 2 du Code civil). Il n'y a cependant pas de changement sur l'appréciation du délai susmentionné lorsque la demande est formulée à titre reconventionnel à un divorce pour faute. Dans ce cas, le juge aux affaires familiales prononcera le divorce sur ce fondement sans être tenu par le délai d'une année.

4. L'acceptation du principe du divorce

Actuellement l'accord sur le principe du divorce peut intervenir au moment de l'audience de non-conciliation, (procès-verbal d'acceptation) au jour de l'introduction de l'instance (requête conjointe) ou à tout moment de la procédure par des conclusions concordantes, les époux annexent alors leur déclaration d'acceptation.

Depuis le 1^{er} janvier 2021, l'acceptation conformément à l'article 1123 du code de procédure civile se matérialise par un procès-verbal d'acceptation, une déclaration d'acceptation ou par un acte sous signature privée des parties contresigné par avocats (article 1123-1 du code de procédure civile).



C. Les effets de la dissolution du mariage

a. Les effets extra-patrimoniaux

1. L'usage du nom

L'article 264 du Code civil dispose qu'« à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants ».

À cet égard, il est de jurisprudence constante que les juges du fond apprécient souverainement cet intérêt (Cass. civ., 2^e, 10 décembre 1998, n° 97-15.252) et que la durée du mariage ainsi que l'usage du nom pendant la vie maritale sont deux critères à prendre en considération et qui caractérisent l'intérêt particulier (Cour d'Appel de Montpellier, 3^e chambre A., 17 mai 2018, n° 17/00443). La présence d'enfants est un élément à prendre en considération permettant de contribuer à l'appréciation de l'intérêt particulier (Cour d'Appel de Toulouse, 1^{re} chambre, 2^e section., 28 octobre 2014, n° 13/04258).

La Cour d'Appel de Nancy par un arrêt en date du 18 janvier 2013 (n° 12/00851) a notamment relevé que :

« Il a été vu précédemment que l'épouse, âgée de 54 ans, fait usage du nom de son mari depuis plus de 27 ans. Elle n'est connue que sous ce seul patronyme depuis plus de la moitié de sa vie, et cette seule circonstance caractérise suffisamment l'intérêt légitime exigé à défaut d'accord des époux par les dispositions du second alinéa de l'article 264 du Code civil ».

Il ne s'agit pas de la jurisprudence unanime puisque la Cour d'Appel de Lyon par un arrêt en date du 24 novembre 2020 (n° 19/04515) a estimé que le

divorce intervenu d'avec une épouse âgée de soixante ans ne permet pas de justifier d'un intérêt particulier.

Le principe reste donc la perte de l'usage du nom marital et l'exception sa conservation qui intervient soit ensuite de l'accord de l'époux soit par décision du juge aux affaires familiales dans le cadre de la procédure de divorce.

2. Les mesures relatives aux enfants

En application des articles 371 et suivants du Code civil, le juge aux affaires familiales statue sur l'exercice de l'autorité parentale.

Le juge aux affaires familiales statue également sur les mesures relatives aux enfants c'est-à-dire la fixation de leur résidence habituelle chez l'un des parents ou en alternance étant précisé que l'alternance peut avoir lieu selon plusieurs modalités : par semaine, par mois et même par année.

À même occasion devra être fixé le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent. Le juge aux affaires familiales ne peut pas simplement indiquer que ce dernier s'exercera « à l'amiable » notamment lorsque les enfants ont un certain âge.

C'est ce qui ressort d'un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation en date du 12 février 2020 (n° 19-10.040) qui casse et annule l'arrêt soumis au motif qu'« *en statuant ainsi, alors qu'il lui incombait de se prononcer sur les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement de M. J..., la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Les mesures relatives aux enfants ne sont jamais définitives. En cours de procédure de divorce, les mesures provisoires fixent déjà des modalités qui seront le plus souvent reprises sauf à ce qu'un accord différent intervienne entre les parents ou qu'un élément nouveau justifie que le juge aux affaires familiales modifie les mesures jusqu'alors applicables dans le cadre du prononcé du divorce.

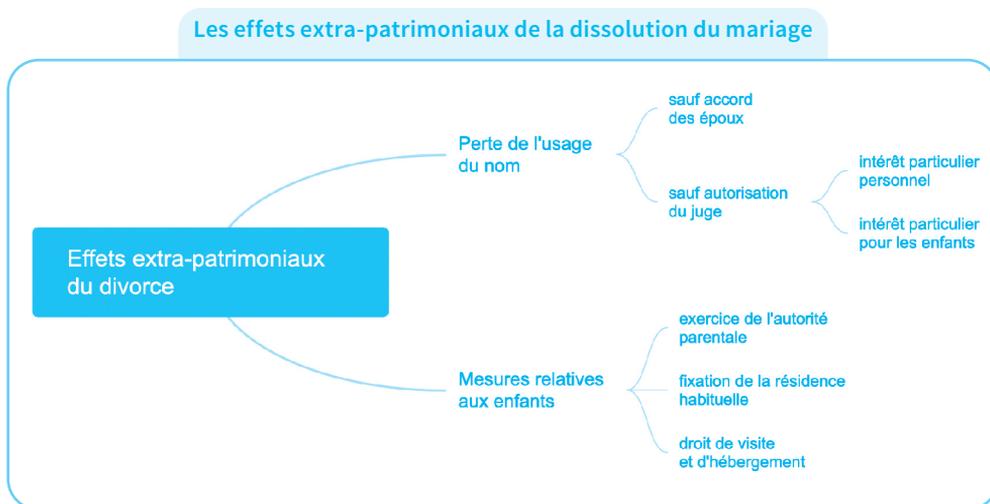
De même et postérieurement au prononcé du divorce un parent peut toujours saisir le juge aux affaires familiales en cas d'élément nouveau pour modifier telle ou telle modalité.

L'aménagement ou la modification des horaires de travail constitue un fait nouveau comme le relève la Cour d'Appel de Douai en ces termes « *Monsieur X... fonde sa demande de résidence alternée sur le fait qu'il ne peut admettre que son rôle de père se limite à une fin de semaine sur deux, que depuis la tentative de conciliation il a multiplié les efforts pour répondre au désir des enfants qui est de résider en alternance chez leurs deux parents, que notamment il a aménagé son temps de travail afin d'être à même d'assumer une résidence alternée [...]* ».

Le changement de résidence habituelle (déménagement) (Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE, 14 janvier 2009, n° 08/11902), la naissance de frères et sœurs issus d'une autre union (Cour d'Appel de Caen, 5 nov. 2015, n° 15/00281) et surtout, la volonté exprimée par l'enfant caractérisent un élément nouveau (Cour d'appel, Nancy, 3^e chambre civile, 9 septembre 2013 – n° 12/03043).

Concernant les modalités de résidence de l'enfant, conformément à l'article 373-2-6 du Code civil « *le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ».

Plusieurs critères sont pris en considération pour mettre en place telle ou telle résidence à savoir la pratique réalisée par les parents avant la saisine, la distance entre les domiciles des époux, l'âge, le souhait exprimé par les enfants, etc.



b. Les effets patrimoniaux

1. Proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux

Conformément à l'article 257-2 du Code civil, « *à peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux* ».

L'article 1115 du code de Procédure Civile précise sur ce point que « *la proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux, prévue par l'article 257-2 du Code civil, contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les*

intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens ».

Les époux doivent ainsi formuler dès le stade de la procédure de divorce leurs éventuelles prétentions dans le cadre de la liquidation et du partage de leur régime matrimonial.

Rappelons qu'en la matière le juge aux affaires familiales dans le cadre de la procédure de divorce peut en application de l'article 267 du Code civil, « à défaut d'un règlement conventionnel par les époux » statuer « sur leurs demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis ».

Il statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux s'il est justifié par tous moyens des désaccords subsistants entre les parties, notamment en produisant :

« – une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire, indiquant les points de désaccord entre les époux ;

– le projet établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255.

Il peut, même d'office, statuer sur la détermination du régime matrimonial applicable aux époux ».

2. Date des effets du divorce

Conformément aux dispositions de l'article 262-1 du Code civil, « la convention ou le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :

- lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, à moins que cette convention n'en stipule autrement ;
- lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;
- lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.

À la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge ».

Il est donc possible pour l'un des époux de faire remonter dans le temps la date des effets du divorce au jour de la cessation de la collaboration entre les époux.

Il est de jurisprudence constante que la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration (Cass. civ., 1^{re} 31 mars 2010, pourvoi n° 08-20.729).

Ne constitue cependant pas un fait de collaboration le fait de procéder par voie de déclaration fiscale commune ou encore de maintenir en fonctionnement un compte joint (Civ.1^{re} 28 novembre 2002, pourvoi 01-10.105), pas plus d'ailleurs que de contribuer aux charges du mariage (Civ. 1^{re} 6 mars 2013, JurisData n° 2013-003934).

3. Révocation des donations et avantages matrimoniaux

Il est rappelé qu'en application de l'article 265 alinéa 1° du Code civil, le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents.

Toutefois, et selon l'alinéa 2 dudit article, le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, et des dispositions à cause de mort accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.

4. Prestation compensatoire

Aux termes de l'article 270 du Code civil « *le divorce met fin au devoir de secours entre époux.*

L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. »

Aux termes de l'article 271 du même code :

« La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

À cet effet, le juge prend en considération notamment :

- *la durée du mariage ;*
- *l'âge et l'état de santé des époux ;*
- *leur qualification et leur situation professionnelles ;*

- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa. »

Ainsi il doit être démontré que la rupture du mariage va créer une disparité dans les conditions de vie respectives qu'il convient de fixer au regard des critères donnés par l'article 271 du Code civil.

La prestation compensatoire est une spécificité du mariage, qui le distingue des autres modes de conjugalité.

Elle a un caractère forfaitaire et revêt une nature hybride, à la fois indemnitaire et alimentaire (Civ. 1^{re}, 27 juin 1985, pourvoi n° 84-14.663).

Ainsi, elle a pour objet non pas simplement d'assurer un minimum vital au conjoint créancier et de compenser la disparition du devoir de secours mais, en outre et de manière plus large, celle du devoir d'assistance, du devoir de cohabitation ou encore de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, autrement dit l'ensemble des obligations patrimoniales résultant des articles 212 et suivants du Code civil.

Ce disant, s'il ne s'agit pas d'assurer une parité des fortunes, pour autant il convient de compenser la disparité de situation matérielle lorsqu'elle existe et qui est notamment la conséquence des choix opérés par les époux et inhérents à la vie du couple marié pour permettre à l'autre de se consacrer à son travail et d'évoluer sur le plan social (Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, JurisData n° 2010-002957).

Une fois l'existence de la disparité établie et sa cause rattachée à la rupture du mariage il appartient en effet au juge de fixer le *quantum* de la prestation compensatoire en tenant compte de la situation des époux au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible, et donc notamment d'apprécier toutes les composantes du patrimoine des époux, en capital et revenus et quelle qu'en soit leur origine (Civ. 1^{re} 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-24.436).

Concernant la forme que peut revêtir la prestation compensatoire, l'article 274 du Code civil prévoit que la prestation compensatoire peut être acquittée par le versement d'un capital ou par l'attribution de biens en propriété ou par l'attribution temporaire ou viagère d'un droit d'habitation ou d'usufruit sur un bien.

Si le versement d'un capital est ordonné il est possible d'échelonner le paiement de la somme sur huit années en vertu de l'article 275 du Code civil qui dispose que « lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires.

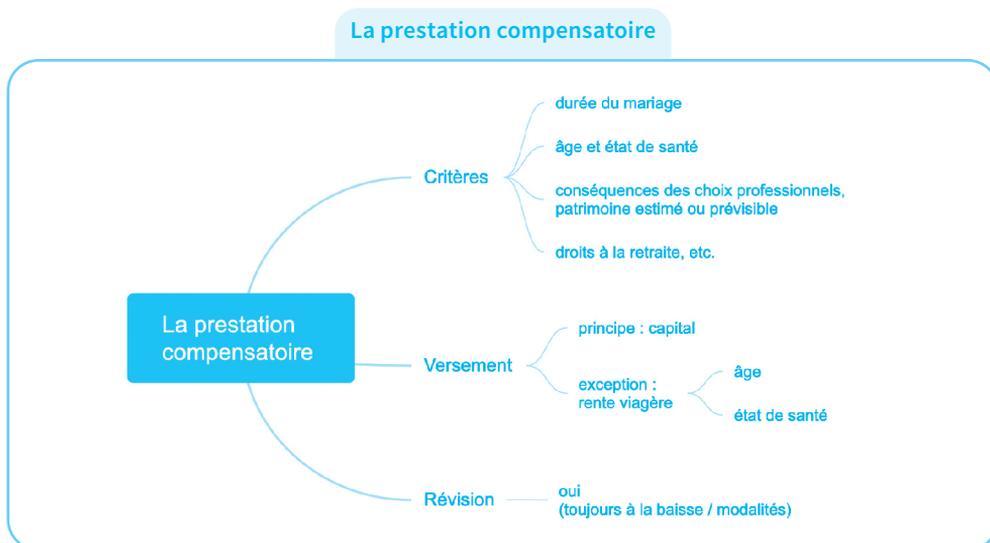
Le débiteur peut demander la révision de ces modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. À titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans ».

L'article 276 du même code prévoit qu'« à titre exceptionnel, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet plus de subvenir à ses besoins le juge peut par une décision spécialement motivée ordonner le versement de la prestation compensatoire sous la forme d'une rente viagère ».

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 a ouvert la possibilité de révision de la rente viagère versée à titre de prestation compensatoire puisque « la prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties.

La révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge » (article 276 du Code civil).

Enfin, notons qu'en application de l'article 276-4 du Code civil, si le paiement de la prestation compensatoire est ordonné sous forme de rente viagère le débiteur pourra à tout moment se libérer par un versement en capital.



5. Pension alimentaire pour les enfants

En fixant les modalités de résidence des enfants, le juge aux affaires familiales peut également fixer la contribution à l'entretien et l'éducation de ces derniers que devra l'un des parents à l'autre y compris en présence d'une résidence alternée.

Il convient de rappeler que les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour la détermination de la pension alimentaire en fonction des ressources des parents et des besoins de l'enfant (Cass. civ., 1^{re}, 3 mai 2009, n° 05.17.163 JurisData 2009-047352, Cass. civ., 1^{re}, 8 juin 2016, n° 14-26273 JurisData 2016 n° 011206).

À cet effet, le juge doit se placer à la date où il statue en considération des éléments dont il dispose (Cass. civ., 1^{re}, 18 janvier 2017, n° 2016-10.908 JurisData 2017-000663).

En vertu de ces dispositions, la jurisprudence considère de façon constante que les besoins de l'enfant ne sont pas fonction du coût strictement mathématique de son entretien mais du niveau économique et social qu'il est en droit d'attendre de ses parents (CA Paris – 22^e Ch – Sect. A 3.12.2003 22/20691).

À même titre, il doit être pris en considération l'âge de l'enfant dans l'appréciation de ses besoins.

Ainsi les besoins des adolescents et/ou jeunes adultes de 22 et 20 ans, sont nécessairement plus onéreux que ceux d'enfants âgés de 13, 11 ou 6 ans (CA Aix-en-Provence – 12 décembre 13 – 13/670 JurisData 2013-029116).

L'analyse de chaque situation se doit donc d'être réalisée en fonction des circonstances effectives ; la Cour de cassation censurant les décisions fondées sur la table de références publiée par le Ministère de la Justice (Cass. civ., 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-23.703 – JurisData n° 2013-023509- ou encore – Cass. civ., 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-25.301 – JurisData n° 2013-023208).

6. Allocations de dommages et intérêts

Deux fondements permettent dans le cadre d'une procédure de divorce de solliciter des dommages et intérêts.

Tout d'abord, l'article 266 du Code civil dispose que « *sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.*

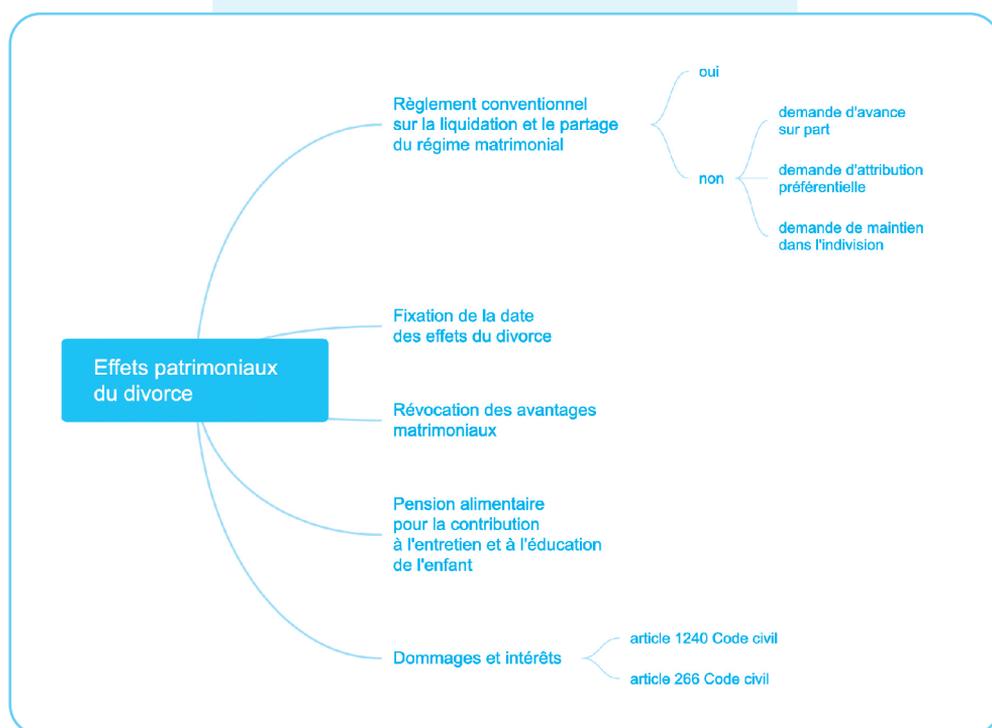
Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

L'article 1240 du Code civil complète : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Sur ces deux fondements, il a été jugé que l'adultère répété d'un des conjoints, le départ brutal du domicile conjugal ou le simple départ du domicile conjugal ainsi que les violences exercées ouvrent droit à des dommages et intérêts (Cass. civ., 1^{re}, 17 février 2004, n° 02-13.061 ; Cass. civ., 2^e, 30 novembre 2000, n° 98-19.141 ; Cass. civ., 2^e, 17 décembre 1998, n° 97-14.142).

Pour conclure, de nombreux autres effets sont issus de la dissolution du mariage pouvant donner lieu à des études séparées, il s'agit notamment d'effets fiscaux et sociaux.

Les effets patrimoniaux de la dissolution du mariage



D. L'ordonnance de protection

En 2019, 146 femmes sont décédées ensuite des violences commises par leur conjoint, partenaire, concubin ou ex-conjoint, ex-partenaire ou ex-concubin selon les données communiquées par le Ministère de l'intérieur.

Ce chiffre ne doit pas occulter une autre réalité, celle des violences intra-familiales commises quotidiennement.

Ces dernières années, de nombreuses réformes tant en droit interne qu'international sont intervenues afin de lutter contre ce type de violences.

Parmi ces mesures la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a institué aux articles 515-9 et suivants du Code civil l'ordonnance de protection, loi modifiée par la suite dans l'objectif de la rendre plus efficiente par la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 et n° 2020-936 du 30 juillet 2020.

Au niveau international il existe la convention d'Istanbul ratifiée par la France le 4 juillet 2014 et signée par l'Union Européenne le 13 juin 2017.

Ladite Convention a mis en évidence le statut des enfants témoins de violences conjugales.

Elle prend soin d'indiquer dans son préambule « *reconnaisant que les enfants sont des victimes de la violence domestique, y compris en tant que témoins de violence au sein de la famille* ».

Les destinataires d'une telle mesure (a), les conditions pour en bénéficier (b) ainsi que les mesures et leur durée seront étudiés successivement (c).

a. Les destinataires de l'ordonnance de protection

L'article 515-9 du Code civil dans sa version actuelle prévoit que « *lorsque les violences exercées au sein du couple, y compris lorsqu'il n'y a pas de cohabitation, ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin, y compris lorsqu'il n'y a jamais eu de cohabitation, mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection* ».

On observe ainsi que le premier cas envisagé est celui des violences réalisées au sein d'un couple qu'importe le mode de conjugalité qu'il s'agisse d'époux, de partenaires ou de concubins.

Le texte ne cantonne pas le bénéfice à la sphère des couples puisque la protection s'étend aux personnes qui, par le passé, l'ont été.

À cette fin, le texte prévoit le bénéfice de l'ordonnance pour les anciens époux, partenaires ou concubins.

La fin de la relation n'est donc pas un obstacle à la demande.

La formulation de l'article 515-9 justifie aussi que sont destinataires d'une ordonnance de protection les enfants également qu'ils soient ou non issus du couple puisque l'ordonnance est prévue si les violences mettent en danger « *la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants* ».

L'enfant visé par le texte peut être commun ou non, majeur ou mineur.

Le législateur permet ainsi d'une part aux membres d'une famille recomposée de bénéficier d'une telle protection et d'autre part au juge aux affaires familiales de prendre les mesures nécessaires quant aux modalités relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

Enfin, notons que l'ordonnance de protection a vocation à être prononcée en présence d'un majeur menacé de mariage forcé comme en dispose l'article 515-13 alinéa 1^{er} du Code civil : « *une ordonnance de protection peut également être délivrée en urgence par le juge à la personne majeure menacée de mariage forcé, dans les conditions fixées à l'article 515-10* ».

Peu importe le type d'union projetée (civile ou religieuse) ou le lieu de célébration du mariage envisagé (en France ou à l'étranger), la personne majeure pourra solliciter du juge aux affaires familiales une telle protection la majorité s'appréciant au jour de l'introduction de l'instance (circulaire civ/13/10, 1^{er} octobre 2010).

b. Les conditions au prononcé de l'ordonnance de protection

En premier lieu et ensuite des dernières réformes, les textes prévoient expressément que le bénéfice d'une ordonnance de protection n'est pas subordonné d'une part à la cohabitation (article 515-9 du Code civil) et d'autre part à une plainte pénale (article 515-10 du Code civil).

Si la première condition liée à la cohabitation pouvait poser difficulté en ce que certains modes de conjugalité imposent pour être qualifiés de tels une cohabitation (on pense aux règles en matière de concubinage), il n'en demeure pas moins que la seconde liée à l'absence de dépôt de plainte pénale n'a jamais été une condition nécessaire ni suffisante.

Cette nouvelle formulation traduit en réalité la volonté pour le législateur d'encourager les juges aux affaires familiales à délivrer les ordonnances de protection même en l'absence de dépôt de plainte, l'analyse des décisions rendues dans le ressort de chaque cour d'appel justifiant que les ordonnances étaient rarement accordées en l'absence de dépôt de plainte et *in fine*, de condamnation.

Pour bénéficier d'une ordonnance de protection, une double preuve doit être rapportée, il s'agit de celle de violences « *vraisemblables* » et de l'exposition à un danger comme en justifie la formulation de l'article 515-11 du Code civil : « *l'ordonnance de protection est délivrée, par le juge aux affaires familiales s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés* ».

Les deux conditions sont cumulatives et relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. civ., 1^{re}, 5 octobre 2016, n° 15-24.180).

Le danger doit également être actuel (Cass. civ., 1^{re}, 13 février 2020, n° 19-22.192).

Aussi un équilibre semble être trouvé entre la simple « *vraisemblance* » des violences et la preuve du caractère actuel du danger.

La preuve étant libre, les attestations de témoins, les échanges entre la victime et l'auteur des violences, les certificats médicaux (médecin traitant, psychologue, médecin légiste), les dépôts de plainte et condamnations, etc. sont autant de preuves pouvant être rapportées.

De même les violences prennent plusieurs formes puisqu'elles sont physiques, psychologiques/morales, économiques, sexuelles, etc.

Enfin, il existe une divergence de jurisprudences rendues en la matière concernant la protection des majeurs menacés d'un mariage forcé, certaines juridictions exigent en effet la preuve des deux conditions susmentionnées alors que d'autres conditionnent le prononcé d'une ordonnance de protection à la seule menace du mariage projeté (tribunal de grande instance de Pontoise, 12 mai 2014, RG n° 14/02434).

c. Les mesures et leur durée

Les mesures pouvant être prononcées par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une ordonnance de protection sont prévues à l'article 515-11 et suivants du Code civil.

Les mesures touchent à la personne à protéger et à l'auteur.

Le juge aux affaires familiales peut notamment :

« 1° *Interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge aux affaires familiales, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ;*

1° bis Interdire à la partie défenderesse de se rendre dans certains lieux spécialement désignés par le juge aux affaires familiales dans lesquels se trouve de façon habituelle la partie demanderesse ;

2° Interdire à la partie défenderesse de détenir ou de porter une arme et, le cas échéant, lui ordonner de remettre au service de police ou de gendarmerie qu'il désigne les armes dont elle est détentrice en vue de leur dépôt au greffe ; Lorsque l'ordonnance de protection édicte la mesure prévue au 1°, la décision de ne pas interdire la détention ou le port d'arme est spécialement motivée ;

2° bis Proposer à la partie défenderesse une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ou un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte

contre les violences au sein du couple et sexistes. En cas de refus de la partie défenderesse, le juge aux affaires familiales en avise immédiatement le procureur de la République ;

3° Statuer sur la résidence séparée des époux. La jouissance du logement conjugal est attribuée, sauf ordonnance spécialement motivée justifiée par des circonstances particulières, au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences, et ce même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence. Dans ce cas, la prise en charge des frais afférents peut être à la charge du conjoint violent ;

4° Se prononcer sur le logement commun de partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou de concubins. La jouissance du logement commun est attribuée, sauf ordonnance spécialement motivée justifiée par des circonstances particulières, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou au concubin qui n'est pas l'auteur des violences, et ce même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence. Dans ce cas, la prise en charge des frais afférents peut être à la charge du partenaire ou concubin violent ;

5° Se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et, au sens de l'article 373-2-9, sur les modalités du droit de visite et d'hébergement, ainsi que, le cas échéant, sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle au sens de l'article 515-4 pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ; Lorsque l'ordonnance de protection édicte la mesure prévue au 1° du présent article, la décision de ne pas ordonner l'exercice du droit de visite dans un espace de rencontre désigné ou en présence d'un tiers de confiance est spécialement motivée ;

6° Autoriser la partie demanderesse à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile chez l'avocat qui l'assiste ou la représente ou auprès du procureur de la République près le tribunal judiciaire pour toutes les instances civiles dans lesquelles elle est également partie. Si, pour les besoins de l'exécution d'une décision de justice, l'huissier chargé de cette exécution doit avoir connaissance de l'adresse de cette personne, celle-ci lui est communiquée, sans qu'il puisse la révéler à son mandant ;

6° bis Autoriser la partie demanderesse à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile pour les besoins de la vie courante chez une personne morale qualifiée ».

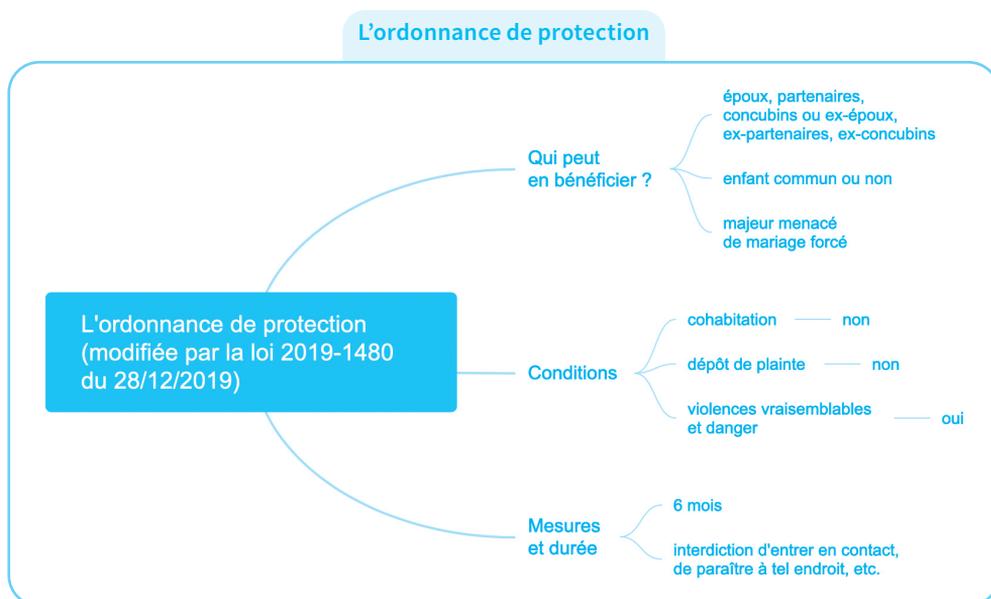
L'article 515-11-1 du même code complète et permet au juge aux affaires familiales de faire interdiction à la partie défenderesse de « se rapprocher de la partie demanderesse à moins d'une certaine distance qu'il fixe et ordonner, après avoir recueilli le consentement des deux parties, le port par chacune d'elles d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement permettant à tout moment de signaler que la partie défenderesse ne respecte pas cette distance ».

Concernant la durée des mesures en application de l'article 515-12 du même code, elles sont prises pour une durée maximale de six mois et peuvent être prolongées si, durant ce délai, une demande en divorce ou en séparation de corps a été déposée ou si le juge aux affaires familiales a été saisi d'une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale.

Concernant les situations de risque de mariage forcé, seules les mesures prévues au 1°, 2°, 6° et 7° de l'article 515-11 du Code civil sont applicables.

Dans cette situation, le juge aux affaires familiales peut également sur le fondement de l'article 515-13 du Code civil « ordonner, à sa demande, l'interdiction temporaire de sortie du territoire de la personne menacée ».

Enfin, remarquons qu'un certain nombre de règles en matière pénale a été institué à même occasion que les différentes modifications intervenues concernant l'ordonnance de protection qui elles, concernent le volet civil du droit.



La filiation

Il existe en droit français plusieurs modes d'établissement de la filiation. La filiation par procréation (chapitre 1) coexiste aux côtés de celles issues de l'adoption (chapitre 2) ou des règles applicables en matière de procréation médicalement assistée (chapitre 3).

La filiation par procréation

Il s'agit ici d'analyser l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et ses père et mère (A) mais aussi sa contestation (B).

A. L'établissement du lien de filiation

L'établissement du lien de filiation peut être non contentieux (a) ou contentieux (b).

a. L'établissement non-contentieux du lien de filiation

Classiquement, il existe trois voies présentes en droit français pour établir sa filiation. Il s'agit de l'effet de la loi, de la reconnaissance et de la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Il convient d'évoquer ces dernières tant concernant la filiation maternelle que paternelle.

1. La filiation maternelle

■ *L'effet de la loi*

Selon la locution latine *mater semper certa est* (l'identité de la mère est toujours certaine), la mère est celle qui accouche de l'enfant.

L'article 311-25 du Code civil dispose ainsi que « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

L'article 310-3 du même code précise en outre concernant la preuve de la filiation qu'elle est établie par l'acte de naissance de l'enfant.

Il suffit donc pour la mère que son nom apparaisse dans l'acte de naissance qui sera dressé ensuite de l'accouchement pour que le lien de filiation soit établi sauf à ce que la personne qui accouche souhaite se prévaloir des règles applicables en matière d'accouchement sous X.

■ La reconnaissance

La reconnaissance n'est possible que si la filiation maternelle n'est pas établie par effet de la loi (article 316 du Code civil).

Nous pouvons penser ici à la volonté d'une mère d'établir sa filiation avant la naissance de l'enfant, la reconnaissance pouvant en effet intervenir de manière prénatale, au jour de la naissance ou postérieurement à la naissance de l'enfant.

La mère n'aura vocation à établir son lien de filiation en amont de la naissance qu'à l'occasion d'un enfant issu d'un inceste, ce dernier ne pouvant avoir qu'un lien de filiation, celui qui sera établi en premier par le père ou la mère.

Une autre hypothèse est la reconnaissance effectuée postérieurement à la naissance, la mère ayant confié l'enfant aux services sociaux compétents puis ayant décidé de se rétracter en temps utile.

■ La possession d'état

La possession d'état est un fait juridique, qu'on oppose au titre juridique dans l'établissement de la filiation c'est-à-dire à l'acte de naissance et l'acte de reconnaissance. Il s'agit d'une vérité sociologique.

L'article 311-1 du Code civil dispose que « *la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.*

Les principaux de ces faits sont :

1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents;

2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation;

3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille;

4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique;

5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ».

Il s'agit là des critères qualifiés par les mots latins du *nomen* (nom) de la *fama* (réputation) et du *tractatus* (traitement).

En vertu de l'article 311-2 du même code, la possession d'état doit être continue, publique, paisible et non équivoque.

En théorie, la filiation maternelle peut résulter de la possession d'état consistant à demander un acte de notoriété à la juridiction mais cela ne se retrouve que de manière exceptionnelle dans la pratique.

Ce mode d'établissement a été tenté par des couples de femmes mariées ou de concubines dont l'une avait déjà sa filiation établie à l'égard de l'enfant mais les juridictions ont refusé ce procédé pour établir la filiation à l'égard de l'autre membre du couple (Cass. civ., 1^{re}, 7 mars 2018, n° 17-70.039).

2. La filiation paternelle

■ Effet loi

Pater ris est quem nupti demonstrant : le père est celui que le mariage désigne.

Cette locution latine traduit en elle-même le principe de droit existant en droit français concernant l'établissement de la filiation paternelle par l'effet de la loi.

Le mari dispose d'une présomption de paternité présente à l'article 312 du Code civil selon lequel « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

L'enfant peut ainsi être conçu avant le mariage mais né pendant le mariage, conçu et né pendant le mariage ou conçu pendant le mariage mais né postérieurement à la dissolution de ce dernier.

Par application de l'article 311 du Code civil, « *la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingt-tième 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* ».

Il s'agit ici d'une présomption simple, c'est-à-dire que le mari peut justifier par exemple par des documents médicaux que l'enfant a été conçu en dehors du laps de temps susmentionné (grand-prématuré par exemple).

Il suffit donc que le nom du mari apparaisse dans l'acte de naissance pour que la filiation soit établie à son égard.

La présomption de paternité est écartée si l'acte de naissance de l'enfant ne porte pas cette mention (article 313 du Code civil).

Elle est également écartée lorsque les époux ont été légalement autorisés à résider séparément.

On pense ici à l'introduction d'une demande en divorce, l'article 313 susmentionné précisant sur ce point : « *elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après*

la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».

Depuis le 1^{er} janvier 2021, ledit article est libellé comme suit « *la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après l'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps ou après le dépôt au rang des minutes d'un notaire de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».*

La présomption de paternité peut cependant être rétablie si deux conditions cumulatives sont réunies en vertu de l'article 314 du Code civil à savoir si l'enfant a une possession d'état à l'égard du mari et l'enfant n'a pas de filiation paternelle établie à l'endroit d'un tiers.

Le rétablissement de la présomption de paternité s'effectue par la demande d'un acte de notoriété constatant la possession d'état.

■ **Reconnaissance**

Un père aura recours à la reconnaissance dans plusieurs hypothèses. La première et la plus courante concerne la situation où le bénéfice de la présomption de paternité ne joue pas en raison de l'absence de mariage contracté.

La seconde, à titre d'exemple, consiste à effectuer une reconnaissance lorsque la présomption de paternité est écartée ce qui permet d'éviter une procédure en rétablissement de cette dernière.

La reconnaissance est expressément visée par l'article 316 du Code civil qui dispose que « *lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ».*

La reconnaissance est un acte personnel, unilatéral, discrétionnaire et définitif.

Cela signifie que la reconnaissance ne peut être effectuée que par celui qui entend se prévaloir de sa paternité à l'égard de l'enfant, sans devoir recueillir en amont le consentement de telle ou telle personne (autre parent, enfant, etc.).

De même, aucune obligation d'effectuer une reconnaissance ne pèse sur le prétendu père sous réserve de l'action éventuelle en recherche de paternité.

Enfin, une fois l'acte de reconnaissance réalisé, elle devient définitive sauf à contester judiciairement la filiation établie.

La reconnaissance prend la forme d'un acte authentique ou résulte d'un aveu de paternité judiciairement constaté et est reçu par l'officier de l'état civil qui se verra remettre à cette occasion un certain nombre de document lié à l'état civil de la personne.

Le notaire peut également réceptionner un tel acte.

Aucune reconnaissance ne sera cependant possible si une filiation est déjà établie et ce en vertu de l'article 320 du Code civil prévoyant 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* ».

Il s'agit de l'hypothèse où une reconnaissance a été effectuée en amont par un autre homme ou encore si une personne souhaite procéder à une reconnaissance alors que la mère de l'enfant est liée par les liens du mariage avec un autre homme (la présomption de paternité prime en effet sur la reconnaissance).

Dans ces hypothèses, l'officier de l'état civil en avise le Procureur de la République qui agira en contestation de telle ou telle filiation.

De même, en présence d'un enfant issu d'un inceste, seule une filiation peut être établie ; soit par la mère, soit par le père.

■ Possession d'état

Conformément à l'article 310-1 du Code civil, « *la filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété* ».

Cette hypothèse se retrouve en réalité lorsque la présomption de paternité a été écartée et que l'enfant n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance.

Prenons l'exemple d'un homme qui n'est pas lié par les liens du mariage et décède avant la naissance de l'enfant sans l'avoir reconnu préalablement.

La filiation pourra tout de même être établie par le biais de la possession d'état.

Rappelons que la possession d'état doit réunir trois éléments le comportement de l'homme agissant comme un père à l'égard de l'enfant (tractatus), la reconnaissance dans la sphère publique du lien père/enfant (fama) et enfin l'utilisation du nom (nomen).

Ces trois éléments ne doivent pas forcément être réunis, ils ne sont donc pas cumulatifs (Cass. civ., 1^{re}, 5 mars 2008, n° 06-21.031).

La possession d'état peut être anténatale, le père ayant pu, par son comportement antérieur à la naissance de l'enfant s'être comporté en cette qualité

(investissement dans les étapes de la grossesse, achat d'effets à destination de l'enfant à naître, etc.).

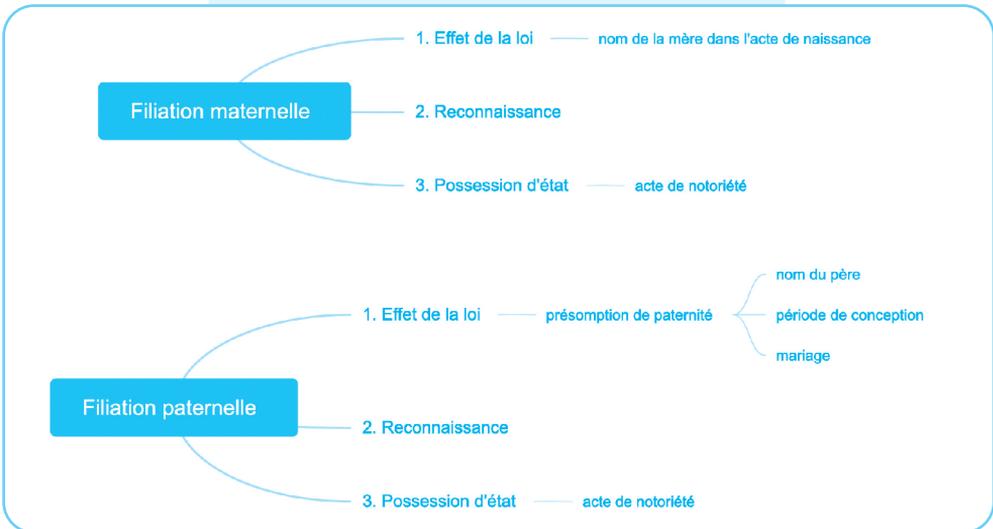
La possession d'état doit être continue, publique, paisible et non équivoque en application de l'article 311-2 du Code civil.

Enfin, et par application de l'article 317 du Code civil, l'acte de notoriété peut être sollicité par les parents (ensemble ou séparément) ou l'enfant, l'acte étant dressé par le notaire en présence de deux témoins attestant de la réalité de la possession d'état alléguée.

L'article susmentionné précise en outre que « *la délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance* ».

La filiation est par suite mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

L'établissement non-contentieux du lien de filiation



b. L'établissement contentieux du lien de filiation

Trois actions existent en droit français aux fins d'établir une filiation. L'action en recherche de maternité/paternité (1), l'action en rétablissement de la présomption de paternité (2) et l'action en constatation de la possession d'état (3).

1. L'action en recherche de maternité et de paternité

L'action en recherche de maternité est prévue à l'article 325 du Code civil qui dispose qu'à « *défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise* ».

Il s'agit là de plusieurs hypothèses.

Rappelons que l'accouchement sous X ne fait pas obstacle à une telle action, la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 relative à la filiation, a supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité à l'encontre de la femme ayant accouché dans le secret.

Encore faut-il dans cette hypothèse que l'enfant puisse identifier sa mère biologique ce qui en pratique constitue un obstacle de fait par la nature même du procédé et des règles applicables à l'accouchement dans l'anonymat.

Cette procédure aura également vocation à se retrouver en pratique en cas de substitution d'enfant qui correspond à la situation où deux nouveaux ont été échangés à la maternité que ce soit volontairement ou non.

Il s'agit également de l'hypothèse de la supposition d'enfant qui est la situation où la mère n'est pas celle qui a accouché de l'enfant (enlèvement de l'enfant à la naissance, gestation pour autrui, etc.).

Concernant le père l'action est prévue à l'article 327 du même code et se retrouve dans le cas d'un enfant né hors mariage qui ne possède pas de possession d'état et dont le père n'a procédé à aucun acte de reconnaissance.

L'action est réservée à l'enfant (article 325 et 326 du Code civil) étant précisé que « *le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité* ». « *L'action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. À défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'État* ».

L'action est enfermée dans un délai de dix années, suspendu pendant la minorité de l'enfant qui pourra alors agir jusqu'à ses 28 ans comme en dispose l'article 321 du Code civil (« *sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* »).

Une telle action n'est pas possible si une première filiation paternelle ou maternelle est déjà établie, il faudra dans cette hypothèse contester la première filiation avant d'établir la seconde projetée.

Enfin, concernant la preuve à rapporter, elle est libre et une expertise biologique (art. 16 du Code civil) est de droit en matière de filiation (*Cass. civ., 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806*). L'expertise peut même être dirigée le cas échéant envers un membre de la famille notamment en raison du décès de la personne dont l'établissement du lien est recherché : *Cass. civ., 1^{re}, 03 mars 2021, n° 19-21.384*).

2. L'action en rétablissement de la présomption de paternité

En application de l'article 329 du Code civil, « *lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité* ».

Cette action est en réalité rare puisqu'une reconnaissance peut être effectuée ce qui a l'avantage de la rapidité et du coût moins élevé.

La preuve en la matière est libre étant rappelé que l'expertise biologique est de droit.

Si l'action aboutie, la filiation sera établie rétroactivement à l'égard de l'enfant depuis sa naissance.

3. L'action en constatation de la possession d'état

L'action en constatation de la possession d'état n'est pas à confondre avec l'action en contestation de la possession d'état.

La première qui concerne la présente partie a pour finalité d'établir un lien de filiation avec un homme ou une femme, mariés ou non.

En pratique, il s'agit de pouvoir établir un lien de filiation avec un homme décédé avant que sa filiation n'ait été établie.

L'article 330 du Code civil prévoit ainsi que « *la possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu* ».

Cette action est nécessaire dans l'hypothèse où le délai de cinq années afférent à l'obtention d'un acte de notoriété est dépassé ou lorsque l'acte a été refusé.

L'action peut être intentée par l'enfant représenté par son représentant légal auquel cas, un administrateur *ad hoc* représentant l'intérêt de l'enfant pourra être nommé.

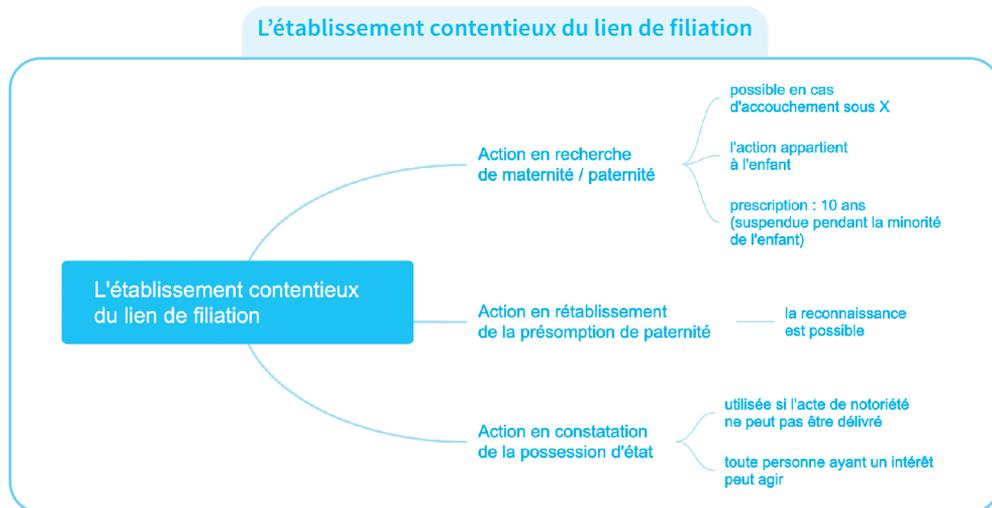
Le parent à l'égard duquel la filiation est établie peut également agir ainsi que toute personne ayant un intérêt (on pense ici aux grands-parents).

Concernant le délai de dix années tel que susmentionné, il est suspendu à l'égard de l'enfant pendant sa minorité.

La preuve à rapporter est une preuve sociologique et non de vérité biologique selon les critères de la possession d'état déjà développés.

Le jugement rendu aura alors s'il consacre la possession d'état pour effet d'établir le lien de filiation rétroactivement au jour de la naissance de l'enfant et même en amont s'il est de l'intérêt de l'enfant selon la maxime *infans conceptus*

pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur ce qui a un intérêt particulier ici puisque l'enfant pourra alors hériter du père décédé avant sa naissance.



B. La contestation de la filiation

En vertu du principe chronologique posé à l'article 320 du Code civil, il est nécessaire de contester une filiation avant de pouvoir en établir une seconde. Deux actions coexistent selon la situation, la première est l'action en contestation de la filiation maternelle/paternelle (a) et la seconde l'action en contestation de la possession d'état (b).

a. L'action en contestation de la filiation maternelle/paternelle

Deux situations doivent être distinguées : celle où il y a un titre (acte de naissance, reconnaissance ou présomption légale) corroboré par une possession d'état de celle non-corroborée par une possession d'état.

1. Titre corroboré par la possession d'état

Il s'agit ici de l'hypothèse où l'un des parents qui possède un titre, par exemple la situation d'un homme qui, non marié, a reconnu l'enfant s'est également comporté comme tel.

L'article 332 du Code civil dispose ainsi que « *la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ».

Il est complété quant aux modalités de l'action par l'article 333 du même code : « *lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit*

par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

L'enfant (représenté durant sa minorité), l'un des parents ou celui qui se prétend être le parent véritable peuvent donc agir d'un un délai de cinq années à compter de la cessation de la possession d'état (décès, séparation des parents, etc.).

Concernant ce délai, les dernières évolutions jurisprudentielles tendent à admettre l'action intentée postérieurement au délai susmentionné sur le fondement du contrôle de conventionnalité (respect de la vie privée et familiale et intérêt supérieur de l'enfant) : (Cass. civ., 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-21.095).

La preuve à rapporter est ici la vérité biologique étant rappelé que l'expertise biologique est de droit (Cass. civ., 1^{re}, 2 avril 2008, n° 06-10.256 ; Cass. civ., 1^{re}, 12 octobre 2011, n° 10.23.071) et que celui qui demande ladite expertise n'a pas à prouver au préalable l'existence de présomptions ou d'indices de nature à établir ou infirmer la filiation litigieuse (Cass. Ass. Plén. 23 novembre 2007, n° 05-17.975).

S'il est fait droit à la demande, la filiation est annulée rétroactivement ce qui peut avoir des effets importants (demande de remboursement des éventuelles pensions versées pour l'enfant, changement de nom de l'enfant, etc.).

Tout lien entre l'enfant et la personne dont la filiation a été annulée n'est cependant pas rompu puisque l'article 337 du Code civil donne la faculté au juge « *lorsqu'il accueille l'action en contestation, dans l'intérêt de l'enfant, de fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait* ».

2. Titre non-corroboré par la possession d'état

Ici, le parent ne s'est pas comporté à l'égard de l'enfant comme tel ce qui explique l'admission plus large de l'action que ce soit concernant les personnes pouvant introduire l'action ou du délai même de l'action en contestation.

L'article 334 du Code civil prévoit « *à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321* ».

L'article 321 du même code complète en prévoyant que « *sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ».

On voit ici que l'action peut être engagée par toute personne ayant un intérêt et non plus par une liste de personnes déterminées (ce qui peut avoir un intérêt dans le cadre de procédure en matière successorale) et ce, dans un délai de dix années.

La preuve à rapporter est cependant la même et selon les mêmes conditions et les effets sont similaires.

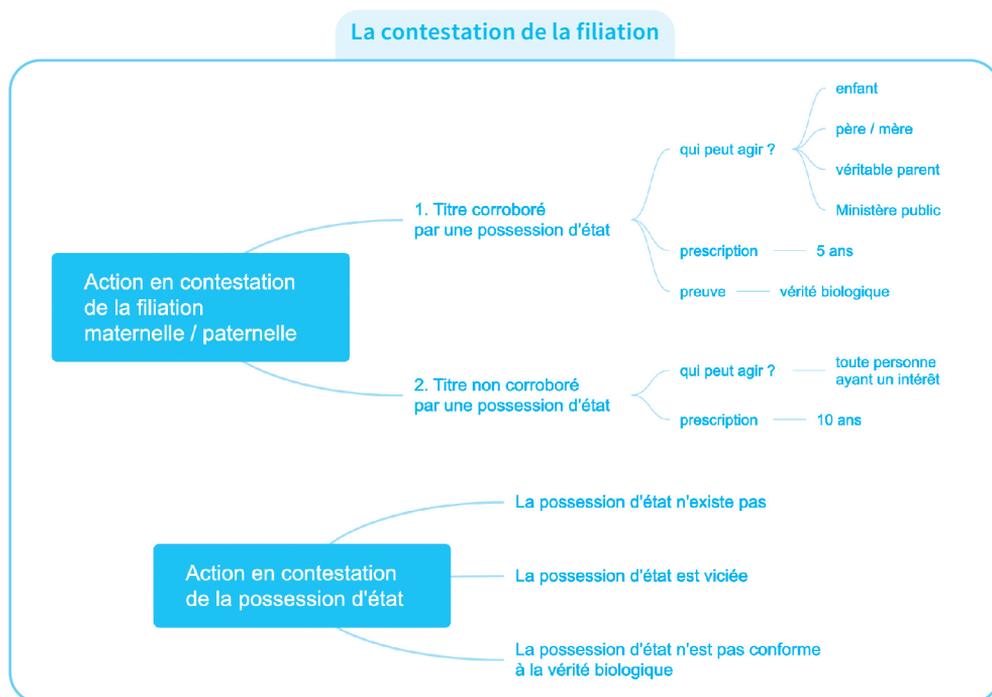
b. L'action en contestation de la possession d'état

Cette action a pour objectif de contester la filiation établie ensuite de la délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état.

Les modalités de mise en œuvre de ladite action sont prévues à l'article 335 du Code civil selon lequel « *la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte* ».

Pour obtenir la nullité il faut donc démontrer que la possession d'état n'existe pas, qu'elle est viciée ou qu'elle n'est pas conforme à la vérité biologique.

De la même manière, si l'action prospère alors la filiation est anéantie rétroactivement et emporte les mêmes conséquences que celles susmentionnées.



La filiation par adoption

En France, le Code civil connaît deux types d'adoption : la simple et la plénière. Il est également possible d'effectuer une division supplémentaire en raison des règles particulières qui régissent l'adoption de l'enfant du conjoint.

Afin d'appréhender tant les règles régissant ces dernières que leurs différences, seront étudiés les conditions de l'adoption (A), les personnes pouvant être adoptées (B), la procédure (C) ainsi que les effets attachés à l'adoption (D).

A. Les conditions à l'adoption

En la matière, il est d'habitude de citer les mots du Premier consul, Napoléon BONAPARTE qui affirmait en son temps que « *l'adoption est une fiction qui singe la nature* ».

S'agissant d'une vérité affective et non biologique, le législateur s'est intéressé aux conditions de l'adoption qu'elles soient liées à la personne de l'adoptant (a) ou de l'adopté (b).

a. Les conditions liées à l'adoptant

Les conditions touchant à l'adoptant sont similaires dans les deux types d'adoption connues en droit français : la simple et la plénière, le Code civil fonctionnant à cet égard par des renvois aux textes applicables de l'une des adoptions à l'autre.

L'article 346-1 du Code civil concernant l'adoption plénière applicable à l'adoption simple en vertu du renvoi effectué par l'article 361 du même code prévoit : « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

Cette condition fait l'objet d'une révision puisque le 4 décembre 2020, l'assemblée nationale a adopté une proposition de loi prévoyant en son

deuxième article la possibilité pour les partenaires et les concubins de recourir à l'adoption. Ce projet de loi précise également que la communauté de vie doit être d'une année ou que les membres du couple doivent être âgés de plus de vingt-six ans.

Ces modifications sont également liées à l'évolution de la société puisque l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a ouvert à même occasion la possibilité pour ces derniers de recourir à l'adoption.

Le réel désamour du mariage et la présence, toujours croissante de partenaires et concubins qui cumulent parfois de nombreuses années de vie commune ont également affaibli la condition liée au mariage.

Concernant l'adoption par les époux, actuellement et comme en dispose l'article 343 du Code civil le mariage doit avoir duré plus de deux années ou alors les époux doivent être respectivement âgés de plus de vingt-huit ans.

Il est également possible pour une personne d'adopter seule sans être liée nécessairement par les liens du mariage à la condition que l'adoptant soit âgé de plus de vingt-huit ans (article 343-1 du Code civil).

Cette condition d'âge est supprimée dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant de son conjoint comme en dispose l'article 343-2 du Code civil : « *la condition d'âge prévue à l'article précédent n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint* ».

Parallèlement, l'adoptant doit justifier d'un écart d'âge de 15 ans avec l'enfant qu'il souhaite adopter, cette différence étant rapportée à dix années en cas d'adoption de l'enfant du conjoint (article 344 du Code civil) et ce, sauf autorisation du tribunal.

Enfin, rappelons que l'adoptant marié peut adopter seul à la condition qu'il obtienne en amont « *le consentement de son conjoint* » sauf si l'autre conjoint est « *dans l'impossibilité de manifester sa volonté* » (article 343-1 du Code civil).

b. Les conditions liées à l'adopté

Ici, la distinction entre l'adoption simple et l'adoption plénière est nécessaire.

1. L'adoption plénière

L'article 345 du Code civil prévoit les conditions qui concernent l'enfant adopté.

On relève ainsi que « *l'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois* ».

Il est également possible d'adopter de manière plénière un enfant âgé de plus de quinze ans s'il « a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter » ou « s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge ».

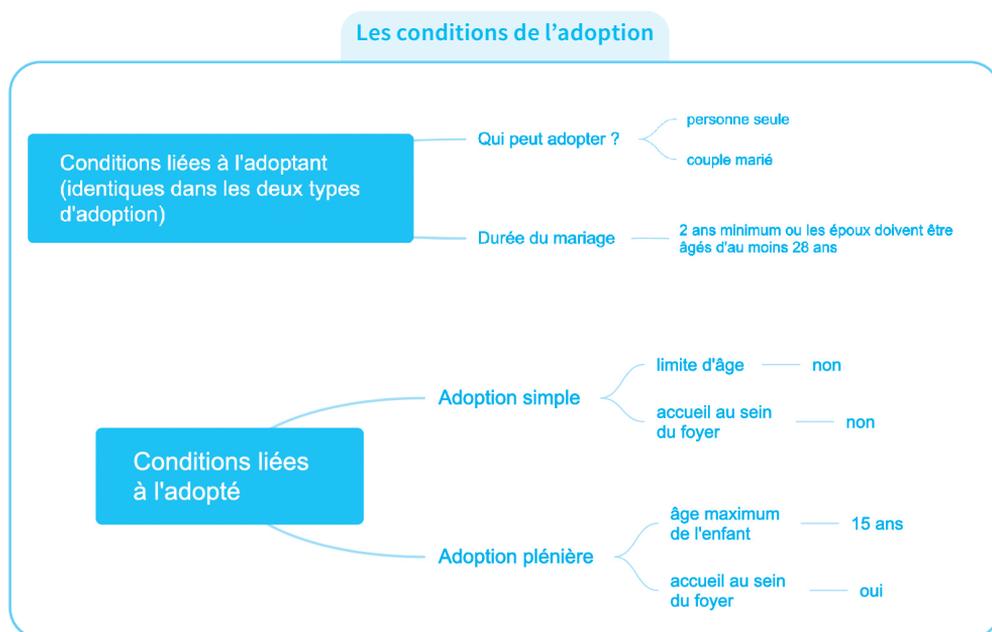
Dans ces deux hypothèses, l'enfant pourra être adopté si les conditions sont remplies « pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité ».

Notons que l'enfant âgé de plus de treize ans doit consentir à son adoption et peut être entendu par les juridictions. Le consentement est donné devant le Notaire.

2. L'adoption simple

À l'inverse de l'adoption plénière, l'adoption simple n'est conditionnée par aucune limite d'âge, une personne majeure pouvant faire l'objet d'une adoption.

L'article 360 du Code civil prévoit en effet que « l'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté ».



De la même manière, l'adopté âgé de plus de treize ans doit consentir personnellement à son adoption.

On observe également que les conditions liées à l'accueil au sein du foyer de l'adopté et présentes dans le cadre de l'adoption plénière ne se retrouvent pas concernant l'adoption simple.

Si l'enfant adopté est mineur alors il doit s'agir des enfants adoptables visés à l'article 347 du Code civil.

B. Les enfants adoptables

Les enfants pouvant faire l'objet d'une adoption sont divisés en trois catégories par application de l'article 347 du Code civil. Il s'agit des enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption (a), des pupilles de l'État (b) ainsi que des enfants déclarés abandonnés (c).

a. Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption

Les parents à l'égard desquels l'enfant a sa filiation établie doivent consentir à l'adoption de ce dernier. Si un seul des parents a son lien de filiation établi alors seul son accord est requis. Si les parents sont décédés alors le conseil de famille doit valablement consentir à l'adoption de l'enfant (articles 348 et suivants du Code civil).

Le consentement est exprimé et recueilli devant le notaire ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français (article 348-3 du Code civil).

Si l'enfant est âgé de moins de deux années alors il doit impérativement avoir été remis aux services de l'aide sociale à l'enfance avant de pouvoir être adopté sauf si l'adoption est envisagée par un membre de la famille jusqu'au sixième degré (article 348-5 du Code civil).

Notons que le consentement à l'adoption peut faire l'objet d'une rétractation en application de l'article 348-3 du Code civil : *« le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation ».*

Des règles particulières régissent l'adoptabilité de l'enfant du conjoint.

À ce titre et visant expressément l'adoption plénière, l'article 345-3 du Code civil précise que *« l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise dans quatre hypothèses à savoir lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ; lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale et lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».*

b. Les pupilles de l'État

Les enfants pupilles de l'État sont ceux visés par l'article L. 224-4 du code de l'action sociale et des familles.

Ce dernier prévoit que « sont admis en qualité de pupille de l'État :

1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois;

2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois;

3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent;

4° Les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre 1^{er} du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois;

5° Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 dudit code;

6° Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application des articles 381-1 et 381-2 du Code civil ».

Conformément à l'article L. 224-8 du même code, un arrêté du président du conseil départemental est nécessaire pour que l'enfant soit considéré comme pupille de l'État, cet arrêté pouvant faire l'objet d'un recours dans les conditions et par les personnes visées au même article étant précisé que le recours n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.

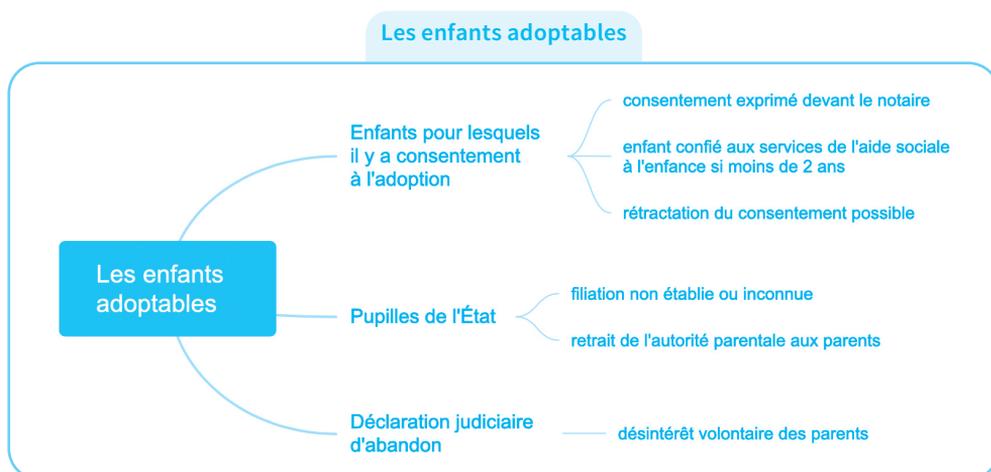
c. Les enfants ayant fait l'objet d'une déclaration judiciaire de délaissement

La loi 2016-297 du 14 mars 2016 a substitué la notion de « délaissement » à celle « d'abandonné ».

Un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit (article 381-1 du Code civil).

L'article 381-2 du même code complète et justifie de l'absence de marge d'appréciation du tribunal judiciaire compétent pour déclarer l'enfant délaissé puisque si les conditions légales sont réunies, la déclaration s'impose à la juridiction et ce, alors même que l'article prend soin d'exposer des situations qui ne peuvent justifier un refus.

On retrouve ainsi « *la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant* ».



C. La procédure d'adoption

Deux phases, la première administrative, la seconde judiciaire coexistent.

La condition requise pour pouvoir adopter un enfant est l'obtention d'un agrément dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant (article 353-1 du Code civil).

Il est cependant possible pour la juridiction de passer outre le refus de l'agrément si elle « *estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt* » (article 353-1 du Code civil).

La procédure en vue de l'obtention de l'agrément est définie aux articles L. 225-1 et R. 225-1 du code de l'action sociale et des familles.

À titre liminaire, il convient de relever que l'homosexualité d'une personne ne peut pas constituer un motif de refus d'agrément.

Cette position est aujourd'hui acquise ensuite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme par un arrêt de grande chambre en date du 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, Mme E.B. c/ France

relatif au refus opposé à la demande d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant présentée par une personne homosexuelle.

Dans cet arrêt la Cour européenne a précisé que si l'article 8 de la convention ne comporte pas un droit d'accès à l'adoption par une personne célibataire, la France est allée au-delà de ses obligations en créant dans sa législation un tel droit devant faire l'objet de l'application du principe posé par l'article 8 de la convention (droit au respect de la vie privée) et que par conséquent, la France doit garantir sans discrimination le droit de demander l'agrément en vue d'adopter.

Concernant l'obtention de l'agrément, la première étape consiste pour le demandeur à présenter une demande d'agrément au président du conseil général du département où il réside puis de confirmer sa demande qui ouvrira un délai de 9 mois dans lequel sa candidature doit être examinée consistant à vérifier ses capacités d'accueil et éducationnelles. Si l'agrément est délivré, sa validité sera de cinq années.

La deuxième étape consiste à ce que le conseil général vérifie qu'il y ait un enfant adoptable étant précisé qu'à compter de l'obtention d'un agrément le candidat doit confirmer chaque année qu'il maintient son projet d'adoption et ce, en raison des délais particulièrement conséquents en la matière.

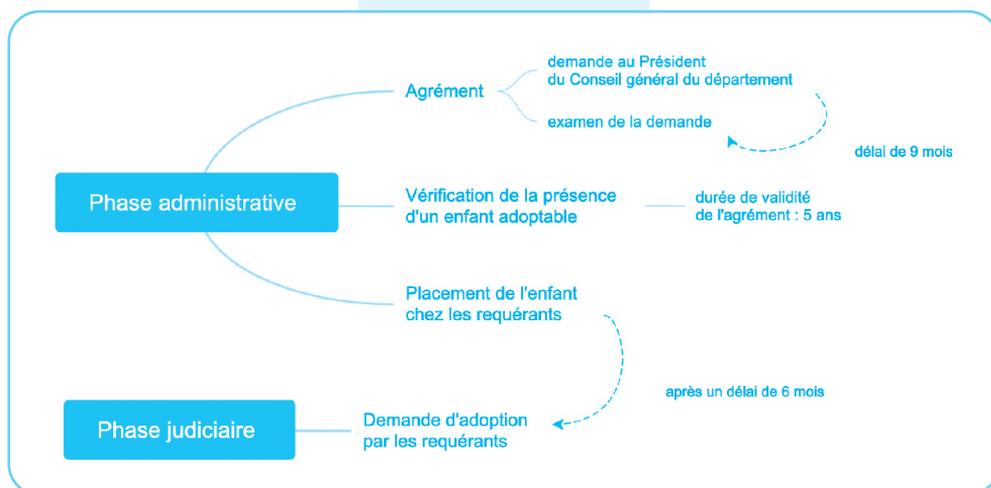
Si un enfant est adoptable, il sera placé chez le/les demandeur(s) en vue de son adoption ce qui aura pour effet de transférer l'exercice de l'autorité parentale à l'adoptant par le biais d'une délégation d'autorité parentale émanant du conseil général.

Le placement prend fin par le prononcé du jugement d'adoption.

Une fois que le placement en vue d'une adoption aura duré six mois l'adoptant devra saisir le tribunal judiciaire d'une demande d'adoption de l'enfant qui lui a été confié, il s'agit là de la phase judiciaire.

Le tribunal judiciaire va vérifier si les conditions d'adoption sont réunies et sa conformité à l'intérêt de l'enfant.

La procédure d'adoption



D. Les effets de l'adoption

L'adoption simple (a) n'emporte pas les mêmes effets que l'adoption plénière (b).

a. Les effets de l'adoption simple

Les effets attachés à l'adoption visée sont exposés aux articles 363 à 370-2 du Code civil.

On apprend notamment que :

- l'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Si l'adopté est majeur, il doit consentir à cette adjonction ;
- lorsque l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartiennent à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans ;
- en cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté à celui de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans la limite d'un nom. Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé et l'ordre des noms adjoints appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté.

Par ailleurs, l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires et les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.

L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits liés à l'autorité parentale, notamment celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

En raison du renvoi opéré par l'article 361 à l'article 357 du Code civil, au moment de l'adoption les requérants peuvent demander à la juridiction une modification des prénoms de l'enfant adopté en la forme simple.

Concernant l'adoption simple, l'article 370 du Code civil dispose que le jugement d'adoption simple est « révoquant à la demande de l'adoptant ou de l'adopté pour motifs graves rendant intolérable le maintien du lien créé par l'adoption ».

Pour illustrer la Cour d'Appel de Nancy par un arrêt en date du 20 septembre 2013 (n° 13/01775) a fait droit à une demande de révocation de l'adoption simple formée par le père biologique. L'enfant, âgé de douze ans a été adopté par le mari de la mère qui ensuite du divorce s'est complètement désintéressé de l'enfant.

b. Les effets de l'adoption plénière

Ici, il convient de mettre en avant les différences notoires entre les effets de l'adoption simple et ceux de l'adoption plénière présents aux articles 355 et suivants du Code civil.

L'adoption plénière vient rompre les liens entre l'enfant et sa famille d'origine qui ne disposera alors plus des droits attachés (notamment successoraux) comme en dispose l'article 356 du Code civil.

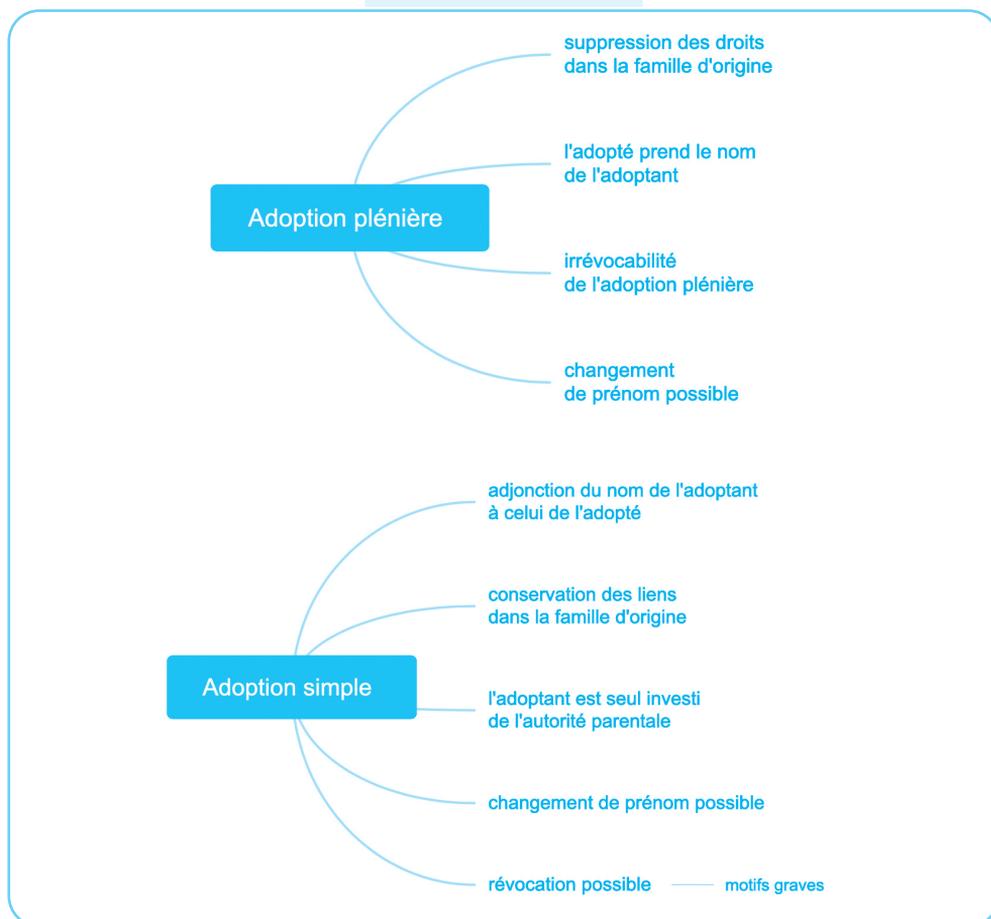
Aussi, l'enfant entre dans sa famille adoptive, vis-à-vis de tous les membres de cette dernière et pas seulement à l'égard des adoptants. Il a les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres enfants. Il y a une assimilation totale vis-à-vis du nom, de la nationalité, de l'autorité parentale et droits successoraux (article 358 du Code civil).

Concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, cette dernière laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux (article 356 du Code civil).

L'enfant prendra le nom de l'adoptant et son prénom pourra également être modifié (article 357 du même code).

En vertu de l'article 359 du Code civil, l'adoption plénière est irrévocable.

Les effets de l'adoption



La procréation médicalement assistée

La filiation peut également découler du recours à l'assistance médicale à la procréation appelée AMP ou PMA. L'assistance médicale à la procréation dite AMP est un ensemble de techniques et de pratiques cliniques et biologiques qui peuvent remplir deux objectifs ; soigner la stérilité d'un couple (on parlera d'assistance médicale à la procréation endogène) ou organiser une procréation avec la coopération d'un tiers (elle sera alors dite exogène). Si certaines techniques sont prohibées telle la gestation pour autrui (A), d'autres sont autorisées mais encadrées (B).

A. La gestation pour autrui

La gestation pour autrui est prohibée au sein du droit français (a) mais la filiation qui en découle tend à être reconnue au gré de la jurisprudence (b).

a. Principe : la prohibition en France de la gestation pour autrui

La gestation pour autrui ne connaît pas de définition légale en ce sens qu'aucun article ne définit ce que recouvre cette notion. Elle caractérise en réalité la situation où une femme assurera la grossesse pour un couple ou une personne célibataire auquel l'enfant sera remis ensuite de la naissance.

Ce procédé peut être accompagné ou non de don de gamète. Il est donc possible pour une même procréation que cinq personnes soient impliquées : les parents dits d'intention (père et mère), la femme qui portera l'enfant pour le couple ainsi que la femme et l'homme qui font un don de gamète (ovocyte et spermatozoïde).

Cette pratique est prohibée de manière absolue en France au visa de l'article 16-7 du Code civil qui dispose : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Cet article se retrouve dans le chapitre II intitulé « *du respect du corps humain* ». C'est en effet sous le principe de l'indisponibilité du corps humain que cette pratique est prohibée ensuite de sa création par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

Déjà, la jurisprudence avait posé le principe d'une prohibition absolue comme en atteste l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 décembre 1989 (n° 88-15.655) interdisant la pratique dite des « mères porteuses » sur le territoire national.

Cette jurisprudence a été constante jusqu'à la codification de l'interdiction à l'article 16-7 du Code civil (Cass. ass. plén., 31 mai 1991, no 90-20.105; Cass. civ., 1^{re}, 29 juin 1994, no 92-13.563).

Le 13 octobre 2020 (RG n° 19/02573), la cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt portant sur un site internet accessible en France se proposant d'aider à mettre en œuvre des conventions de gestation pour autrui. La cour sur le fondement des articles 16-7 du Code civil et 227-12 du code pénal a estimé que la prestation proposée par le site correspond à une entremise « *entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* » et a *de facto* jugé le contenu du site illicite.

À l'inverse, certains États permettent aux étrangers d'effectuer une gestation pour autrui sur leur territoire (État de la Californie, État de Tabasco, Inde, etc.).

La question a été de savoir si la filiation établie par des actes étrangers (acte de l'état civil ou jugement) devait être reconnue en France une fois le retour de la famille sur le territoire national.

b. L'atténuation : la lente reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui

Ensuite d'une évolution jurisprudentielle conséquente et sous l'impulsion des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme, les enfants issus d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger bénéficient désormais d'une reconnaissance fragile et incertaine en l'absence de codification de leur lien de filiation à l'égard des parents ayant eu recours à cette technique.

La Cour de cassation a dans un premier temps refusé l'inscription sur les registres d'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui (Cass. civ., 1^{re}, 3 septembre 2013, no 12-30.138 et 12-18.315).

Toutefois la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour un tel refus lors d'une transcription d'actes de filiation d'une

gestation pour autrui réalisée aux États-Unis (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 Menesson c/ France).

Prenant acte de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation a dans un premier temps autorisé la transcription d'un acte de naissance étranger désignant le père biologique français comme père et la mère porteuse comme mère, au motif que « *l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité* » (Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002, 14-21.323) et par suite a admis qu'un lien de filiation puisse être établi entre les enfants et la mère d'intention ou, dans le cas d'un couple de personnes de même sexe, par le père d'intention non biologique, au moyen d'une adoption (Cass. civ., 1^{re}, 05 juill. 2017, no 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455).

Par quatre arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a substantiellement modifié sa jurisprudence en accordant la transcription de l'acte de naissance étranger à la condition de l'absence de falsification. Aussi, si l'acte de naissance étranger a été régulièrement établi selon la loi étrangère alors il pourra être transcrit sur le territoire national.

Ces arrêts n'ont cependant admis la transcription de la filiation qu'à l'égard du père ayant eu recours à une gestation pour autrui si ce dernier était génétiquement celui de l'enfant, la Cour de cassation se contentant par cette condition de consacrer une vérité biologique puisque la mère d'intention, celle n'ayant pas accouché, ne voyait à ce stade aucunement sa filiation établie (Cass. civ., 1^{re}, 5 juillet 2017, n° °15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-15.455 et 16-16.495).

Par suite, la Cour de cassation a considéré que les actes de naissance qui, conformément au droit du pays dans lequel a eu lieu la gestation pour autrui, désignaient les parents d'intention comme père et mère juridiques, pouvaient faire l'objet d'une transcription intégrale à l'état civil français, précisant en outre, que « *la réalité* » à laquelle se réfère l'article 47 du Code civil, relatif à la force probante des actes d'état civil étrangers, ne désignait pas tant la réalité des faits que la réalité juridique au sens du droit étranger (Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053).

Notons cependant que cette décision concernant l'affaire Menesson revenue devant la Cour de cassation ensuite des décisions rendues par la Cour européenne des Droits de l'Homme a été étonnamment motivée en raison des « circonstances particulières de l'affaire » et sûrement justifiée par la médiatisation de l'affaire et les années de procédure concernant les époux Menesson.

Ne pouvant appliquer une jurisprudence différente aux autres affaires présentées, la condition liée aux « circonstances exceptionnelles » a la même année été abandonnée (Cass. civ., 1^{re}, 18 décembre 2019, n° 18-11.815).

Cette position appert même aller au-delà de ce que semble induire le droit européen puisque par un arrêt en date du 16 juillet 2020 (5^e sect., D. c/ France, n° 11288/18), la CEDH a rendu une décision dans une telle affaire dans laquelle la transcription de l'acte de naissance a été admise en ce qu'il désigne le père mais refusée s'agissant de la mère d'intention en ce que sa mention ne correspondait pas à la réalité puisqu'elle n'avait pas accouché de l'enfant.

Enfin et par deux arrêts en date du 4 novembre 2020 (Cass. civ., 1^{re}, 4 novembre 2020, n° 19-50.042, et Cass. civ., 1^{re}, 4 novembre 2020, n° 19-15.739) la Cour de cassation est venue préciser que l'absence de mention de la femme ayant accouché dans un acte de naissance établi à l'étranger ne fait pas obstacle, dès lors que l'acte a été régulièrement dressé en application de la loi étrangère, à ce que l'enfant issu d'une gestation pour autrui fasse l'objet d'une adoption plénière par le conjoint du père de l'enfant.

Reste à noter que la reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui est fragile d'une part car les principes posés par la jurisprudence ne sont pas codifiés et d'autre part car le projet de loi bioéthique adopté en son article 4 bis modifie l'article 47 du Code civil.

Le nouveau texte précise que la réalité à laquelle un acte d'état civil étranger doit être conforme pour faire foi en France doit être « *appréciée au regard de la loi française* » ce qui en matière de gestation pour autrui pourrait poser de nombreuses difficultés.

B. La procréation médicalement assistée autorisée

L'assistance médicale à la procréation est également appelée procréation médicalement assistée, seul le premier qualificatif étant repris dans les lois bioéthiques.

Comme mentionné, cette notion recouvre plusieurs réalités (insémination artificielle avec ou sans donneur, fécondation *in vitro* et don d'embryon), techniques autorisées et encadrées en droit français.

Elles se distinguent donc des conventions de gestation pour autrui purement et simplement interdites sur le territoire national.

Les techniques autorisées (a), les conditions d'accès (b) et les effets (c) du recours à la procréation médicalement assistée seront analysées successivement.

a. Les techniques autorisées en droit français

Il existe trois techniques connues en droit français qui pour certaines comportent elle-même des subdivisions.

La première est l'insémination artificielle qui consiste à réaliser la fécondation de l'ovocyte de la femme avec les gamètes de l'homme. Cette technique peut être réalisée avec ou sans tiers donneur selon qu'elle soit endogène ou exogène.

En cas de tiers donneur c'est-à-dire avec un don de sperme, des règles particulières ont vocation à s'appliquer.

En effet le don de spermatozoïdes est encadré, il ne peut être réalisé qu'à titre gratuit, de manière anonyme et les spermatozoïdes recueillis doivent être de bonne qualité et ne pourront pas, au moment de l'insémination faire l'objet d'un mélange avec ceux d'un autre homme (article L. 1244-4 du code de la santé publique).

Le donneur doit avoir déjà procréé, cette condition faisant l'objet d'une remise en question par le projet de loi bioéthique (article L. 1244-2 du même code).

La seconde technique consiste en la fécondation *in vitro* qui médicalement représente la technique visant à introduire dans l'utérus de la femme un embryon obtenu ensuite du processus réalisé au sein d'un laboratoire de la fécondation de l'ovocyte et des spermatozoïdes.

Elle peut être également endogène ou exogène, c'est-à-dire avec tiers donneur ou non.

Une troisième technique est le don d'embryon. Il s'agit ici de concevoir *in vitro* un embryon avec les gamètes d'un couple étranger à la femme qui se verra réimplanter l'embryon.

Ce procédé est en principe interdit puisque le droit français autorise cette technique à la seule condition que les gamètes proviennent d'au moins l'un des membres du couple (article L. 1244-3 du code de la santé publique).

Cependant des exceptions permettent de recourir à ce procédé et sont limitativement énumérées (notamment ensuite d'un don d'embryon surnuméraires).

Là encore, le projet de loi bioéthique tend à réformer cette troisième technique notamment en supprimant la condition posée à l'article L. 1244-3 susmentionnée.

b. Les conditions d'accès

Elles font comme il sera exposé l'objet de modifications substantielles ensuite du projet de loi bioéthique. Il conviendra donc de mentionner les conditions actuelles mais également les avancées en la matière, la loi bioéthique faisant actuellement l'objet de lectures devant l'assemblée nationale et le sénat.

À titre liminaire, les établissements médicaux et les professionnels de la santé pouvant procéder à de telles techniques doivent faire l'objet d'une autorisation et d'un agrément en la matière.

Ensuite et concernant les personnes souhaitant avoir recours à une procréation médicalement assistée, il doit s'agir d'un couple, les personnes seules en étant *de facto* exclues.

Il doit s'agir d'un couple hétérosexuel puisqu'en l'état, les personnes de même sexe sont exclues du bénéfice de ces procédés.

Le couple peut être marié ou non et doit justifier en la matière d'une communauté de vie (article L. 2141-2 du code de la santé publique).

Aucune durée n'est ici expressément prévue ce qui pour rappel, rompt avec la pratique en matière d'adoption.

Par ailleurs, le droit français prohibe le recours à la procréation médicalement assistée post-mortem et le couple doit être en âge de procréer sans qu'il n'y ait d'âge expressément visé par les textes si bien qu'il revient en réalité à l'équipe médicale consultée de se prononcer sur ce point.

Enfin n'oublions pas les motifs du recours à de telles techniques mentionnés à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique selon lequel « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ».

Le couple qui souhaite avoir recours à une procréation médicalement assistée se verra remettre ensuite d'entretiens préalables toutes les informations nécessaires par l'équipe médicale afin de prendre le choix ou non de réaliser le projet envisagé.

Il disposera d'un délai de réflexion d'un mois ensuite du dernier entretien avant de pouvoir mettre en œuvre les premières étapes.

Leur consentement doit nécessairement être recueilli et peut faire l'objet d'une rétractation tant que la procréation médicalement assistée n'a pas été réalisée et ce, par simple écrit adressé à l'équipe médicale sans devoir en outre à justifier d'un motif particulier.

c. Les effets de la procréation médicalement assistée

Il existe quelques particularités en matière de filiation comparativement aux règles exposées en amont du présent titre.

Par application de l'article 311-19 du Code civil, en cas de procréation médicalement assistée exogène c'est-à-dire avec présence d'un tiers donneur, aucun lien de filiation avec ce dernier ne pourra être établi.

Le tiers donneur ne possédera aucun lien de filiation et ne sera pas au sens juridique parent de l'enfant.

L'article 311-20 du Code civil prévoit quant à lui que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* ».

Sinon et concernant l'établissement de la filiation, la mère de l'enfant est celle qui accouche même si génétiquement et en raison de l'éventuel don d'ovocyte réalisé, cette dernière ne l'est pas.

Le nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant établit sa filiation sans préjudice des autres modes possibles et déjà étudiés.

De même le père bénéficie de la présomption de paternité ou peut, le cas échéant en cas de couple non marié avoir recours à une reconnaissance là encore sans préjudice des autres modes d'établissement de la filiation étudiés.

Réforme :

Le projet de loi bioéthique a été adopté en seconde lecture le 31 juillet 2020 par l'assemblée nationale et se retrouvera pour la seconde fois devant le sénat au premier semestre de l'année 2021.

Parmi les changements substantiels on retiendra en l'état les éléments suivants :

- l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires;
- un recours remboursé par la sécurité sociale;
- la possibilité pour les couples de recourir au double don de gamète;
- le refus de consacrer la technique de la réception de l'ovocyte par le partenaire, appelée aussi « ROPA » (hypothèse où l'une des femmes du couple apporte ses ovocytes et où la seconde porte l'enfant).

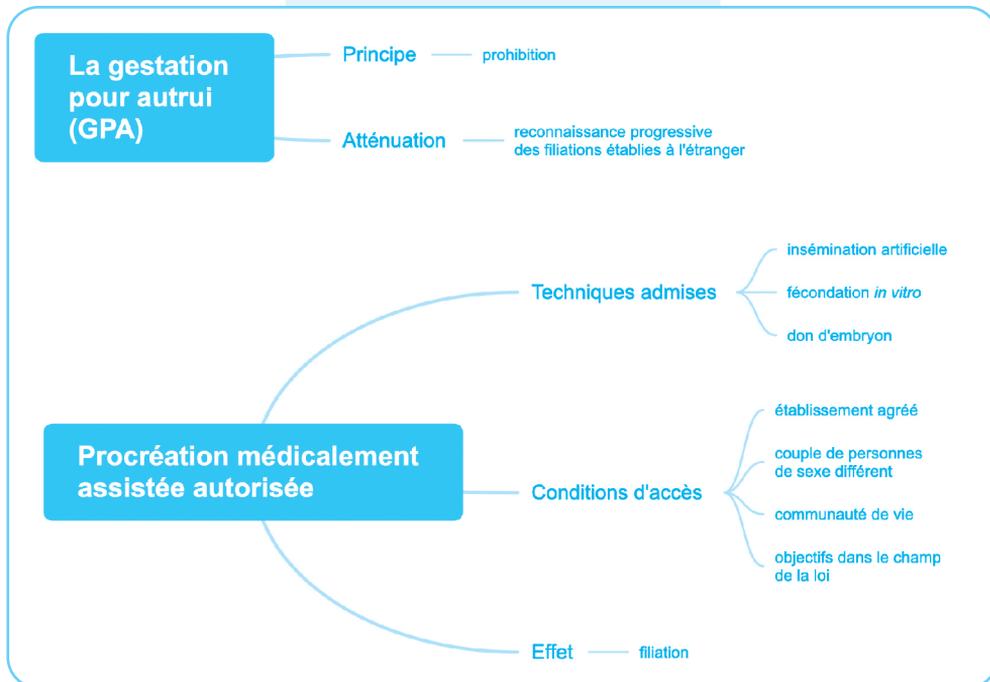
Quant à l'établissement de la filiation ensuite d'une procréation médicalement assistée réalisée par un couple de femmes deux options sont envisagées.

Une première (et seule option admise par les sénateurs) repose sur l'adoption par la seconde femme de l'enfant porté par la première.

Une seconde possibilité (rétablie par les députés ensuite de la suppression opérée par les sénateurs) consiste en une reconnaissance.

Cette reconnaissance serait conjointe et faite devant le notaire lors du recueil du consentement à la procréation médicalement assistée (article 4) comme le retiennent les députés.

La procréation médicalement assistée



L'autorité parentale

L'autorité parentale est définie à l'article 371-1 du Code civil comme étant un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

L'autorité parentale concerne à la fois la personne et les biens de l'enfant mineur non émancipé.

Le présent titre se divisera en trois parties, la première consacrée à l'attribution et au retrait de l'autorité parentale (chapitre 1) le second à l'exercice de l'autorité parentale (chapitre 2) et une troisième relative aux aménagements de l'autorité parentale (chapitre 3).

L'attribution et le retrait de l'autorité parentale

Les bénéficiaires de l'autorité parentale (A) et son retrait (B) seront successivement analysés.

A. Les bénéficiaires de l'autorité parentale

L'autorité parentale appartient « *aux parents jusqu'à la majorité ou l'émanipation de l'enfant* » (article 371-1 du Code civil).

Il convient de lire l'article susvisé avec l'article 310 du Code civil qui dispose que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ».

Aussi, la titularité de l'autorité parentale dépend du lien de filiation légalement établi sans que la loi ne distingue le mode d'établissement de filiation.

Un enfant né en mariage qui a bénéficié de la présomption de paternité aura le même statut à l'égard de son père qu'un autre enfant dont le père a eu recours à une reconnaissance.

De même un couple ayant eu recours à une adoption disposera de la titularité de l'autorité parentale comme tout autre couple.

Par principe, le lien de filiation établi confère la titularité de l'exercice de l'autorité parentale des parents envers l'enfant.

En conséquence, les autres membres de la famille (frère, sœur, tant, oncle, grands-parents, etc.) ne sont pas titulaires de l'autorité parentale.

L'autorité parentale s'impose aux parents en ce sens où elle est d'ordre public. C'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'y renoncer comme le prévoit l'article 376 du Code civil : « *aucune renonciation, aucune cession portant sur*

l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous ».

Il existe des atténuations à ce principe étudiées par suite.

B. La fin de l'autorité parentale

Naturellement, l'autorité parentale prend fin à « *la majorité ou l'émancipation* » de l'enfant (article 371-1 du Code civil) et ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'elle prend fin, outre ces dispositions.

Comme précité, la majorité de l'enfant, c'est-à-dire depuis le 5 juillet 1974, l'âge de 18 ans, si elle ne supprime pas l'ensemble des droits et obligations entre les parents et leurs enfants a pour effet de mettre un terme à la titularité de l'autorité parentale tout comme l'émancipation en application de l'article 413-6 du Code civil selon lequel le mineur émancipé devient en effet « *capable comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ».

La titularité de l'autorité parentale peut également être retirée, il s'agit là d'une mesure exceptionnelle ayant pour finalité d'assurer la sécurité de l'enfant.

L'article 378 du Code civil en donne un parfait exemple puisque « *peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale ou l'exercice de l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit sur la personne de l'autre parent* ».

Il est intéressant de remarquer qu'il s'agit ici d'une possibilité pour les juridictions pénales de procéder de la sorte alors que les mesures relatives à l'autorité parentale sont présentes au sein du Code civil.

On retrouve expressément cette possibilité de retrait à travers les dispositions du code pénal puisque l'article 222-31-2 du code pénal dispose que « *lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du Code civil. Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime [...]* ».

De même l'article 227-27-3 du même code dispose que « *lorsque l'atteinte sexuelle incestueuse est commise par une personne titulaire de l'autorité parentale sur le mineur, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du Code civil [...]* ».

Le retrait peut également résulter de l'application de l'article 378-1 du Code civil puisque :

« Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article

L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le tribunal judiciaire, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant, soit par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance auquel l'enfant est confié ».

Notons que le juge aux affaires familiales est compétent en la matière (article 373-2-6 du Code civil) ce qui n'exclut pas l'intervention d'autres juges comme celle du juge des enfants saisi notamment dans le cadre des mesures d'assistance éducative.

Concernant les effets attachés au retrait, il convient de distinguer le retrait total ou partiel.

Conformément à l'article 379 du Code civil, *« le retrait total de l'autorité parentale prononcé en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ; à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement. Il emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait ».*

Cela signifie que le retrait a vocation à s'appliquer sauf décision contraire des juridictions à l'ensemble des enfants dont le lien de filiation est établi y compris lorsque les faits notamment de violences n'ont été commis à l'encontre que d'un seul d'entre eux.

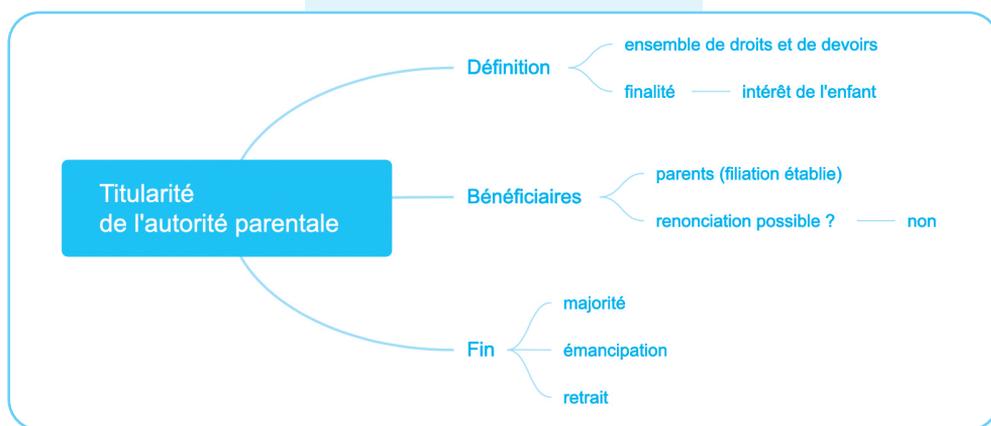
Cette disposition est complétée par l'article 379-1 du même code précisant que *« le jugement peut, au lieu du retrait total, se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie. Il peut aussi décider que le retrait total ou partiel de l'autorité parentale n'aura d'effet qu'à l'égard de certains des enfants déjà nés ».*

En vertu de l'article 380 du Code civil, le retrait de l'autorité parentale peut ne concerner qu'un seul des parents l'autre sera alors seul investi de cette dernière.

Si l'enfant est confié aux services de l'aide sociale à l'enfance ensuite du retrait de l'autorité parentale alors il acquiert en cas de retrait total le statut de pupille de l'État. En cas de retrait partiel, il y aura une répartition des prérogatives sur l'enfant entre les services concernés et les parents.

Quoi qu'il en soit cette situation n'est pas inéluctablement définitive puisque l'article 381 du Code civil permet la restitution aux parents de l'autorité parentale s'il est justifié de pouvoir assumer cette dernière en raison des éléments nouveaux intervenus depuis la précédente décision.

La titularité de l'autorité parentale



L'exercice de l'autorité parentale

La titularité de l'autorité parentale n'induit pas forcément son exercice si bien qu'il convient d'envisager les bénéficiaires et le retrait de l'exercice de l'autorité parentale (A) avant d'en analyser son étendue (B).

A. Les bénéficiaires et le retrait de l'exercice de l'autorité parentale

Il n'existe pas de nécessaire coïncidence entre la titularité et l'exercice de l'autorité parentale.

Ainsi un père ou une mère peut être titulaire de l'autorité parentale, mais être privé de son exercice, en tout ou partie.

De la même manière que la titularité de l'autorité parentale, l'exercice de cette dernière appartient en commun aux père et mère (article 372 du Code civil). Il s'agit là du principe.

Le même article complète cependant en précisant que « *toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant* ».

Cependant, même dans ces situations, l'autorité parentale pourra être exercée conjointement si les parents procèdent à une « *déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales* ».

Notons que la séparation des parents est sans incidence par principe sur l'exercice de l'autorité parentale. Aussi une procédure de divorce qu'elle soit à l'initiative du père ou de la mère n'a pas pour effet de supprimer l'exercice de l'autorité parentale de l'un des parents y compris lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents (article 373-2 du Code civil).

L'exercice de l'autorité parentale n'appartiendra qu'à l'un des parents dans des cas définis par la loi.

Par exemple, en application de l'article 373-1 du Code civil « *si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* ».

Un parent peut en effet être privé de l'exercice de l'autorité parentale s'il est « *hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ».

De même que pour la titularité de l'autorité parentale, les juridictions peuvent également « *si l'intérêt de l'enfant le commande, confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* » (article 373-2-1 du Code civil).

À titre d'exemple, en présence de violences conjugales dans le cadre d'un divorce avec un désintérêt particulier du père pour l'enfant, le juge aux affaires familiales peut décider que la mère exercera unilatéralement l'autorité parentale (tribunal judiciaire de Lyon, 2^e chambre – Cabinet 5, 13 mars 2020, n° 20/00039).

D'autres exemples ont justifié l'exercice unilatéral : la pratique religieuse sectaire d'un des parents (Cour d'Appel de Versailles, 11 décembre 2014, n° 13/09016) ou encore l'incapacité d'un parent à accepter la place de l'autre (Cour d'Appel de Poitiers, 21 novembre 2000, n° 99/2692).

Enfin notons que les articles 378 et suivants du Code civil visés au titre de la titularité de l'autorité parentale mentionnent également son exercice et ont pleine vocation à s'appliquer

B. L'étendue de l'autorité parentale

L'autorité parentale a pour finalité l'intérêt de l'enfant et implique dans sa mise en œuvre à ce que les parents puissent effectuer des actes et choix à l'égard des tiers concernant l'enfant (a) de gérer le patrimoine de l'enfant (b) sans que ce dernier ne soit totalement exclu des choix le concernant (c).

a. Les actes et choix effectués par les parents dans l'intérêt de l'enfant

1. La distinction des actes usuels et non usuels

En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, il convient de procéder à une distinction concernant les actes pouvant être réalisés par un seul parent (acte dit usuel) de ceux nécessitant l'accord des deux (acte dit non usuel).

Les premiers en ce qu'ils n'induisent pas l'accord des deux sont les actes de la vie courante, les moins graves à l'inverse de la seconde catégorie qui,

par leur particulière importance impose l'accord des deux parents avant leur réalisation.

Cette distinction ressort de l'article 372-2 du Code civil : « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

Il s'agit selon la lettre de l'article d'une présomption d'accord si bien que le tiers qui a connaissance du refus de l'autre parent en vue de la réalisation d'un acte usuel doit refuser d'y procéder sous peine de voir sa responsabilité engagée.

La qualification de l'acte relève de l'appréciation des juges du fond.

À titre d'exemple, est considéré comme un acte usuel :

- la participation à un film d'amateur montrant des scènes banales (Cour d'Appel d'Orléans, 14 mars 2011, JurisData n° 2011-004434) ;
- la demande de carte d'identité ou de passeport (CE, 8 févr. 1999, n° 173126) ;
- les déplacements par un enfant mineur âgé de quinze ans dans Paris entre les domiciles respectifs de ses parents (CA Paris, pôle 1 ch. 3, 22 sept. 2016, n° 16/05343) ;
- la décision de faire percer ou tatouer son enfant (CA Aix-en-Provence, Ch. 11 B, 12 nov. 2015, n° 2015/578).

À titre d'exemple également, est considéré comme un acte non-usuel :

- la publication d'une photo de l'enfant ou participation à une émission de télévision (Cass. civ., 1^{re}, 27 février 2007, n° 06-14.273) ;
- la mention du nom d'usage sur les documents de l'état civil (Cass. civ., 1^{re}, 3 mars 2009 : JurisData n° 2009-047352) ;
- la demande tendant à ce qu'un mineur perde la qualité de français (CE, 2^e ss-sect., 15 juin 2012, n° 353699, T. c/ Min. Intér.).

2. Résidence, éducation, religion et santé

Le contentieux de l'exercice de l'autorité parentale se cristallise autour des décisions relatives à l'enfant quant à sa résidence, son éducation (choix de l'établissement scolaire), la pratique religieuse et sa santé.

Les parents choisissent ensemble la résidence de l'enfant et en cas de séparation, le juge aux affaires familiales fixera la résidence de l'enfant chez l'un d'eux avec le cas échéant, un droit de visite et d'hébergement pour l'autre parent.

La résidence peut également être fixée en alternance selon des modalités diverses (par semaine, par mois voire par année).

Conformément à l'article 371-3 du Code civil, le choix de la résidence de l'enfant réalisé par les parents s'impose à ce dernier : « l'enfant ne peut, sans

permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi ».

Relativement à la religion, les actes en la matière sont souvent considérés par les juridictions comme des actes non-usuels, les parents doivent décider ensemble de l'éducation religieuse à donner notamment concernant le choix de circoncire ou non leur enfant (Cass. civ., 1^{re}, 17 décembre 1998, n° 97-15.121).

En cas de désaccord entre les parents, le juge aux affaires familiales peut toujours être saisi aux fins d'autoriser ou de refuser telle ou telle demande réalisée par un parent (on pense notamment au suivi d'un enseignement religieux).

Concernant la scolarité de l'enfant, si l'inscription est considérée comme un acte usuel pouvant être réalisé par un seul parent tout comme la demande de changement d'établissement scolaire (CE, 13 avril 2018, n° 392949), il faut que les parents s'accordent sur le type d'établissement qu'il soit privé ou public (Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 27 oct. 2016, RG n° 15/19572).

À titre d'exemple, dans une décision du 27 octobre 2016, la cour d'appel de Versailles a refusé de faire droit à la demande de la mère souhaitant inscrire les enfants dans un établissement privé, alors que le père refuse qu'ils changent d'établissement.

Enfin et concernant la santé de l'enfant, les actes médicaux courants comme consulter son médecin généraliste ou encore un premier rendez-vous chez un professionnel de la santé de type psychologue sans qu'un suivi ne soit mis en place sont considérés comme des actes usuels.

La vaccination peut relever d'un acte usuel ou non selon qu'elle soit ou non obligatoire.

En revanche les actes médicaux lourds (suivi psychologique avec prescription médicale, lourdes opérations) nécessitent l'accord des deux parents sauf à ce que le médecin agisse selon les règles applicables à sa profession en urgence lorsque le pronostic vital de l'enfant est engagé (CE, 7 mai 2014, n° 359076).

Là encore en cas de désaccord entre les parents la saisine du juge aux affaires familiales peut intervenir afin qu'un seul soit autorisé à donner son accord pour tel ou tel acte médical.

b. La gestion du patrimoine de l'enfant

L'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 a réintégré dans le Code civil l'administration légale dans l'autorité parentale comme en dispose l'article 382 du Code civil : « *l'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale* ».

Les règles applicables mettent en place un mécanisme de représentation légale c'est-à-dire que les parents ont pouvoir d'agir à l'égard des tiers au nom et pour le compte de l'enfant, les effets de l'acte juridique passé par représentation se produisant directement sur la personne du représenté et sur son patrimoine.

La personne représentée est donc engagée par l'acte passé par le ou les représentants justifiant ainsi la mise en place de « garde-fou » afin d'éviter tout acte qui porterait atteinte à l'intérêt des enfants.

Aussi et en application de l'article 388-1-1 du Code civil : « *l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ».

L'article 382-1 alinéa 1 du Code civil complète : « *lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur* » sauf à ce que le tiers soit de mauvaise foi (article 371-2 du Code civil).

Les actes pouvant être effectués par les parents sont cependant encadrés en application des articles 382-1 et 496 du Code civil ainsi que du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008.

Il existe trois types d'actes, les actes conservatoires, d'administration ou de disposition, les actes conservatoires étant les moins importants et les actes de disposition (comme la vente ou le don d'un bien) les plus importants.

Les actes les plus importants à l'instar de ce qui se passe en matière d'acte usuel et non usuel relatifs à la personne de l'enfant nécessitent l'accord des deux parents dont le tiers doit s'assurer.

La présomption d'accord parental ne vaut que pour les actes conservatoires et d'administration, la coaction étant nécessaire lorsque les deux parents sont administrateurs légaux pour réaliser les actes de disposition.

Si les parents se trouvent en désaccord l'article 387 du Code civil prévoit qu' « *en cas de désaccord entre les administrateurs légaux, le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte* ».

Rappelons que les parents sont responsables de la mauvaise gestion qu'ils feraient du patrimoine de leur enfant qu'ils doivent toujours gérer dans l'intérêt de ce dernier (articles 385 et suivants du Code civil).

Ils engagent leur responsabilité civile sur le fondement de l'article 1240 du Code civil en cas de mauvaise gestion, « *l'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l'intéressé ou de son émancipation* » (article 386 alinéa 3 du Code civil).

L'article 386-1 du Code civil précise sur ce point que « *la jouissance légale est attachée à l'administration légale : elle appartient soit aux parents en commun, soit à celui d'entre eux qui a la charge de l'administration* ».

Les parents possèdent également un droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant.

Il s'agit d'un droit d'usage qui permet aux parents de l'enfant d'utiliser les biens dont l'enfant est propriétaire, d'en percevoir les fruits et de les consommer.

Les parents peuvent ainsi user à titre gratuit des biens de leurs enfants.

Il est cependant à noter que le droit de disposer des sommes d'argent composant le capital du mineur est donné à charge de restitution en valeur quand le droit d'usufruit prend fin.

Cette jouissance cesse en application de l'article 386-2 du Code civil « *au seize ans de l'enfant, plus tôt quand il contracte mariage, pour les causes qui mettent fin à l'autorité parentale ou par celles qui mettent fin à l'administration légale ainsi que par les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit* ».

Cette jouissance implique également des charges telles que prévues à l'article suivant et notamment celle de nourrir, entretenir et éduquer l'enfant.

Certains biens sont d'ailleurs exclus (article 386-4 du Code civil) : « *la jouissance légale ne s'étend pas aux biens : 1° Que l'enfant peut acquérir par son travail ; 2° Qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas ; 3° Qu'il reçoit au titre de l'indemnisation d'un préjudice extra-patrimonial dont il a été victime* ».

On observe ainsi que la jouissance légale dont bénéficient les parents est encadrée par des dispositions ayant pour objectif la préservation des intérêts du mineur qui n'est au demeurant, pas totalement exclu des choix le concernant.

c. La place de l'enfant

L'enfant n'est pas déconnecté de toutes les décisions qui sont prises le concernant, il est titulaire de droits et obligations et possède la capacité de jouissance sauf exception (nous rappellerons ici la nécessaire autorisation du Procureur de la République pour que l'enfant mineur puisse contracter mariage, il ne pourra voter qu'à sa majorité ou encore se présenter à l'examen du permis de conduire qu'à ses dix-huit ans révolus).

Dans certains domaines, l'enfant possède cependant une autonomie là où dans d'autres, il est simplement associé aux décisions à prendre.

1. L'autonomie du mineur

L'autonomie de l'enfant est expressément prévue aux articles 388-1 et 1148 du Code civil qui précisent que l'administrateur légal représente le mineur sauf « *dans les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorisent les mineurs à agir eux-mêmes* ».

Les termes de « loi » et « d'usage » renvoient en réalité à deux catégories d'actes dont le contenu est à géométrie variable : ceux de la vie courante et ceux de nature personnelle.

Concernant les actes de la vie courante, il convient pour admettre l'autonomie de l'enfant d'analyser l'acte en question à la lumière de différents critères dont les deux principaux aux termes de la jurisprudence sont l'âge de l'enfant (on comprend aisément qu'un enfant âgé de seize ans puisse effectuer plus d'actes qu'un enfant plus jeune) mais également les conséquences de l'acte (notamment l'impact économique de l'acte).

Les juridictions ont ainsi validé les achats de faibles montants réalisés dans la vie courante de l'enfant (on pense à l'enfant faisant des achats alimentaires ou de jouets), il peut également en application des dispositions de l'article L. 221-3 du code monétaire et financier ouvrir, seul, un livret A, constituer et participer librement à une association et, sous réserve d'un accord écrit préalable de ses représentants légaux s'il est âgé de moins de 16 ans, accomplir tous les actes utiles à l'administration de l'association, à l'exception des actes de disposition (L. du 1^{er} juill. 1901, art. 2 bis). Il peut saisir lui-même le juge des enfants pour demander l'ouverture d'une assistance éducative (C. civ. art. 375, al. 1^{er}).

À l'inverse certains actes ont été exclus de cette autonomie comme l'achat d'un véhicule motorisé, le fait pour l'enfant de se porter caution (article 2018 du Code civil) ou encore conclure un bail à son nom.

Concernant la deuxième catégorie c'est-à-dire celle des actes de nature personnelle, l'enfant peut se faire délivrer certains produits contraceptifs (CSP, art. L. 2311-4), décider d'une interruption volontaire de grossesse (CSP, art. L. 2212-7) ou encore demander un dépistage de maladies infectieuses (CSP, art. L. 6211-3-1), saisir le juge des enfants (par simple lettre) aux fins de voir prononcer une mesure d'assistance éducative, etc.

Le consentement personnel du mineur est parallèlement exigé pour certains actes extrapatrimoniaux strictement personnels comme le mariage (article 146 du Code civil), son adoption simple s'il a plus de treize ans (article 311-23 du Code civil), ou le changement de son nom (article 61-3 du Code civil).

2. Le mineur associé aux décisions

Il existe une sphère qui concerne le mineur et qui consacre un intermédiaire entre l'autonomie développée en amont et l'incapacité du mineur.

Le mineur peut demander à être entendu dans toutes les procédures le concernant et notamment celles relatives à l'exercice de l'autorité parentale (fixation de la résidence habituelle de l'enfant, droit de visite et d'hébergement, périodicité adoptée à l'occasion des vacances, etc.).

L'enfant mineur, quel que soit son âge ne choisit pas mais exprime simplement auprès de la juridiction ses souhaits sans que ces derniers ne lient le juge dans sa décision finale.

Aussi, il n'existe aucune disposition qui indiquerait un seuil d'années qui, atteint, permettrait à l'enfant mineur de choisir en lieu et place des magistrats.

Cela permet d'une part de réaffirmer l'office des juges en la matière et d'éviter dans une certaine mesure d'ancrer l'enfant dans un conflit de loyauté.

La seule condition laissée à l'appréciation des juridictions est le discernement de l'enfant pour qu'il soit procédé à son audition sans qu'une condition d'âge ne soit, là encore, prévue dans les textes.

On retrouve cette consultation du mineur aux articles 338-1 et suivants du code de procédure civile : « *le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant* ».

D'autres actes nécessitent l'accord des parents pour que l'autonomie de l'enfant trouve pleine vocation à s'appliquer, autorisation nécessaire à la validité de l'acte.

L'article 388-1-2 du Code civil dispose à cet égard qu'« *un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux. L'autorisation mentionnée au premier alinéa revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur* ».

3. La protection du mineur relativement aux actes passés

Parce que le mineur nécessite une protection particulière, le droit a instauré un dispositif spécifique prévu aux articles 1145 à 1152 du Code civil permettant

de protéger le mineur des actes passés soit parce que concernant l'acte, le mineur est considéré comme incapable soit parce que l'acte est lésionnaire.

L'article 1145 du Code civil prévoit expressément que « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* », l'article suivant mentionnant au titre des personnes « *incapables de contracter* » les mineurs non émancipés.

L'acte passé encourt ainsi la nullité en application de l'article 1147 qui dispose que « *l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ».

L'acte n'est cependant pas objet d'une nullité de manière automatique puisque le co-contractant peut se prévaloir pour maintenir l'efficacité de l'acte passé des articles 1151 et 1152 du Code civil qui permettent de faire obstacle à l'action en nullité si :

- l'acte présente une utilité pour le mineur et ne comporte pas de lésion ou ;
- l'acte a profité à la personne mineure.

Il est également possible pour le mineur devenu capable de confirmer l'acte ce qui fait obstacle à toute demande de nullité.

Cette confirmation peut être expresse c'est-à-dire découlant de l'expression écrite du mineur ou tacite lorsque ce dernier exécute le contrat par lequel il s'est engagé.

La nullité ne pourra dès lors pas s'appliquer à l'acte et ce dernier produira ses pleins effets au jour de sa formation (et non de sa confirmation).

S'agissant des actes que le mineur peut effectuer seul, ces derniers peuvent également être sanctionnés par le mécanisme de la nullité relative par le biais de l'action en rescision pour lésion « *pour simple lésion* », comme en dispose l'article 1149 du Code civil dans sa version issue de la modification apportée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sauf à ce que la lésion soit la résultante d'un « *événement imprévisible* ».

Couramment la lésion est « *un déséquilibre significatif des prestations entre les parties* » (tribunal de Commerce de Paris, 19^e chambre, 1^{re} section, 7 octobre 2015 numéro 2012071427).

La prescription attachée à l'action en nullité est celle de droit commun posée à l'article 2224 du Code civil c'est-à-dire cinq ans.

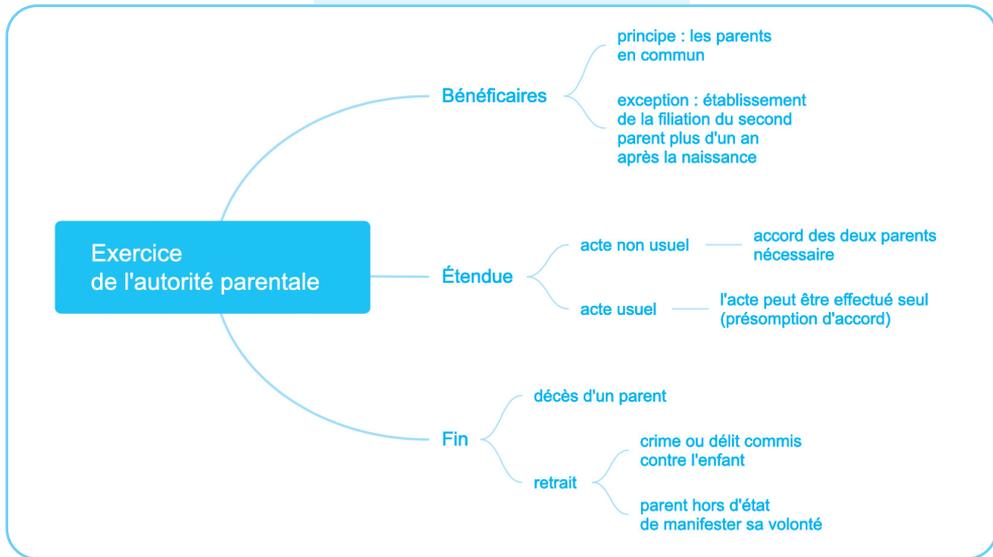
Ce délai court en application de l'article 1152 du Code civil :

« *1° À l'égard des actes faits par un mineur, du jour de la majorité ou de l'émancipation.*

Les parents du mineur peuvent évidemment agir durant la minorité de ce dernier s'ils agissent dans le délai de cinq années mais suivant la formation du contrat, seul le mineur, devenu majeur pourra agir ensuite de sa majorité.

L'acte nul est anéanti rétroactivement si bien que chacune des parties doit en principe restituer la prestation obtenue à l'autre avec une particularité concernant la présence d'un mineur puisque l'article 1352-4 du Code civil prévoit que « *les restitutions dues à un mineur non émancipés sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ».

L'exercice de l'autorité parentale



Les aménagements de l'autorité parentale : la délégation de l'autorité parentale et l'assistance éducative

Plusieurs mécanismes viennent aménager l'autorité parentale que ce soit par le biais d'une délégation de l'autorité parentale qui peut découler de la compétence du juge aux affaires familiales ou du tribunal judiciaire (A) en fonction de la réalité qu'elle recouvre ou des mesures d'assistance éducative (B) mises en place en présence d'un danger pour l'enfant.

A. La délégation de l'autorité parentale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales et du tribunal judiciaire

La délégation de l'autorité parentale permet le transfert à un tiers des prérogatives qui découlent de l'autorité parentale dans des situations exceptionnelles. Le juge aux affaires familiales connaît en application des articles 371 et suivants du Code civil de deux types de délégation : la délégation volontaire et forcée de l'autorité parentale (a) dont les effets (b) et leurs fins (c) seront étudiés successivement avant d'envisager succinctement la délégation relevant de la compétence du tribunal judiciaire (d).

a. Les différents types de délégation relevant du juge aux affaires familiales

1. Volontaire

La première délégation de l'autorité parentale que connaît le juge aux affaires familiales est dite volontaire et est prévue à l'article 377 alinéa 1 du Code civil : « *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de*

leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ».

En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, les deux parents doivent consentir à la délégation, seule l'information délivrée à l'autre parent suffit cependant en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

Cette demande réalisée par les parents se retrouve lorsque ces derniers sont dans l'impossibilité momentanée d'assurer pleinement les prérogatives de l'autorité parentale par exemple en cas d'absence prolongée du pays où se trouve l'enfant pour des raisons professionnelles, de santé ou encore en vue de régulariser leur situation dans un État tiers.

Il s'agit encore d'un mécanisme utilisé dans les familles homoparentales ou recomposées.

Le mineur n'a pas à consentir à la délégation envisagée mais conserve comme énoncé au chapitre précédent la faculté d'être entendu.

Notons enfin qu'il n'existe aucune hiérarchie dans le choix du tiers, membre de la famille qui se fera confier la délégation.

La condition au prononcé d'une telle délégation s'impose dès lors que « *les circonstances l'exigent* », appréciation laissée, sous couvert de l'intérêt de l'enfant aux juridictions du fond (Cass. civ., 1^{re}, 4 janvier 2017, n° 15-28.230).

2. Forcée

La délégation est forcée selon la lettre de l'article 377 alinéas 2 et 3 du Code civil selon lequel : « *en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale ou si un parent est poursuivi ou condamné pour un crime commis sur la personne de l'autre parent ayant entraîné la mort de celui-ci, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.*

Dans ce dernier cas, le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation. Le cas échéant, le ministère public est informé par transmission de la copie du dossier par le juge des enfants ou par avis de ce dernier ».

Ici la demande émane d'un tiers (qui a accueilli l'enfant ou du Ministère Public) et recouvre plusieurs situations (cas de maladie des parents ou si ces derniers sont défaillants à exercer l'autorité parentale).

b. Les effets de la délégation

La délégation de l'autorité parentale entraîne le transfert de tout ou partie de ses prérogatives à son bénéficiaire.

À défaut de mention dans la décision, la délégation est totale. Dans ces cas le délégataire prend seul les décisions relatives aux actes usuels ou non usuels de l'enfant, il consent à son mariage, à son adoption ou son émancipation.

Dans l'hypothèse d'une délégation forcée, il a été souligné que le délégataire reçoit l'administration légale permettant ainsi la gestion du patrimoine de l'enfant.

En toute hypothèse, le délégataire est assujéti à des obligations puisqu'il doit agir dans l'intérêt de l'enfant et est responsable civilement de ce dernier.

En cas de délégation totale, les parents ne sont pas exemptés de droits puisqu'ils conservent à titre d'exemple la faculté de consentir à l'adoption de leur enfant.

En cas de délégation partielle, le juge aux affaires familiales en fixera l'étendue.

En cas de délégation partage, l'autorité parentale est alors exercée concurremment et chacun des parents et délégataire sont réputés à l'égard des tiers agir avec l'autorisation des autres pour la réalisation d'actes usuels sur la personne de l'enfant.

Il ne s'agit pas l'un d'un partage distributif mais d'un exercice conjoint de l'autorité parentale.

c. La fin de la délégation

La délégation de l'autorité parentale dure tant que les circonstances l'exigent et prend fin à la lettre de l'article 377-2 du Code civil « *par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles* ».

Le même article précise en son deuxième alinéa que « *dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le juge aux affaires familiales met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien* ».

La délégation prend également fin à la majorité de l'enfant.

d. La délégation de l'autorité parentale relevant de la compétence du tribunal judiciaire : la délégation indirecte

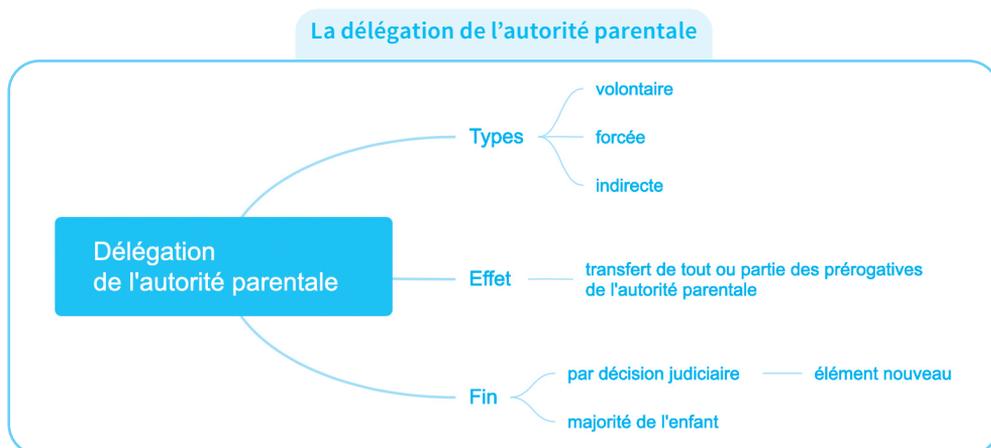
Enfin, il existe la délégation indirecte qui découle de deux situations.

La délégation indirecte est celle issue de l'application de l'article 381-2 du Code civil c'est-à-dire lorsqu'un mineur a été déclaré délaissé : « *lorsqu'il*

déclare l'enfant délaissé, le tribunal délègue par la même décision l'autorité parentale sur l'enfant à la personne, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié ».

Un mineur est déclaré délaissé en application de l'article 381-1 du même code « lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit ».

Cette réalité correspond également à la situation où l'enfant a fait l'objet d'un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État en application du code de l'action sociale et des familles.



B. L'assistance éducative

Un autre aménagement de l'autorité parentale découle de la mise en place de mesures d'assistance éducative qui répond à des conditions et une procédure propre (a). Il existe ainsi une pluralité de mesures pouvant être prononcées (b) qui influent sur l'autorité parentale (c).

a. Conditions et procédure à la mise en place d'une mesure d'assistance éducative

L'assistance éducative doit rester exceptionnelle en ce qu'elle consiste en une ingérence dans l'exercice normal de l'autorité parentale des parents envers leurs enfants. Présente aux articles 375 et suivants du Code civil, l'assistance éducative n'a vocation à être mise en place qu'en présence d'un « danger » comme le prévoit la lettre de l'article susmentionné : « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises [...] ».

On voit ainsi que la mise en place de telles mesures ne se fera qu'en cas de graves défaillances des parents. En pratique, plusieurs réalités se retrouvent : refus de scolarisation de l'enfant, conflit parental mettant au cœur des relations entre les parents l'enfant, sévices psychologiques ou physiques, etc.

Le danger doit être avéré et non hypothétique, ce point relevant de l'appréciation souveraine du juge des enfants qui est le juge compétent en la matière.

Le juge des enfants peut être saisi par les père et mère conjointement, ou l'un d'eux par la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ou le tuteur, le mineur lui-même ou le ministère public.

Le juge des enfants possède également la possibilité de s'auto-saisir.

Il est saisi par dépôt d'une requête ou par simple lettre.

Si l'urgence le commande, le Procureur de la République peut prendre des mesures d'urgence et provisoires présentes à l'article 375-5 du Code civil, l'obligeant dans cette hypothèse à saisir sous huitaine le juge des enfants.

De même manière et pendant l'instance, le juge des enfants compétent c'est-à-dire celui du lieu où demeure, selon le cas, l'un des parents, le tuteur du mineur ou la personne, ou le service à qui l'enfant a été confié ; à défaut, par le juge du lieu où demeure le mineur (article 1181 du code de procédure civile) peut également prendre des mesures provisoires présentes aux articles 375-3 et 375-4 du Code civil.

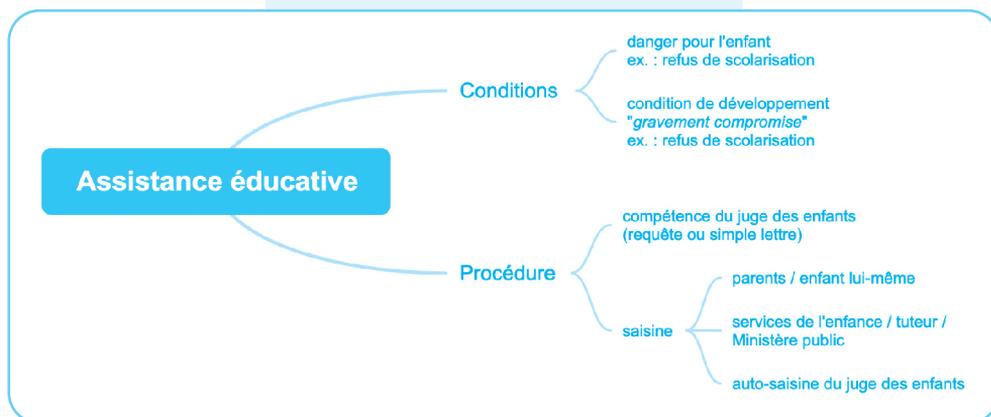
Ensuite des mesures provisoires, le juge des enfants dispose d'un délai de six mois pour statuer sur le fond sauf à demander un délai supplémentaire d'une même durée maximum et après avis du Procureur de la République et ce, afin qu'il puisse finir l'instruction du dossier.

L'enfant capable de discernement est entendu par le juge des enfants à l'instar des parents à l'occasion de telle ou telle audience.

Enfin et par application de l'article 1191 du code de procédure civile, « les décisions du juge peuvent être frappées d'appel :

- par le père, la mère, le tuteur ou la personne ou le service à qui l'enfant a été confié jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la notification ;
- par le mineur lui-même jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la notification et, à défaut, suivant le jour où il a eu connaissance de la décision ;
- par le ministère public jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la remise de l'avis qui lui a été donné ».

Conditions et procédure à la mise en place d'une mesure d'assistance éducative



b. Mesures existantes

Il existe plusieurs mesures pouvant être prononcées par le juge des enfants qui doit veiller à l'application de l'article 375-2 du Code civil c'est-à-dire maintenir le mineur dans son milieu actuel, dans son milieu familial dans lequel il évolue et possède ses repères.

Il s'agit des mesures d'assistance éducative dites en milieu ouvert appelées également AEMO.

Les services sociaux auront alors pour mission et pendant une durée limitée de conseiller, de surveiller et d'apporter leur aide et leur assistance ponctuelle à la famille afin de s'assurer du bon développement de l'enfant.

À même occasion qu'il prononce une telle mesure dont l'objectif doit être précisé, le juge des enfants peut imposer aux parents telle ou telle mesure : la scolarisation de l'enfant ou encore le suivi d'un protocole médical, le suivi d'un programme de désintoxication, d'une formation professionnelle, interdire le ou les parents de fréquenter certains endroits, etc.

Les parents vont ainsi pouvoir bénéficier de professionnels qualifiés comme des éducateurs, des psychologues, professionnels de la santé, etc.

Lorsque l'enfant est en danger avéré, la mesure d'assistance éducative en milieu ouvert peut se révéler insuffisante si bien que le juge des enfants pourra opter dans ces conditions pour un placement de l'enfant.

L'article 375-3 du Code civil dispose : « si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier :

1° À l'autre parent ;

2° À un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;

3° À un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;

4° À un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;

5° À un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

[...]

Le procureur de la République peut requérir directement le concours de la force publique pour faire exécuter les décisions de placement rendues en assistance éducative ».

Notons que le placement de l'enfant en institution psychiatrique ne peut se faire qu'après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement et pour une durée qui ne peut excéder 15 jours (article 375-9 du Code civil).

La situation du placement correspond en pratique à des hypothèses où l'enfant est victime de sévices d'un ou des parents (violences physiques ou psychologiques, conflit parental mettant l'enfant au cœur d'un conflit de loyauté).

Une telle mesure peut se coupler avec celles prévues à l'article 375-4 alinéa 1 du Code civil c'est-à-dire d'aide éducative.

Le placement doit être enfermé dans le temps à peine de nullité (Cass. civ., 1^{re}, 18 juin 1991, n° 90-05.030).

Enfin rappelons que peu importe la mesure prononcée, l'enfant peut toujours faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire français en application de l'article 375-7 du Code civil.

Les mesures existantes

Les mesures de l'assistance éducative (articles 375-2 et suivants du Code civil)

1. Mesures d'assistance éducative en milieu ouvert (AEMO)

- l'enfant reste au domicile des parents
- intervention des professionnels de l'enfance
- mesure limitée dans le temps

2. Placement de l'enfant

- danger ex. : sévices sur l'enfant
- placement limité dans le temps ex. : sévices sur l'enfant

c. Effets de l'assistance éducative sur l'autorité parentale

La mise en place d'une mesure d'assistance éducative ne signifie pas la suppression de l'exercice de l'autorité parentale, les parents « *de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure* » (article 375-7 du Code civil).

Si l'enfant fait l'objet d'une AEMO, c'est-à-dire qu'il continue de résider au sein du foyer familial ou en cas de séparation chez l'un et l'autre de ses parents alors ces derniers conservent l'intégralité de leurs prérogatives liées à l'autorité parentale et bénéficient simplement de l'aide et de la surveillance de tel ou tel professionnel.

Seules les obligations prononcées en supplément par le juge des enfants (obligation pour l'enfant de suivre tel protocole médical ou d'être scolarisé) peuvent éventuellement impacter l'exercice de l'autorité parentale des parents.

En revanche, si l'enfant fait l'objet d'un placement alors l'impact sera plus important. Les parents ne peuvent pas s'opposer aux actes usuels réalisés par le tiers à qui a été confié l'enfant mais doivent simplement être informés. En revanche les actes dits non-usuels doivent faire l'objet de leur aval.

Le juge des enfants pourra toujours autoriser le tiers à passer seul l'acte s'il en va de l'intérêt de l'enfant.

Les parents pourront toujours procéder au suivi de la vie de leur enfant (consultation des bulletins de scolarité, connaissance des traitements médicaux de l'enfant, droit de correspondance, etc.).

Il est également possible en application de l'article 375-7 alinéa 4 du Code civil que les parents bénéficient d'un droit de visite et/ou d'hébergement en cas de placement de l'enfant et ce, y compris dans un lieu appelé médiatisé.

Les parents restent tenus à leur obligation d'entretien de l'enfant sauf hypothèse où le juge des enfants les en aurait déchargé c'est-à-dire que les parents peuvent être redevables envers le tiers à qui a été confié l'enfant d'une pension alimentaire.

Bibliographie

- Malaurie P. & Aynes L., *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, 6^e édition, Defrenois, 2012.
- Thery I. & Leroyera-M., *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Édition Odile Jacob, 2014.
- Claux P.-J. & David S. (dir.), *Droit et pratique du divorce*, 4^e édition, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2017.
- Courbe P. & Gouttenoire A., *Droit de la famille*, 7^e édition., Dalloz, coll. « Sirey », 2017.
- Grimaldi M. (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 6^e édition, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2017.
- Schiller S., *Droit des biens*, 8^e édition, Dalloz, coll. « cours », 2017.
- Granet Lambrechts F. & Hilt P., *Droit de la famille*, 6^e édition, Édition PUG, coll. « Droit en plus », 2018.
- Terre F., Goldie-Genicon C. & Fenouillet D., *La famille*, 9^e édition, Dalloz, coll. « Précis », 2018.
- Vignal T., *Droit international privé*, 4^e édition, Dalloz, coll. « Sirey », 2017.
- Revel J., *Les régimes matrimoniaux*, 9^e édition, Dalloz, coll. « Cours », 2018.
- Murat P. (dir.), *Droit de la famille*, 8^e édition, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2019.
- Egea V., *Droit de la famille*, 3^e édition, LexisNexis, coll. « Manuel », 2020.
- Renault-Brahinsky C., *Droit des régimes matrimoniaux*, 11^e édition, Gualino, coll. « Mémento », 2020.
- Chaminade D. (dir.) & Gall-Kiesmann F. (dir.), *Droit de la famille*, Francis Lefebvre, Coll. « Mémento pratique », 2020.

Index

A

abandon 11, 82, 86
abandon de famille 82
abandon du domicile conjugal 86
accouchement 125, 131
acte de mariage 64, 100, 105
acte de naissance 12, 33, 56, 59, 60, 64, 85, 105, 125, 126, 127, 128, 130, 133, 148, 149, 150, 153
acte de notoriété 64, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 135
action en recherche de maternité / paternité 130
administration légale 164, 165, 166, 173
adoption 28, 58, 123, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 152, 153, 157, 167, 173
adultère 13, 35, 80, 81, 117
altération définitive du lien conjugal 95, 96, 97, 101, 104, 105, 106, 108, 112, 116
assignation 96, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108
assistance 17, 28, 29, 35, 52, 79, 81, 82, 114, 147, 150, 152, 159, 167, 171, 174, 176, 177, 178
assistance éducative 159, 167, 171, 174, 176, 177, 178
audience de conciliation 102

audience d'orientation et sur mesures provisoires 107

autorité parentale 69, 102, 110, 119, 121, 122, 140, 141, 143, 145, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 178

B

bigamie 56, 57, 66, 68, 69, 73, 76
bioéthique 150, 151, 153

C

célébration du mariage 12, 33, 44, 49, 51, 52, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 68, 72, 73, 75, 88, 100, 119
certificat médical 49, 50
charges du mariage 17, 18, 36, 82, 85, 86, 89, 90, 113, 114
communauté de toit 10, 11, 35, 83
concubinage 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 31, 35, 44, 119
consentement 15, 28, 29, 37, 38, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 63, 64, 65, 67, 73, 74, 75, 76, 88, 89, 91, 92, 93, 95, 99, 101, 104, 112, 121, 128, 138, 139, 140, 142, 144, 152, 153, 154, 167
consentement mutuel 95, 99, 101, 104, 112
constatation de la possession d'état 130, 132

contestation 125, 129, 132, 133, 134,
135, 153
contribution aux charges 18, 36, 37, 85,
86, 121
contribution aux charges du mariage
18, 36, 37, 85, 86, 121

D

délégation de l'autorité parentale 171,
174
délégation de l'autorité parentale 171,
173
dettes ménagères 87
dissolution 9, 20, 26, 27, 36, 39, 43, 44,
45, 47, 56, 66, 67, 85, 95, 109, 111, 113,
116, 117, 127
divorce 13, 42, 57, 76, 77, 79, 80, 81, 82,
83, 84, 85, 86, 89, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107,
108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116,
117, 122, 127, 128, 145, 161, 162, 179
divorce accepté 101, 105, 106
domicile conjugal 80, 82, 83, 84, 96, 102,
117
dommages et intérêts 20, 21, 32, 35, 45,
66, 67, 77, 79, 81, 91, 116, 117
droit de visite et d'hébergement 102,
110, 163, 168

E

effet de la loi 125, 126, 127, 129
émancipation 51, 157, 158, 165, 169, 173
enrichissement injustifié 20, 23, 24

F

facultés mentales 52
fécondation 150, 151
fidélité 14, 17, 30, 34, 35, 52, 79, 80, 81
filiation 58, 59, 69, 77, 85, 123, 125, 126,
127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134,
135, 137, 140, 141, 145, 147, 148, 149,
150, 152, 153, 157, 159, 161

G

gains et salaires 89
gestation pour autrui 131, 147, 148, 149,
150, 154
gestation pour autrui. 148

I

inceste 30, 57, 73, 126, 129
infidélité 35, 80, 81, 97, 98
insémination artificielle 150, 151
intention matrimoniale 52, 53, 68

J

juge des enfants 159, 167, 172, 175, 176,
178

L

logement familial 88, 89

M

mariage 7, 10, 11, 12, 17, 25, 27, 28, 30,
31, 34, 35, 38, 42, 43, 44, 47, 49, 50,
51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,
61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70,
71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82,
84, 85, 86, 89, 95, 96, 97, 98, 99, 101,
109, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 119,
120, 122, 127, 128, 129, 131, 138, 145,
157, 166, 167, 173
mariage posthume 55, 56, 63
mariage putatif 53, 77
mater semper certa est 125
minorité 131, 132, 134, 139, 169

N

novation 25
nullité du mariage. 54, 55, 73, 75

O

obligation à la dette 19

opposition à mariage 50, 65, 68, 69, 70,
71

ordonnance de protection 17, 79, 95,
117, 118, 119, 120, 121, 122

P

pacte civil de solidarité 7, 12, 17, 27, 28,
29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38,
40, 41, 42, 43, 44, 45, 118, 121

pacte civil de solidarité 30

pension alimentaire 82, 102, 116, 178

placement 143, 176, 177, 178

possession d'état 125, 126, 127, 128, 129,
130, 131, 132, 133, 134, 135

prestation compensatoire 77, 99, 104,
113, 114, 115

procréation médicalement assistée
123, 147, 150, 152, 153, 154

publication des bans 60, 63, 64, 66, 68,
72

R

réconciliation 98, 128

reconnaissance 125, 126, 128, 129, 132,
133, 148, 150, 153, 154

rente viagère 115

requête 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108,
122, 175

requête commune 103

rétablissement de la présomption de
paternité 128, 130, 132

S

société créée de fait 20, 21, 22, 23

T

témoins 23, 59, 62, 64, 72, 118, 120, 130

V

violences conjugales 79, 84, 98, 107,
118, 162

Table des matières

Liste des principales abréviations	5
Titre 1. Les couples non mariés	7
Chapitre 1. Le concubinage	9
A. La formation du concubinage.....	9
a. Les caractéristiques du concubinage.....	9
b. La preuve du concubinage.....	12
B. Les effets du concubinage	14
a. Le régime des biens des concubins	14
1. La propriété	14
2. La preuve de la propriété	15
b. Les effets du concubinage	17
1. Les effets du concubinage entre concubins	17
2. Les effets du concubinage à l'égard des tiers.....	19
C. La dissolution du concubinage	20
a. L'indemnisation en raison de la rupture du concubinage	20
b. L'indemnisation sur le fondement de la société créée de fait.....	21
c. L'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié	23
d. L'indemnisation en raison de la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile.....	24
Chapitre 2. Le pacte civil de solidarité	27
A. Les conditions de formation du pacte civil de solidarité	27
a. Les conditions de fond.....	28
1. La capacité.....	28
2. Le consentement	29
3. Notion de vie commune et empêchements.....	30
b. Les conditions de forme	31
1. La rédaction d'une convention.....	31
2. L'enregistrement de la convention.....	32
B. Les effets du pacte civil de solidarité.....	34
a. Les droits et obligations entre les partenaires.....	34

1.	Les effets personnels découlant du pacte civil de solidarité.....	34
2.	Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité	36
b.	Le régime des biens des partenaires	38
1.	Le pacte civil de solidarité conclu antérieurement au 1 ^{er} janvier 2007	38
2.	Le pacte civil de solidarité conclu postérieurement au 1 ^{er} janvier 2007	40
3.	Les droits des partenaires envers les tiers.....	41
C.	La dissolution du pacte civil de solidarité	43
a.	Les causes de dissolution du pacte civil de solidarité.....	43
b.	Les conséquences liées à la dissolution du pacte civil de solidarité	44

Titre 2. Les couples mariés..... 47

Chapitre 1. Les conditions de formation du mariage 49

A.	Les conditions de fond	49
a.	La suppression des conditions liées à l'état de santé ou à la différence de sexe.....	49
1.	La suppression du certificat médical prénuptial.....	49
2.	La suppression de la prohibition du mariage pour les couples de personne de même sexe	50
b.	L'âge et le consentement.....	51
1.	La majorité.....	51
2.	Le consentement	52
	<i>L'absence de consentement</i>	52
	➤ <i>L'absence des facultés mentales</i>	52
	➤ <i>Le défaut d'intention matrimoniale</i>	52
	<i>Les vices du consentement</i>	54
	➤ <i>Le dol</i>	54
	➤ <i>L'erreur</i>	54
	➤ <i>La violence</i>	55
3.	Le mariage posthume.....	55
c.	Monogamie et exogamie.....	56
1.	La prohibition de la bigamie	56
2.	La prohibition de l'inceste.....	57
B.	Les conditions de forme.....	59
a.	Les conditions de forme en amont de la célébration du mariage	59
1.	La constitution du dossier et l'audition préalable des futurs époux	59
2.	La publication des bans.....	60
b.	La célébration de la cérémonie	61
1.	Le lieu de la célébration du mariage.....	61
2.	La présence des témoins	62
3.	Le déroulement de la cérémonie.....	62
c.	La preuve du mariage	64

C.	Les sanctions du non-respect des conditions de formation du mariage....	65
a.	Les sanctions à l'égard des personnes.....	65
1.	Les sanctions de l'officier de l'état civil	65
2.	Les sanctions à l'égard des époux	67
b.	Les sanctions à l'égard du mariage.....	68
1.	La sanction en amont de la célébration du mariage :	
	l'opposition à mariage	68
	<i>Les titulaires de la possibilité de s'opposer à mariage</i>	68
	<i>La procédure de l'opposition à mariage</i>	70
	<i>Les effets de l'opposition à mariage</i>	71
2.	La sanction postérieure à la célébration du mariage : la nullité ...	72
	<i>Les différentes classifications des irrégularités</i>	
	<i>de la célébration du mariage</i>	72
	<i>Le régime des nullités</i>	73
	<i>Les effets de la nullité du mariage</i>	76
	Chapitre 2. Les effets du mariage	79
A.	Les effets extra-patrimoniaux du mariage.....	79
a.	Les devoirs des époux	79
1.	Le respect	79
2.	La fidélité.....	80
3.	L'assistance	81
4.	Le secours.....	82
b.	La communauté de vie.....	83
1.	La communauté de toit.....	83
2.	La communauté de lit.....	84
c.	Les effets quant à l'usage du nom.....	85
B.	Les effets patrimoniaux.....	85
a.	La contribution aux charges du mariage	85
b.	La solidarité aux dettes du ménage	87
c.	Les pouvoirs de gestion des biens	88
1.	Le logement familial	88
2.	Gestion des comptes bancaires/perception des gains	
	et salaires.....	89
3.	La présomption de gestion en matière mobilière.....	90
4.	Les mesures de gestion en présence de difficultés du couple	91
	Chapitre 3. La dissolution du mariage	95
A.	Les fondements du divorce	95
a.	L'accord des parties sur le principe du divorce	95
b.	Le divorce pour altération définitive du lien conjugal	96
c.	Le divorce pour faute	97
B.	Les procédures de divorce	99
a.	Les procédures initiées avant le 1 ^{er} janvier 2021	99
1.	Le divorce par consentement mutuel par acte sous seing	
	privé contresigné par avocats	99

2.	Le divorce par consentement mutuel judiciaire.....	101
3.	Le tronc commun des autres divorces (divorce accepté, divorce pour altération définitive du lien conjugal et divorce pour faute)	101
	<i>Le dépôt de la requête en divorce</i>	101
	<i>L'audience sur tentative de conciliation</i>	102
	<i>La poursuite de la procédure : requête commune, assignation et période de mise en état</i>	103
	<i>L'audience de plaidoirie et le prononcé du divorce</i>	105
b.	Les procédures initiées après le 1 ^{er} janvier 2021	106
1.	L'assignation comme acte introductif d'instance	106
2.	L'audience d'orientation et sur mesures provisoires	107
3.	La modification du délai du divorce pour altération définitive du lien conjugal.....	108
4.	L'acceptation du principe du divorce	108
C.	Les effets de la dissolution du mariage	109
a.	Les effets extra-patrimoniaux.....	109
1.	L'usage du nom	109
2.	Les mesures relatives aux enfants	110
b.	Les effets patrimoniaux	111
1.	Proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.....	111
2.	Date des effets du divorce	112
3.	Révocation des donations et avantages matrimoniaux.....	113
4.	Prestation compensatoire	113
5.	Pension alimentaire pour les enfants.....	116
6.	Allocations de dommages et intérêts.....	116
D.	L'ordonnance de protection	117
a.	Les destinataires de l'ordonnance de protection	118
b.	Les conditions au prononcé de l'ordonnance de protection	119
c.	Les mesures et leur durée.....	120

Titre 3. La filiation..... 123

Chapitre 1. La filiation par procréation..... 125

A.	L'établissement du lien de filiation.....	125
a.	L'établissement non-contentieux du lien de filiation	125
1.	La filiation maternelle	125
	<i>L'effet de la loi</i>	125
	<i>La reconnaissance</i>	126
	<i>La possession d'état</i>	126
2.	La filiation paternelle.....	127
	<i>Effet loi</i>	127
	<i>Reconnaissance</i>	128
	<i>Possession d'état</i>	129
b.	L'établissement contentieux du lien de filiation	130

1.	L'action en recherche de maternité et de paternité	130
2.	L'action en rétablissement de la présomption de paternité	132
3.	L'action en constatation de la possession d'état.....	132
B.	La contestation de la filiation	133
a.	L'action en contestation de la filiation maternelle/paternelle.....	133
1.	Titre corroboré par la possession d'état.....	133
2.	Titre non-corroboré par la possession d'état	134
b.	L'action en contestation de la possession d'état	135
Chapitre 2.	La filiation par adoption.....	137
A.	Les conditions à l'adoption	137
a.	Les conditions liées à l'adoptant.....	137
b.	Les conditions liées à l'adopté	138
1.	L'adoption plénière	138
2.	L'adoption simple.....	139
B.	Les enfants adoptables	140
a.	Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption	140
b.	Les pupilles de l'État	141
c.	Les enfants ayant fait l'objet d'une déclaration judiciaire de délaissement	141
C.	La procédure d'adoption	142
D.	Les effets de l'adoption	144
a.	Les effets de l'adoption simple	144
b.	Les effets de l'adoption plénière.....	145
Chapitre 3.	La procréation médicalement assistée	147
A.	La gestation pour autrui	147
a.	Principe : la prohibition en France de la gestation pour autrui	147
b.	L'atténuation : la lente reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui.....	148
B.	La procréation médicalement assistée autorisée.....	150
a.	Les techniques autorisées en droit français	150
b.	Les conditions d'accès	151
c.	Les effets de la procréation médicalement assistée	152
Titre 4.	L'autorité parentale.....	155
Chapitre 1.	L'attribution et le retrait de l'autorité parentale	157
A.	Les bénéficiaires de l'autorité parentale	157
B.	La fin de l'autorité parentale.....	158
Chapitre 2.	L'exercice de l'autorité parentale	161
A.	Les bénéficiaires et le retrait de l'exercice de l'autorité parentale	161
B.	L'étendue de l'autorité parentale.....	162
a.	Les actes et choix effectués par les parents dans l'intérêt de l'enfant	162

1. La distinction des actes usuels et non usuels.....	162
2. Résidence, éducation, religion et santé	163
b. La gestion du patrimoine de l'enfant.....	164
c. La place de l'enfant	166
1. L'autonomie du mineur	167
2. Le mineur associé aux décisions.....	168
3. La protection du mineur relativement aux actes passés	168

**Chapitre 3. Les aménagements de l'autorité parentale :
la délégation de l'autorité parentale et l'assistance éducative** 171

A. La délégation de l'autorité parentale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales et du tribunal judiciaire.....	171
a. Les différents types de délégation relevant du juge aux affaires familiales.....	171
1. Volontaire	171
2. Forcée	172
b. Les effets de la délégation.....	173
c. La fin de la délégation.....	173
d. La délégation de l'autorité parentale relevant de la compétence du tribunal judiciaire : la délégation indirecte ...	173
B. L'assistance éducative	174
a. Conditions et procédure à la mise en place d'une mesure d'assistance éducative	174
b. Mesures existantes	176
c. Effets de l'assistance éducative sur l'autorité parentale	178

Bibliographie.....	179
---------------------------	------------

Index.....	181
-------------------	------------