

SOMMAIRE

Section 1 : Définition de la famille.....	12
I.la parenté et l’alliance.....	12
A.la parenté.....	12
B. l’alliance	13
II.la diversité des modèles familiaux	14
A.les figures classiques	14
B.les figures contemporaines	14
Section 2 : l’objet du droit de la famille.....	15
I. la dualité du droit de la famille	15
III.les limites du droit de la famille	15
Section 3 : l’évolution du droit de la famille	16
I. le code napoléon	17
A. l’inégalité.....	17
B. La réduction des libertés	17
II. le droit contemporain	18
A.les sources.....	18
B.les causes	19
C. l’accomplissement de l’égalité.....	20
D. l’épanouissement de la liberté	21
III. l’apparition d’une famille à la carte.....	22

Section 4 : les sources du droit de la famille.....	23
I.les sources nationales	23
II.les sources internationales	23
Titre 1 : Le couple dans le mariage	24
Sous titre : la formation du mariage	25
Chapitre 1 : les conditions de fond du mariage	25
Section 1 : les conditions d'ordres physiologique.....	25
I. différence de sexe.....	25
II. l'âge matrimonial	26
III. l'examen médical prénuptial.....	26
Section 2 : les conditions d'ordres psychologique	27
I. le consentement des époux	27
A. l'accord avant la célébration	27
B.les clauses limitative de la liberté matrimonial	28
C. le consentement exprimé lors de la célébration du mariage	28
II.les vices du consentement.....	30
A .le dol	30
B.la violence	30
C. l'erreur.....	30
III .l'autorisation des familles	31
A.les personnes habilités à autoriser le mariage d'un mineur	31
B.les formes et caractères de l'autorisation.....	32
Section 3 : les conditions d'ordres sociologique	32
I. l'empêchement de bigamie	32

II. l'empêchement d'inceste.....	33
Chapitre 2 : les conditions de forme du mariage	34
Section 1 : les formalités antérieures à la célébration	34
I. la publication du projet de mariage	34
II. la production de certaine pièces	34
Section 2 : le rite de la célébration du mariage	35
I. le lieu du mariage.....	35
II. la date du mariage	35
III. La publicité de la célébration	35
IV. la comparution des époux est nécessaire	35
V. la présence des témoins et des personnes dont l'autorisation est requise si elle n'a pas été donné par écrits.	36
VI. le déroulement de la cérémonie.....	36
Section 3 : la preuve du mariage	36
I. le principe	37
II. les exceptions	37
A. la preuve par tout moyen.....	37
B. preuve du mariage par la possession d'État	37
Chapitre 3 : la sanction des conditions de formation du mariage.....	37
Section 1 : la prévention des nullités.....	37
I. les personnes pouvant faire opposition	37
A. les personnes pouvant faire opposition pour n'importe quel motif prévu par la loi.....	38
B. personnes ne pouvant faire opposition que pour certains motifs	38

C.le ministère public	38
II. les formes de l'opposition	38
III.les effets de l'opposition.....	38
Section 2 : la réglementation restrictive des nullités.....	39
I.le domaine des nullités	39
A.les empêchements diriment.....	39
B.les empêchements simplement prohibitif	40
II.l'action en nullité	40
A.l'exercice de l'action en nullité absolue.....	40
C.l'exercice de l'action en nullité relative	41
III.les effets de la nullité	41
A.le principe, l'application du droit commun.....	41
B.le mariage putatif	42
Sous titre 2 : les effets du mariage	43
Chapitre 1 : les effets personnels	44
Section 1 : les rapports de réciprocité	45
I.devoir de fidélité.....	45
II.devoir d'assistance.....	45
III.l'obligation de communauté de vie.....	45
IV.le devoir de respect	45
Section 2 : les rapports d'égalité	45
I.la direction de la famille.....	45
II.le choix de la résidence de la famille.....	46
Section 3 : caractère et sanction	46

I.caractère.....	46
II.les sanctions	47
A.sanction pénale	47
B.les sanctions civiles.....	47
Chapitre 2 : les effets pécuniaires du mariage.....	47
Section 1 : le régime primaire	48
I.les règles d'associations.....	48
A. Le devoir de secours entre époux.....	48
B.le statut du logement de la famille	48
C.le statut des dettes ménagères	49
II.les règles d'indépendances minimums	49
III.les règles de crise.....	50
Section 2 : le régime matrimonial.....	50
I.les régimes de communauté.....	51
A.la communauté légale	51
B.les communautés conventionnelles	52
II. Le régime de la séparation des biens	52
III. Le régime de la participation aux acquêts.....	53
Sous titre 3 : la dissolution du mariage.....	53
Chapitre 1 : le divorce	53
Section 1 : notion générale.....	53
I.le problème législatif du divorce.....	53
A.la chute de l'empire et la restauration	54
B.la troisième république	54

C.la loi du 11 juillet 1975	55
Section 2 : les cas de divorce	55
I.le divorce par consentement mutuel	56
II.le divorce accepté	58
III.le divorce pour altération définitive du lien conjugal	58
A.le droit antérieur à la loi du 26 mai 2004.....	59
B.le droit issu de la loi du 26 mai 2004	59
IV.le divorce pour faute	60
A.la définition de la faute	60
B.les faits paralysants les effets de la faute	61
Section 3: La procédure de divorce	63
I. Les règles communes à tous les cas de divorce	63
A. Le procès	63
B. La preuve.....	66
C. Les mesures provisoires.....	67
II. Les règles particulières aux différents cas de divorce.....	70
A. Le divorce par consentement mutuel	70
B. Autres cas de divorce	70
Section 4: Les effets du divorce	72
I.Le plan pécuniaire.....	72
A. Le devoir de secours.....	73
B. le logement de la famille	77
C.les donations et avantages matrimoniaux	77
D. les dommages et intérêts	80

E. la liquidation du régime matrimonial	80
III.le plan personnel	81
III. la date des effets du divorce.	81
Chapitre 3 : la mort d'un époux.....	82
A.la mort fait évidemment disparaître les effets personnels sur mariage..	82
B.la mort emporte disparition des effets pécuniaires du mariage	83
I. La constitution de l'union libre.	84
II. Les effets de l'union libre.	85
A.Le plan personnel.	85
B. Le plan pécuniaire.	85
IV.La rupture de l'union libre	86
Chapitre 2 Le pacte civil de solidarité.....	86
Section 1 La conclusion du PACS	88
I.Conditions de fond.....	88
A) Conditions relatives aux personnes.....	88
B) Conditions relatives à l'objet de la convention	89
II.Conditions de forme	89
Section 2 : Les effets du PACS.....	90
I.Les effets personnels	90
II.Les effets patrimoniaux.....	91
A.Le PACS crée d'abord des obligations à la charge des partenaires	91
C. Le PACS produit certains effets au regard des lois sociales et fiscales. ..	93
III.Le plan successoral	93
Section 3 : L'extinction du PACS	94

I.Les causes de l’extinction.....	94
II.Suites de l’extinction.....	95
SECONDE PARTIE : L’ENFANT	96
Titre Premier : L’établissement du lien.....	96
Chapitre 1 : La filiation par le sang	96
Section 1 : les modes de preuves non contentieux de la filiation	98
I.Les modes de preuves propres à la filiation paternelle ou maternelle	98
A.L’acte de naissance.....	98
B.La présomption de paternité	99
II. les modes de preuve commun à la filiation maternelle et paternelle.....	101
A.La reconnaissance	101
B.La possession d’état	103
Section 2 : la preuve contentieuse de la filiation	105
Sous section 1 : les règles communes aux actions en justice relative à la filiation	105
I.La procédure.....	105
A.S’agissant de la compétence	105
B.S’agissant de l’état de l’enfant.....	105
C.S’agissant des caractères de l’action.	106
D.Les caractères du jugement	106
II.La preuve	106
Sous section 2 : les actions en justice portant directement sur la filiation	107
I.L’action en constatation.....	107
A.La constatation de la filiation maternelle	107
B.La constatation de la maternité.....	108

II. Les actions en contestation de filiation	108
A. La preuve à rapporter	109
B. Le régime de l'action	109
C. Les résultats de l'action	110
Sous section 3 : les actions en justice ne portant qu'indirectement sur la filiation.....	110
I. L'action en nullité de la reconnaissance	110
II. Les actions relatives à la possession d'état	110
A. L'action en constatation de possession d'état.....	110
B. L'action en contestation	111
Section 3 : les règles particulières au cas de procréation médicalement assistée (PMA).....	112
I. Les conditions de la PMA	112
A. Les personnes qui recourent à la PMA	112
B. Les causes de la PMA	112
C. Les méthodes	113
D. Quant au tiers donneur des gamètes	113
II. La filiation de l'enfant issu d'une PMA	113
Section 4 : les conflits de filiation	114
Chapitre 2 : la filiation adoptive	115
I. Définition	115
II. Histoire de la filiation adoptive	115
Section 1 : l'adoption plénière	116
I. Les conditions de fond	116

A. Condition relative à la personne de l'adoptant	116
B. Les conditions relatives à la personne de l'adopté	116
C. Les rapports en l'adoptant et l'adopté	118
II. La procédure de l'adoption plénière	118
A. Le placement en vue de l'adoption plénière	118
B. Le jugement d'adoption	119
III. Les effets de l'adoption plénière	119
A. La rupture entre l'adopté et sa famille d'origine	120
Section 2 : l'adoption simple	120
I. Les conditions de l'adoption simple	120
II. La procédure de l'adoption simple	121
III. Les effets de l'adoption simple	121
A. Les effets d'intégration	121
B. L'absence d'effet de rupture	121
IV. La révocation de l'adoption simple	122
A. Conditions	122
B. Effet de la révocation	122
Titre 2 : les effets de la filiation	123
Chapitre 1 : les effets de la paternité ou de la maternité	123
Section 1 : l'autorité parentale	123
I. L'attribution de l'autorité parentale	123
A. L'enfant par le sang	123
B. L'enfant adoptif	124
II. Les effets de l'autorité	124

A.Quant à la personne de l'enfant	124
B.quant au patrimoine de l'enfant	126
III.Le contrôle de l'autorité parentale	127
A.Le retrait de l'autorité parentale	127
B.Les mesures d'assistance éducative	127
C.La délégation d'autorité parentale	128
Section 2 : l'obligation d'entretien	129
I.Objet.....	129
II.Durée	129
III.Exécution	129
Section 3 : l'action à fin de subsides.....	130
I.Conditions de l'action	130
A.Les parties	130
B.Délai	130
C.Preuve	130
D.Moyens de défense	130
II.Les effets de l'action	130
A.Les subsides accordées à l'enfant.....	131
B.L'état de l'enfant	131



Quelques informations générales. Certains ont la matière en TD, les instruments de travail sont le cours et un manuel aux choix (en prendre un à jour notamment sur le droit de la filiation de 2006). Les fiches de TD sont assez importantes. Pour ceux qui n'ont pas la matière en TD, on peut apprendre le cours soit sur le cours soit sur un livre, il nous donnera une liste des questions qui seront posées à l'orale (il s'agit d'une vraie orale). Pour ceux qui ont la matière en TD la dissertation sera un sujet de synthèse du cours, ce n'est pas une question de cours. Le sujet pratique ne sera jamais un commentaire d'arrêt, mais un cas pratique et une note d'arrêt (ce n'est pas un commentaire d'arrêt). Il ajoute que l'examen écrit est tel qu'il ne peut jamais être traité avec les seuls TD, il faut revoir tous le cours. On a droit au code, à l'écrit **et** à l'orale, il faut prendre un code de l'année.

SECTION 1 : DEFINITION DE LA FAMILLE

C'est une définition difficile. On peut proposer celle-ci, juridique c'est un groupement de personnes qui sont reliées entre elles par un engagement de vie commune ou par la filiation. L'engagement de vie commune, c'est le mariage ou le PACS (pacte civil de solidarité introduit par une loi du 15 novembre 1999

et profondément réformé par la loi du 23 juin 2006). La seule vie commune sans engagement, c'est-à-dire le concubinage ne crée juridiquement pas une famille. La filiation quant à elle est le lien juridique qui unit l'enfant à celui qui l'a fait, en cas de filiation par le sang, ou qui unit l'enfant à celui qui le reçoit, qui l'accueille comme si il l'avait fait, c'est l'adoption. Cette définition de la famille conduit à distinguer deux types de liens familiaux qui sont la parenté et l'alliance, et plusieurs modèles familiaux.

I. LA PARENTÉ ET L'ALLIANCE

A. LA PARENTÉ

Elle se définit comme le lien unifiant deux personnes qui descendent d'un auteur commun, c'est un lien du sang ou en cas de parenté adoptive un lien imité des liens du sang. La famille créée par la parenté est donc très étendue et on parle pour la désigner de lignage [descendance] ou encore de famille souche [origine], terme qui souligne l'origine commune des parents, par opposition au ménage ou à la famille foyer. Le ménage et la famille foyer sont fondés sur la communauté de vie, c'est donc une famille beaucoup plus restreinte. La parenté ainsi définie se précise par ce qu'on appelle la ligne et le degré.

1. la ligne

On distingue la ligne directe et la ligne collatérale. **La parenté en ligne directe unit deux personnes qui descendent l'un de l'autre, cette ligne se décompose en ligne ascendante** [origine] qui comprend ceux dont on descend et descendance qui comprend ceux qui descendent de nous. La ligne ascendante se décompose en une ligne de la mère et du père. La ligne collatérale unit deux personnes qui descendent d'un auteur commun mais pas l'un de l'autre (exemple frère et sœurs). Cette parenté en ligne collatérale peut être germaine est lorsque que les deux parents concernés ont des auteurs communs et des ascendants communs dans les deux lignes (même père et même mère). La parenté est consanguine lorsque les deux parents

concernés n'ont d'ascendant commun que dans la ligne paternel. Enfin, la parenté est utérine lorsque les deux parents considérés n'ont d'ascendant commun que dans la ligne maternelle.

La tendance du droit de la famille est de ne plus distinguer entre la parenté consanguine, germaine et utérine. On n'a que des frères et sœurs, pas de demi-frère et demi sœurs.

2. le degree

Il exprime la proximité de la parenté. On est parent au premier, deuxième etc.... degré. **Un degré se définit comme l'intervalle (741) qui sépare deux générations.** En ligne directe le degré de parenté est égale au nombre de génération qui sépare les parents considérés. En ligne collatérale le degré de parenté est égale à la somme du nombre des générations qui séparent de leur auteur commun de leur parent considéré (des sœurs sont parents aux deuxièmes degrés, on remonte jusqu'au père et on redescend jusqu'à l'autre sœur.). Il n'y a donc pas de parent au premier degré en ligne collatérale (743).

B. L'ALLIANCE

C'est le lien qui unie un époux aux membres de la famille de son conjoint, le lien qui unie un époux aux parents de son conjoint.

L'alliance est par définition un lien qui n'existe que dans la famille fondé sur le mariage. Par conséquent ni le concubinage, ni même le PACS ne créent un lien d'alliance.

L'alliance unie un époux et lui seul aux parents de son conjoint. Par exemple, Pierre est marié à Jeanne, Pierre a une sœur Marie, Jeanne a un frère Paul. L'alliance unie Pierre à Paul, Jeanne à Marie, mais par Marie à Paul.

L'alliance comprend une ligne directe et une ligne collatérale. L'allié en ligne directe est le parent en ligne directe du conjoint ou comme le conjoint du parent en ligne directe. Donc les ascendants de notre conjoint ou les enfants de notre conjoint, sont nos alliés en ligne directe. Mais il se définit aussi comme

le conjoint du parent en ligne direct, c'est-à-dire par exemple le conjoint des enfants de votre conjoint, donc la femme de votre fils. L'allié en ligne collatéral est le parent en ligne collatéral du conjoint (frère et sœur de votre femme) ou le conjoint de votre parent en ligne collatéral du conjoint (mari des frères et sœurs de votre femme).

Le lien d'alliance peut se dissoudre contrairement au lien de parenté. Le lien d'alliance disparaît-il avec le mariage qui l'a créé ? Nous verrons que le droit apporte des réponses.

II. LA DIVERSITÉ DES MODÈLES FAMILIAUX

Elle conduit à plusieurs distinctions. Avant on distinguait trois figures classiques, aujourd'hui on distingue d'autres figures nouvelles et plus nombreuses.

A. LES FIGURES CLASSIQUES

1. la famille légitime : elle est issue du mariage et de la procréation dans le mariage.
2. la famille naturelle : elle né de la parenté, hors mariage.
3. la famille adoptive ; elle est issue d'un acte juridique, l'adoption, qui tend à assimilé a un enfant légitime un enfant étranger par le sang. C'est une parenté simulé.

B. LES FIGURES CONTEMPORAINES

1. la famille conjugale [matrimonial]: celle qui est formé par un couple marié ou Pacsé.

2. la famille par le sang : elle unie les parents et sur laquelle est calqué la famille adoptive.
3. la famille unilinéaire : celle dans laquelle l'enfant n'est légalement rattaché qu'à un seul de ses parents. Exemple : l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de sa mère.
4. la famille monoparentale : celle dans laquelle l'enfant vie avec un seul de ses parents soit parce qu'il n'y en a qu'un seul (la famille sera alors également unilinéaire) soit parce que ses parents se sont séparés ou ont été séparé par la mort de l'un d'eux.
5. la famille recomposé : celle qui né du mariage ou du PACS entre deux personnes ayants eu des enfants dans d'autre union.
6. la « famille » de fait : c'est la « famille » sans lien de droit, c'est-à-dire la famille que constitue une filiation qui n'est pas juridiquement constaté et le concubinage.

SECTION 2 : L'OBJET DU DROIT DE LA FAMILLE

Il faut souligner deux choses, la dualité et les limites du droit de la famille

I. LA DUALITE DU DROIT DE LA FAMILLE

Au sens large c'est à la fois un droit des personnes et du patrimoine. C'est un droit des personnes en ce qu'il régit l'établissement du lien familiale et les effets personnels du lien familiale (sur la personne de l'enfant, sur la personne des époux etc....). C'est donc d'abord un droit des personnes. Mais il est aussi un droit du patrimoine en ce qu'il régit les effets patrimoniaux du lien familiale. Ainsi il défini les obligations pécuniaires entre parents, époux ou partenaire (exemple : obligation alimentaire). En outre, il précise le statut des biens acquis par les époux ou par les partenaires, c'est le droit des régimes

matrimoniaux [conjugal] et le droit du PACS. Enfin, le droit de la famille organise à la mort d'une personne la dévolution des biens aux membres de sa famille, c'est le droit des successions. Le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions forme le droit patrimonial de la famille qui c'est dégagé du droit de la famille au sens stricte. Mais attention, il ne faut surtout pas négliger l'ensemble que forme l'ensemble. Premièrement le législateur doit toujours veiller à la cohérence du statut personnel et du statut patrimonial sous peine de s'enfermer dans des contradictions. Par exemple, en 1965 l'article 215 du code civil énonce désormais le principe de la cogestion du logement de la famille, règle patrimonial suivant laquelle les époux ne peuvent disposer l'un sans l'autre du bien de la famille, mais l'article 213 maintien le principe du choix de résidence par le mari, règle personnelle. Donc les deux dispositions se contredisaient et donc se neutralisaient. Deuxième une politique de promotion de la famille implique toujours une protection du patrimoine familiale. Donc il existe une dualité du droit de la famille, mais il ne faut pas négliger l'unité de l'ensemble. Enfin, il faut ajouter qu'il existe à côté du droit de la famille au sens large, un droit fiscal de la famille et un droit social de la famille, c'est deux droit sont d'une importance majeure dans les politiques familiale.

III. LES LIMITES DU DROIT DE LA FAMILLE

La famille n'est pas perçue par le citoyen comme un groupement relevant principalement du droit de la famille. En effet, l'ordre juridique est un ordre qui est édicté et sanctionné par l'autorité publique, or les comportements familiaux obéissent très largement au sentiment d'affection ou a défaut a des normes différents (religieuse, morale, mœurs etc....) qui toute laisse à l'écart l'autorité publique. En d'autres termes, la famille relève largement du non droit (Carbonnier). Malgré cela, il a toujours existé un droit de la famille, ce n'est pas non plus la complète subordination du droit au mœurs, certaines réformes ont été adopté contre l'opinion dominante, c'est par exemple le cas de la loi du l'égalité des filiations ou encore l'introduction du PACS en 1999. On dit parfois que la loi à une vertu pédagogique. Les conséquences qui résulte du

fait que la famille relève pour beaucoup du non droit sont au nombre de deux. Premièrement il y a une intermittence [séparation] du droit en matière familiale, lorsque la famille vit en paix, elle vit hors du droit, mais lorsqu'elle est en crise l'appel au droit est alors puissant et passionnel. Dans ces situations il manque la rationalité du économique, c'est une question de principe, le conflit est alors l'exutoire [soulager] d'autres problèmes plus personnels. Deuxième il en résulte une certaine modestie du droit de la famille face aux autres systèmes normatifs. Cette modestie se vérifie par trois indices.

Lorsque la loi contredit radicalement les mœurs elle risque de rester lettre morte, elle ne s'applique pas. Il faut donc une certaine prudence législative en matière familiale, beaucoup de code moderne de la famille ont été un très grand échec dans les pays africains. Autre exemple, les projets d'unifications du droit de la famille au niveau international sont très timides. Dernier exemple, beaucoup de loi sont précédés d'enquêtes d'opinions.

Deuxième indice, le droit de la famille contient des prescriptions moins précises, moins minutieuses que le droit des obligations ou des affaires, très souvent il renvoie aux usages. Par exemple, l'article 383-3 du code civil renvoie concernant la capacité du mineur aux usages. Autre exemple, la jurisprudence soustrait au droit des régimes matrimoniaux et des successions, les présents d'usages (exemple don lors d'un mariage). Aujourd'hui il faut un peu nuancé car le droit des obligations par exemple est de plus en plus souple et renvoie souvent au bon père de famille.

Enfin, le droit contemporain de la famille traduit un désengagement juridique, le droit d'aujourd'hui lève des interdictions. Par exemple, la loi a levé l'interdiction de reconnaître les enfants adultérins. Il assouplit également les sanctions, par exemple en matière d'adultère. Or, selon Carbonnier, l'esprit de cette politique législative n'est pas la permissivité, mais un transfert à d'autre système normatif, comme la règle morale ou religieuse, de la compétence pour interdire. Par exemple, la loi ne dit pas faite des enfants adultérins. Mais ce désengagement du droit a été critiqué notamment par Malaurie. La première critique a été de dire que ce désengagement est illusoire, car il c'est produit en période de crise des valeurs donc il manque les normes relais. Deuxième critique se désengagement est inopportun car la famille relève de l'intérêt générale, et donc doit relever de la loi. Enfin, ce désengagement est d'une

excessive dureté pour le faible, pour ceux qui n'ont pas de morale individuelle assez forte, pour guider leur conduite. C'est ici l'idée que la liberté qui est laissée par le désengagement du droit est évidemment source de responsabilité (par exemple, avant si on ne supportait plus sa femme, à la fin de sa vie on pouvait dire j'ai loupé ma vie à cause de ma femme, alors que maintenant on ne peut s'en prendre qu'à soit car on peut divorcer)

SECTION 3 : L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE

Depuis la révolution, cette évolution est marquée par deux traits. Le progrès de la liberté et de l'égalité.

I. LE CODE NAPOLÉON

La législation, de 1789 à 1804, avait accru la liberté du mariage en laïcisant et en réduisant au minimum les formalités du mariage. Cette même législation avait introduit la liberté du divorce par consentement mutuel et même par volonté unilatérale. Enfin, cette même législation révolutionnaire avait consacré l'égalité entre tous les enfants en matière successorale sans aucune distinction entre enfant adultérin et légitime. Le législateur avec plus un but destructeur que libéralisateur ou égalitaire, il souhaitait briser la famille qui s'interposait entre l'état et le citoyen.

Bonaparte a souhaité arrêter la révolution et stabiliser la famille. La famille doit donc être protégée et structurée. Le code Napoléon, qui est un code de transaction, va donc retenir plus de l'ancien droit que du droit révolutionnaire, mais il conserve la laïcisation du mariage. La liberté et l'égalité par contre sont en très fort recul.

A. L'INÉGALITÉ

Dans le code de 1804 il y a une triple inégalité. Premièrement une inégalité entre le mari et la femme, le mari dirige la femme (la femme est la propriété de l'homme comme l'arbre fruitier et la propriété du jardinier). Cette direction touche d'abord la personne de la femme, suivant les articles 213 et 214 du code Napoléon, la femme doit obéissance a son mari, elle le suit la où il juge bon d'habité. Cette direction concerne également le patrimoine de la femme, la femme marié est frappé d'incapacité, elle est représenté par son mari, d'autre part si les époux sont mariés sous le régime de la communauté le mari gère seul le patrimoine. Deuxièmement, inégalité vis-à-vis des enfant, c'est au père seul qu'appartient l'autorité sur l'enfant, c'est la puissance paternel. C'est le père qui donne son nom à l'enfant, c'est le nom patronimique. Troisièmement, inégalité entre les enfants. Le code conserve quand même la suppression des privilèges de masculinité et d'âge dans les successions mais il réintroduit une très forte discrimination au profit des enfants naturels. Les enfants naturels simple n'hérite que de leur père et mère, pas de leur grand parent, mais leur droit sont divisé de moitié, et si ils sont adultérins la filiation ne peut être juridiquement établie, ils n'ont aucun droit.

B. LA RÉDUCTION DES LIBERTÉS

La liberté est très limité par le code Napoléon. Premièrement les formalités de mariage sont alourdies. Deuxièmement, le concubinage n'est pas reconnu, c'est du non droit. Troisièmement, le divorce est maintenu mais a des conditions très restrictive. Quatrièmement, l'adoption n'est admise que lorsque l'adopté a sauvé la vie de l'adoptant et ne produit que des liens très limite, il n'y a pas de rupture avec la famille d'origine. Cinquièmement, la femme est soumise à l'autorité de son marie et l'enfant à la puissance de son père, cette puissance incluant le droit de correction, c'est-à-dire un droit de faire emprisonné et que cette puissance dure jusqu'a ce que l'enfant est 21 ans et 25 ans pour autoriser le mariage.

En résumé, le code Napoléon ne ménage aucune option entre différents modèles familiaux et ne laisse place à aucune négociation dans la famille. Elle est construite sur un modèle institutionnel et absolument par consensuelle.

Enfin, le code considère la famille comme une famille souche, par les liens du sang, par exemple le conjoint n'hérite qu'en l'absence de parent au 12^{ème} degré.

Durant le 19^{ème} siècle et même jusqu'à l'année 1950, le droit de la famille a conservé ces traits de 1804. À certains égards même ces traits vont même s'accroître. C'est ainsi que le législateur a supprimé le divorce entre 1816 (le roi est de retour) et 1884. La jurisprudence traite très sévèrement les concubins. Elle annule beaucoup de libéralité qu'ils se font au motif que leur cause est immorale et illicite. Elle refuse à la concubine le droit de demander réparation au responsable de la mort de son concubin. Ainsi au milieu du 20^{ème} siècle, le droit français de la famille reste conçu sur le modèle d'une cellule fondée sur le mariage et dirigé par le mari. Simplement une évolution c'est amorcé dans le sens d'un recentrement de la famille, la famille foyer, tend à supplanter la famille souche fondée sur le sang. C'est ainsi qu'en 1917 les parents n'hérite plus que jusqu'au 6^{ème} degré. C'est ainsi qu'en 1891 le conjoint successoral acquiert une vocation successorale même en l'absence d'enfant, cette vocation se cessera de s'accroître.

II. LE DROIT CONTEMPORAIN

A. LES SOURCES

La loi. À partir des années 1960 a assisté à des réformes en cascade. Certains ont d'ailleurs dénoncé cette volatilité du droit de la famille. Quelles sont ces lois ? La loi du 14 décembre 1964 qui réforme le statut des mineurs 13 juillet 1965, grande réforme des régimes matrimoniaux, mais réforme qui sera remaniée par la loi du 23 décembre 1985. Loi du 11 juillet 1966, c'est la grande réforme de l'adoption. Loi du 3 juillet 1968 sur les incapables majeurs dont la

refonte est en cours. Loi du 4 juillet 1970 sur l'autorité parentale qui elle aussi a fait l'objet de re réforme. 1972, réforme de la filiation qui sera profondément modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Loi du 11 juillet 1975, sur le divorce profondément modifié par la loi du 26 mai 2004. Loi du 15 novembre 1999, sur le concubinage et le PACS, remanié par la loi du 23 juin 2006. Loi du 3 décembre 2001, sur le droit des successions. Loi du 4 mars 2002 sur le droit du nom. Enfin, loi du 23 juin 2006 sur les successions et les libéralités qui complète la loi de 2001.

La jurisprudence. Des évolutions ou des interprétations jurisprudentielles audacieuses ont renversé des solutions que l'on croyait acquise notamment sur les libéralités entre concubin.

Enfin, la dernière source est les conventions internationales.

B. LES CAUSES

1. les causes sociologiques

L'exode rural, et plus généralement la mobilité géographique, a emporté la dislocation des structures familiale étendu, elle a provoqué le passage de la famille souche à la famille foyer.

le travail des femmes : La mise au travail et l'accès progressif des femmes à des rémunérations égales. Ces phénomènes ont donné aux femmes le goûts de l'autonomie.

le déclin du sentiment religieux : Les devoirs religieux ont cessé de conforter les devoirs familiaux.

la contestation de l'autorité : L'esprit de cette contestation a évolué. Dans les années 1960-1970, époque de plein emploi et de libéralisation des mœurs, l'esprit de la contestation est très libertaire, quasi anarchiste, on conteste toute autorité, on aspire au non droit. Les concubins de l'époque sont allergiques aux règles. Dans les années 1980-1990, époque marquée par le chômage et le sida, l'esprit qui conteste l'autorité est un esprit démocratique, on conteste l'autoritarisme, l'unilatéralisme, on aspire à un droit négocié. Les concubins de ces années passent des contrats de concubinage.

les revendications des minorités

Les revendications des célibataires, des couples stériles, des homosexuels etc... ces autorités font valoir un droit à la différence, elle revendique de vivre leur différence doté d'un statut juridique, doté d'un état de droit. La satisfaction de cette revendication passe le plus souvent par l'ouverture d'une institution qui jusque là leur été fermé (ouverture de l'adoption au célibataire). Ces revendications s'exprime sous la forme des « droits à », de préférence sacralisé au niveau de droit de l'Homme, de droit fondamentaux (droit à l'enfant, droit au mariage etc...).

Cette première série de cause a fait triomphé a peu près partout la liberté et l'égalité.

2. les causes biologique

Les progrès de la biologie et de la médecine ont bouleversé le droit de la filiation en permettant l'identification génétique et les procréation assistés.

C. L'ACCOMPLISSEMENT DE L'ÉGALITÉ

1. l'accomplissement

Au plan personnel l'autorité maritale a été remplacé par la qualité de chef de famille en 1942, puis celle-ci a disparu pour laisser place en 1970 à la codirection de la famille. Aujourd'hui les époux assure ensemble la gestion des affaires familiales.

Au plan patrimonial, en 1965 la femme a conquis la gestion de ses biens propres qui avant appartenait au mari et aussi le droit d'être associé aux actes les plus grave portant sur les droits communs. Depuis 1985 elle gère la communauté sur un pied d'égalité parfait avec le mari (1421).

L'égalité des mères ????????????????????

Toute la législation après 1970 c'est assuré de garantir cette égalité lorsque les parents ne sont plus, ou non jamais été, unis par le mariage.

Il restait une séquelle d'inégalité entre les pères et mères dans l'attribution du nom, le nom du père restait privilégié malgré la loi de 1985 sur le nom d'usage. La loi du 4 mars 2002 a supprimé cette séquelle.

l'égalité entre les enfants, légitime, naturelle et adoptif.

Elle a été accomplie par les loi du 11 juillet 1966 et en 1972. Cette dernière a permis l'établissement de la filiation adultérine et leur a reconnu les mêmes droit successoraux que les enfants légitimes. Cette loi de 1972 a toutefois

maintenu une séquelle d'injustice au détriment des enfants adultérins. Dans certains cas la vocation successorales de ces enfants restait diminué. Cette séquelle d'inégalité a disparu avec la loi du 3 décembre 2001 qui a réformé les successions. Enfin, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé la distinction entre l'enfant naturelle et légitime. L'égalité c'est donc pleinement accompli.

2. les modalités de l'égalité.

L'association, c'est la cogestion. Les époux, les pères et mères doivent agir ensemble, l'un avec l'autre. C'est un système très lourd et qui n'est retenu que pour les actes graves. Exemple : la vente d'un immeuble dépendant de la communauté requière le consentement du mari et de la femme.

La deuxième forme d'égalité est l'égalité dans l'indépendance. Elle se traduit par un système de gestion exclusive. A chacun sont domaines réservés. Dans son domaine, le mari ou la femme peut agir seul et lui seul le peut. Ce système se rencontre par exemple sous le régime de la communauté légale pour la gestion des biens propres et des revenus professionnels.

La troisième forme d'égalité est l'égalité dans l'interdépendance, elle se traduit par un système de gestion concurrente. Le mari ou la femme, le père ou la mère, peut agir seul mais l'autre le peut aussi. Exemple : l'administration des biens de la communauté. Le mari peut donner l'immeuble a bail tout seul. Ce système présente un risque de décision contradictoire, mais ce risque n'est pas sérieux, ce système fonctionne bien dans la pratique.

Observation commune : l'égalité c'est traduit par un accroissement du rôle du juge qui doit tantot départager les époux / parents qui sont en situation de blocage, tantot contrôler l'exercice par l'un de prérogative qui lui appartienne, d'où l'apparition du juge aux affaires familiales qui est un juge spécialisé du

TGI. Mais attention, le TGI dans sa formation collégiale reste seul compétent sur les questions d'état et le juge des enfants reste seul compétent sur les mesures d'assistance éducative.

D. L'ÉPANOUISSEMENT DE LA LIBERTÉ

1. l'affaiblissement des contraintes.

Il y a une disparition des interdictions.

Entre époux.

Sur le plan patrimonial l'immutabilité patrimonial a laissé place à une libre mutabilité en 2006 sans contrôle judiciaire, sauf exception. De même sur le plan patrimonial toujours, toute une série de contrat qui était interdit entre les époux sont aujourd'hui permis (contrat de travail, contrat de société, contrat de vente etc...).

Sur le plan personnel, la libéralisation des divorces fait qu'un époux ne peut plus rester prisonnier de son mariage. Un époux coupable, peut aujourd'hui imposer le divorce à son époux innocent.

Du point de vue des enfants.

On a libéralisé les contrats. On a diminué l'âge de la majorité.

2. le contrôle des autorités.

Entre époux.

Toute autorité a disparu avec la suppression de la qualité de chef de famille.

Sur les enfants

Le contrôle de l'autorité c'est accentué, l'autorité parental a été placé sous le contrôle du juge, gardien de l'intérêt de l'enfant. Deuxièmement, tout enfant doué de discernement peut être entendu et être représenté de façon autonome lors d'une procédure qui le concerne. Enfin, le changement du nom de l'enfant suppose le consentement de l'enfant dès lors qu'il a plus de 13 ans.

III. L'APPARITION D'UNE FAMILLE A LA CARTE

A l'origine il n'existait qu'un type de famille : la famille légitime fondé sur le mariage. Aujourd'hui la loi offre plusieurs familiaux entre lesquels chacun peu choisir.

Exemple 1 : le concubinage produit aujourd'hui certain effet juridique prévu par des lois spéciales ou encore admis par la jurisprudence mais il reste limité. Pour avoir plus de droit il faut s'engager soit par un PACS soit par le mariage. La loi offre donc plusieurs solutions à un couple, le concubinage, le PACS et le mariage. En d'autre terme on peut vivre en couple en concubin, en partenaire ou en époux.

Exemple 2 : depuis 1972 les enfants naturels ont exactement les mêmes droits que les enfants légitimes. Par conséquent ceux qui veulent des enfants ont le choix de les faire dans le mariage ou hors mariage.

Exemple 3 : l'adoption est aujourd'hui ouverte à un couple (adoption conjugale) mais également à une personne seule (adoption individuelle)

SECTION 4 : LES SOURCES DU DROIT DE LA FAMILLE

I. LES SOURCES NATIONALES

C'est d'abord la loi car l'article 34 de la constitution place les régimes matrimoniaux, les successions et les régimes des personnes dans la compétence exclusive de la loi. Le gouvernement n'a qu'un pouvoir d'exécution.

C'est ensuite la constitution. Le conseil constitutionnel a intégré au bloc de constitutionnalité le préambule de la constitution de 1946 suivant lequel la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. D'autre part le conseil constitutionnel range certaine liberté familiale parmi les libertés et droits de valeur constitutionnel garantie par l'article 66 de la constitution ou encore il y voit des composantes de la liberté personnel protégé par les articles 2 et 4 de la DDH.

Exemple : le conseil constitutionnel le 12 et 13 août 1993 a déduit du préambule de la constitution de 1946 le droit au regroupement familiale, il doit donc être reconnu au étudiant étranger. Dans la même décision le droit au mariage est également un droit que garantie la constitution, est donc inconstitutionnel la disposition qui soumet le mariage d'un étranger à certaine conditions

II. LES SOURCES INTERNATIONALES

La Convention Européenne des droits de l'homme consacre dans son article 8 un droit au respect de la vie familiale et dans son article 12 le droit de se marier et de fonder une famille. En outre cette convention précise que la jouissance des droits quel reconnaît doit être assuré sans discrimination (14). De ces textes la cours de Strasbourg a tiré de multiple conséquence : est contraire à la convention la loi qui limite le droit d'un divorcé de se remarier (8 décembre 1987 contre la Suisse). Est contraire à la convention la loi qui interdit le mariage du transsexuel (11 juillet 2002 contre le Royaume Unis). Est contraire à la convention la loi qui limite la vocation successorale d'un enfant naturel fut il adultérin (Mazurek, 1 février 2000 contre la France). En revanche la cour à jugé que l'article 12 n'implique ni la permission du mariage homosexuel, ni la permission du divorce (1 décembre 1986), ni un droit au regroupement familiale (1996 contre la Suisse). Ces trois solutions peuvent très bien être abandonné dans les prochaines années car la cour européenne ne cesse de dire que son interprétation de la convention est dynamique et évolutive. Cette jurisprudence est contesté par beaucoup pour deux raisons :

. toute une série de droit sont déduis abusivement des droits expressément consacrés (exemple : arrêt Mazurek, déduire du droit de propriété le droit pour l'enfant adultérin d'hériter comme l'enfant légitime),

Charbonnier évoquait *une pluie de droit qui tombait du ciel de Strasbourg*. Ceux qui avance cette critique dise que le droit civil ce construit mal à partir de droit de l'homme qui finisse par se contre dire.

. la cour européenne ne respect pas suffisamment les marges d'appréciations des États, on lui reproche un mépris des différences de culture entre les États.

Le prof considère que c'est une bonne jurisprudence qui a fait avancé les choses.

La convention de New York sur les droits de l'enfant est entré en vigueur en France le 2 septembre 1990. elle a directement inspiré la loi du 8 janvier 1993 qui prévoit la prise en compte de la volonté de l'enfant dans toute procédure administrative ou judiciaire lorsqu'il est doté de discernement, et qui prévoit également qu'il faut le consentement de l'enfant de plus de 13 ans pour le changement de son nom. En 1993, par un arrêt du 10 mars la Cour de cassation avait jugé que cette convention n'avait pas d'effet direct, les citoyens ne pouvaient donc pas s'en prévaloir devant le juge français. Cette position a été abandonné par un arrêt du 18 mai 2005. La convention de New York a donc un effet direct.

Le pacte international relatif au droit civil et politique, souvent appelé Pacte de New York. Ce pacte a été adopté en application de la déclaration universel des droits de l'homme de 1948. Il garantie le droit au respect de la vie familiale et le droit de se marier.

Enfin, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été signé le 7 décembre 2002 avec le traité de Nice, elle devait entrer en vigueur avec la constitution européenne, elle n'est donc pas en vigueur. Elle consacre notamment le droit de se marier et le droit de fonder une famille. La cour de Strasbourg cite parfois cette charte comme un élément d'appréciation.

1^{ER} PARTIE : LE COUPLE

Il faut envisager le couple dans le mariage et hors mariage

TITRE 1 : LE COUPLE DANS LE MARIAGE

3 observations

Le nombre de mariage ne cesse de diminuer malgré quelques sursaut depuis les années 1970. Au début des années 1970 = 400.000 mariages par ans. 1990 = 250.000 2004 = 265.000. En valeur relative le taux de nuptialité est tombé de 1970 = 7,8 1990 = 5,1 2003=4,6. Cette crise ne signifie pas que le nombre de couple a diminué. Elle a donc pour corollaire l'augmentation du nombre de couple composé de *célibataire définitif* (Bénabent). Aujourd'hui en tout cas le concubinage avec ou sans PACS n'est plus un essai avant le mariage, c'est devenu une véritable alternative.

Le mariage a été laïcisé avec la révolution Française, le mariage religieux en France n'a aucune valeur légale, il est même interdit avant le mariage civil.

Le mariage pose une question classique : le mariage est il un contrat, un acte juridique dont la volonté des époux doit pouvoir régir les effets et l'extinction ou est il une institution, un statut impératif à prendre ou à laisser. En vérité c'est un mélange des deux. L'aspect contrat à toujours prévalu pour la formation et sa dissolution. Mais les deux aspects contractuelles et institutionnels se mêle pour ces effets.

SOUS TITRE : LA FORMATION DU MARIAGE

A propos des conditions auxquels un mariage peut être célébrer on parle d'empêchement à mariage car si elles ne sont pas réunis le mariage ne peut être célébrer. Il y a deux catégories, les empêchement dirimant (lorsqu'il fait obstacle au mariage, mais qui si il est passé outre justifie l'annulation du mariage) et les empêchement simplement prohibitif (font obstacles au mariage, mais si le mariage est quand même célébré il n'est pas nul. La sanction consiste en une mesure disciplinaire contre l'officier qui a prononcé le mariage et une amende contre les époux)

CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

SECTION 1 : LES CONDITIONS D'ORDRES PHYSIOLOGIQUE

I. DIFFÉRENCE DE SEXE

Cette condition est sous entendu par la loi aux articles 75 et 144 du code civil qui vise le mari et la femme. En outre cette condition a été expressément consacrée par la jurisprudence dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903. Enfin, cette condition procède de la coutume. En outre cette interdiction du mariage homosexuel n'est pas contraire à la CEDH car la cour de Strasbourg qui n'a jamais été saisie directement de la question dit que le droit au mariage s'entend du mariage traditionnel entre deux personnes de sexe différent (jugé a propos du mariage des transsexuel). Aussi bien la cour d'appel de Bordeaux par un arrêt confirmatif du 19 avril 2005 a maintenu la solution traditionnelle. Donc en droit positif il parait claire que la différence de sexe est une condition du mariage. Cependant la question du mariage homosexuel se pose en matière de politique législative. De nombreux pays (Belgique, Canada, Espagne...) on admit ce mariage, d'autre pose la question au regard de la CEDH en invoquant l'article 12 (droit de se marier) et l'article 14 (non discrimination). Selon eux la solution traditionnelle réaliserai une discrimination injustifié selon l'orientation sexuelle. La question est posée ! Il semble au prof que des éléments de réponse à cette question se trouve dans la définition même du mariage. Ou bien le mariage se définit comme l'union conventionnel de deux personnes qui s'oblige à la communauté de vie (215/212), à la fidélité, secours, respect, alors l'identité de sexe entre les membres du couple est sans doute indifférente. Ou bien on dit que le mariage est une institution qui est tourné vers la procréation, le mariage s'accomplie dans la filiation, alors le model du mariage n'est plus le couple mais le couple et l'enfant. On pourrait invoquer en ce sens l'article 213 du code civil qui parle de l'enfant dans la définition du couple. Dans ce cas le mariage homosexuel pose nécessairement dans son sillage le problème de l'adoption de l'enfant par le couple homosexuel. Si on retient cette définition du mariage, l'ouverture du mariage au couple homosexuel entraîne l'ouverture de l'adoption, et dans ce cas on peut invoquer l'intérêt de l'enfant qui peut justifier la méfiance législative.

Le cas des homosexuels mis a part la différence de sexe pose deux difficultés :

. le sexe d'un époux présente un vice qui le rend douteux. Selon une jurisprudence constante le mariage n'est pas nul. Le conjoint pourra alors plaider la nullité du mariage pour erreur sur la personne ou pour faute du conjoint qui n'a rien dit.

. le transsexuel (=celui qui change de sexe apparent au moyen d'un traitement médical en raison d'un désir obsessionnel de changement correspondant au sentiment intime d'appartenir à l'ordre sexe, il faut donc une discordance entre le sexe génétique et le sexe psychologique et/ou anatomique), la Cour de cassation a la suite de la jurisprudence européenne à admis la rectification de l'état civil du transsexuel. Cela admis le mariage du transsexuel pose deux problèmes. Premièrement, peut-il épouser une personne de son sexe d'origine ? A priori la réponse est oui en laissant de côté la nullité ou le divorce que pourrait demander l'autre. C'est dans ce sens qu'a statué la CEDH dans un arrêt de 11 juillet 2002 : le sexe ne peut plus être déterminé suivant des critères purement biologique, purement génétique. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence. Ces arrêts de la CEDH n'admettent en rien même implicitement le mariage homosexuel, bien au contraire. Deuxième question que pose le mariage des transsexuels, est la question du sort du mariage antérieur au changement, car on a alors un mariage de deux personnes du même sexe. La nullité du mariage est exclue car il a bel et bien été célébré entre deux personnes de sexe différent et la nullité s'apprécie lors de la formation. Il peut y avoir nullité pour erreur, pour ignorance du syndrome transsexuel. Il pourrait également y avoir divorce pour faute. Certains ont supposé qu'il y aurait caducité du mariage.

II. L'ÂGE MATRIMONIAL

La loi exige un âge minimum pour se marier. Cette condition est présentée de manière classique comme une condition physiologique de puberté ce qui atteste que le mariage est bien une institution tournée vers l'enfant. Mais c'est également une condition psychologique de maturité, d'où la modification intervenue avec la loi du 4 avril 2006. Avant l'âge minimum était de 15 ans pour la femme et 18 ans pour l'homme, depuis 2006 il est de 18 ans pour les deux. Cette modification se justifie à la fois par le principe de non-discrimination et par le souci de lutter contre les mariages forcés imposés aux filles. Cette

exigence de l'article 144 souffre d'un tempérament, le procureur de la République peut accorder une dispense pour motif grave, c'est toujours la grossesse de la future épouse.

III. L'EXAMEN MÉDICAL PRÉNUPTIAL

C'est une disposition qui a été posé par la loi du 16 décembre 1942. Chaque époux doit préalablement au mariage passer un examen médical. L'objectif de la loi est claire : lutter contre les MST et les maladies héréditaires. Pour garantir le respect de cette condition, le médecin doit remettre un certificat prénuptial sans lequel l'officier d'État civil ne peut procéder à la célébration. Mais attention, le certificat relate l'existence de l'examen mais non ses résultats et de plus le médecin est tenu au secret professionnel à l'égard du futur conjoint. Par conséquent un examen défavorable n'est pas un obstacle au mariage, l'intéressé est placé devant ses responsabilités, sa responsabilité civile, voir pénal pourra être engagé. Cette disposition a été maintenu après discussion en raison de l'apparition du SIDA au nom de la liberté individuelle.

SECTION 2 : LES CONDITIONS D'ORDRES PSYCOLOGIQUE

Il s'agit ici du consentement des époux, parfois l'autorisation des familles est requis.

I. LE CONSENTEMENT DES ÉPOUX

Le code civil exige se consentement au moment de la célébration. La Cour de cassation a eu a se prononcé sur la valeur des fiançailles et sur la validité des clauses limitatives de la liberté matrimonial.

A. L'ACCORD AVANT LA CÉLÉBRATION

Les fiançailles sont la promesse réciproque de ce prendre prochainement pour époux. Le code civil ne dit rien. La jurisprudence a posé deux principes :

. Les fiançailles ne constitues pas un contrat juridiquement obligatoire. Si elle constituait un tel contrat, la conséquence ne serait évidemment pas que le mariage pourrait être imposé au fiancé récalcitrant mais que la rupture

emporterait de plein droit condamnation à dommages et intérêts. Le souci de la jurisprudence est d'assurer la liberté du consentement jusqu'au jour de la célébration. La liberté du consentement est donc ici particulièrement protégé car c'est une liberté constitutionnelle.

. Les fiançailles sont un état de fait qui peut produire des conséquences juridiques. La rupture des fiançailles peut emporter deux conséquences. Premièrement la rupture peut engager la responsabilité civile de son auteur. Si la rupture est dû à un tiers qui a causé la mort d'un des fiancés, l'autre fiancé peut demander réparation en application du droit commun de la responsabilité. Si l'auteur de la rupture est l'un des fiancés, le fiancé défaillant peut voir sa responsabilité engagé sur le fondement de 1382, il faut donc que la rupture soit fautive. La faute ne résulte jamais dans le seul fait de la rupture, il faut une rupture circonstanciée.

Exemple : faute caractérisé par la manière de rompre brutal / tardive / inconvenante.

Elle peut également être caractérisé par les motifs de la rupture si ils sont illégitimes (exemple : considération de fortune ou encore de milieux sociales). La preuve de la faute devrait posé conformément au droit commun sur le fiancé abandonnée, la victime, mais la jurisprudence est incertaine parce qu'il y a sous jacent aux fiançailles un contrat avec une obligation de résultat. Dans tout les cas la rupture doit avoir causé un préjudice matériel ou moral. Deuxième effet que la jurisprudence fait produire à la rupture du mariage, les cadeaux fait en considération du mariage futur doivent être restitué. La jurisprudence considère qu'une condition résolutoire de non célébration était tacitement apposé à la donation. Exception : les présents d'usages, le cadeau modique (s'apprécie en fonction de la fortune des intéressés) sont conservés, cela peut concerner la bague de fiançailles sauf si il s'agit d'un bijou de famille. Deuxième exception, certain cadeau peuvent être conservé à titre de dommages et intérêts sauf si il s'agit d'un bijou de famille.

B. LES CLAUSES LIMITATIVE DE LA LIBERTE MATRIMONIAL

Il s'agit des clauses de célibat qui interdise le mariage ou des clauses de viduité qui interdit à la veuve de se remarier. Cette interdiction peut être générale,

absolue, c'est-à-dire interdire tout mariage / remariage, ou n'être que relative (interdire le remariage avec tel catégorie de personne ou tel personne). Ces clauses se rencontraient dans les libéralités, dans les donations ou les legs ou dans les contrats de travail.

Dans le contrat de travail ces clauses sont en principe nulle sauf le cas d'incompatibilité très exceptionnel entre le mariage / remariage et la nature des fonctions. C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé la clause de célibat jadis imposé au hôte de l'air, tout comme elle a annulé les clauses interdisant le mariage avec un employé de la même entreprise ou d'un concurrent. Mais en assemblée plénière la Cour de cassation a admis le licenciement pour cause de remariage d'une enseignante dans un établissement catholique (il est à peu près certain qu'aujourd'hui cette solution serait abandonnée).

Pour les libéralités la jurisprudence distingue selon la cause de la prohibition. La clause est valable si le mobile est louable, elle est nulle si le mobile est répréhensible. Est par exemple louable le fait de protéger le gratifié en raison de son grand âge, ou protéger le gratifié de courtisane intéressé, ici l'intention n'est pas mauvaise. Au contraire est répréhensible la jalousie posthume, ou encore empêché la légitimation d'un enfant adultérin. Cette jurisprudence est vieillie et certains pensent que ces clauses devraient être déclarées illicites par leur objet, non pas par leur cause, on ne devrait même pas examiner ces clauses.

C. LE CONSENTEMENT EXPRIME LORS DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Il faut que le consentement des époux existe (146) et qu'il ne soit pas vicié (180)

1. L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

A priori l'existence de la célébration elle-même suppose l'existence du consentement car le mariage n'est déclaré qu'une fois les consentements échangés. Mais il y a deux cas où le oui peut ne pas correspondre à une volonté réelle, d'une part le mariage de l'aliéné et le mariage simulé.

. le mariage de l'aliéné. Ou bien l'aliéné est placé sous tutelle ou curatelle il est alors frappé d'incapacité qui s'étend à son mariage, simplement cette incapacité ne se traduit jamais par une représentation mais **toujours par une simple assistance**. Le majeur en tutelle doit obtenir l'autorisation de ses pères et mères ou à défaut d'un conseil de famille qui statue après audition du médecin traitant. En cas de refus le majeur peut faire un recours devant le tribunal. Le majeur en curatelle doit obtenir l'accord de son curateur ou à défaut du juge. Par conséquent dans ces situations, ou bien le mariage n'a pas été autorisé il est alors nul pour incapacité, on ne s'intéresse même pas au consentement. Ou bien le mariage a été autorisé, la nullité pour absence de consentement qui est théoriquement possible est pratiquement très improbable. La deuxième série de situation est lorsque l'aliéné ne fait l'objet d'aucune mesure de protection ou qui fait uniquement l'objet d'une procédure de sauvegarde. La validité du mariage dépendra alors de l'état de la personne au moment de l'échange des consentements.

. le mariage simulé ou de complaisance est plus compliqué. Il s'agit du mariage que contracte un homme et une femme en vue d'obtenir un résultat précis attaché au mariage mais sans l'intention de mener une vie commune. Le résultat recherché pouvait être la légitimation d'un enfant, ce peut être aujourd'hui l'acquisition de la nationalité, d'un titre de séjour ou encore l'avantage successoral obtenu par le mariage au moyen d'un avantage matrimonial. En présence d'un tel mariage on parle tantôt de mariage légitimant, naturalisant, successoral etc... Dans ces situations le consentement au mariage existe-il ? Une jurisprudence traditionnelle distingue selon la nature du but poursuivie. Le mariage est nul faute de consentement si le résultat poursuivie est étranger à l'union matrimoniale, mais il est valable dans le cas contraire (Appieto, 20 novembre 1963). Cette jurisprudence est critiquée fortement par deux courants doctrinaux. Les deux courants s'accordent pour dire que la distinction que fait la jurisprudence manque d'un critère précis parce qu'elle est illogique. Un résultat qui par hypothèse est un effet de l'union matrimoniale, ne peut pas lui être étranger. Mais à partir de ces critiques communes, les deux courants divergent. Suivant le 1^{er} courant il n'y a jamais véritable consentement au mariage car il ne peut être qu'un consentement à la cohabitation, donc le mariage simulé est toujours nul. Suivant le 2nd courant, il y a toujours consentement au mariage car les deux

époux ont dis oui, mais les époux ont procédé à une sélection des effets du mariage, le mariage simulé est alors un mariage a *effet conventionnellement limité*, la solution est alors d'annuler non pas le mariage mais la convention accessoire qui en limitait les effets car les effets du mariage sont d'ordres publiques. La dessus, les lois sur l'immigration des 24 Août 1993 et 26 novembre 2003 ont mis en place une procédure préventive des mariages civiles qui se décomposent en 3 phases.

. Phase d'audition, le cas échéant d'alerte dont l'acteur principale est l'officier d'État civil (63 alinéa 2 : l'officier d'état civil avant la publication du mariage doit procéder à l'audition des époux, audition qui est en principe commune mais qui peut être séparé.) Cette audition est exclu lorsqu'elle est impossible, mais également lorsque le dossier établi qu'une audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146 du code civil (si le dossier ne contient aucun indice d'une absence de consentement, par exemple un mariage entre français). Si l'audition fait apparaître des indices sérieux laissant présumer que le mariage si il était célébré pourrait être annulé en application de l'article 146 (absence de consentement), l'officier d'état civil saisie le procureur de la république et prévient les futures époux.

. la deuxième phase est une phase d'enquête dont le rôle principale est tenu par le ministère public. Lorsqu'il est saisi le ministère à une option à trois branches (pas une alternative), il peut laisser le mariage se faire, il peut faire opposition au mariage, ou alors il peut ordonner le sursis au mariage pour le temps de l'enquête. Il a 15 jours pour se prononcer. Si il ordonne le sursis il doit en donner les motifs et notifier sa décision au futur époux lesquels peuvent aussitôt former un recours devant le tribunal qui devra statuer dans les 10 jours. La durée du sursis est d'un mois maximum renouvelable. A l'expiration du sursis le ministère public fait connaître sa décision, soit laisser faire, soit faire opposition dans ce cas on passe la 3^{ème} phase

. phase judiciaire dont l'acteur principale est le tribunal. Si il y a opposition de ministère public dès qu'il est saisi ou à l'issue du sursis, les époux peuvent saisir le TGI de lever l'opposition.

Pour conclure sur le mariage simuler, la cour de Strasbourg a jugé dans deux arrêts du 16 octobre 1996 et 9 avril 1997 (Slimani), que le droit d'opposition au mariage et l'annulation d'un mariage simulé n'est pas contraire à l'article 12 de la convention (droit de se marier).

Le nombre de mariage simuler devrait aujourd'hui beaucoup diminué dû fait de la possibilité d'opposition. La loi Sarkozy a érigé en infraction pénal le mariage naturalisant (15.000€ + 5 ans de prison).

II. LES VICES DU CONSENTEMENT

A. LE DOL

Ce n'est pas une cause de nullité du mariage, c'est une solution traditionnelle « *En mariage, trompe qui peut* ». Cette solution se justifie pour deux raisons. Premièrement le souci de stabilité du mariage. Deuxièmement, la difficulté à distinguer entre le *dolus bonus* et le *dolus malus*. Mais attention, l'époux qui a été victime d'un dol peut plaider l'erreur. (dol = erreur provoqué).

B. LA VIOLENCE

Article 180 : la violence emporte la nullité du mariage. On applique le droit commun. La violence physique est très difficilement concevable compte tenu de la présence de l'officier d'état civil et dans ce cas on serait plutôt en présence d'une absence de consentement. Il peut aussi s'agir de violence morale, de menace. Particulièrement il peut s'agir de pression exercé par la belle famille. Il peut aussi s'agir de pression exercé par l'autorité hiérarchique. Ce peut également être la pression exercé par la famille même de la victime. Cela est illustré d'abord par la jurisprudence, le TGI de Versailles annule un mariage auquel la fille avait consenti sous la pression morale de son père qui attendait 700 personnes. Mais également par la loi, la loi du 4 avril 2006 précise que la contrainte par crainte révérencielle est sanctionné par la nullité.

La crainte révérencielle c'est la crainte qu'inspire naturellement le père ou la mère, elle ne peut pas constituer une violence dans le droit commun, mais elle peut en droit du mariage aboutir à l'annulation du mariage. Cette même loi du 4 avril 2006 a mis en place un dispositif de prévention des mariages auxquels un époux consent sous la contrainte morale, le plus souvent la contrainte morale tenant à une crainte révérencielle, le législateur a étendu tout le dispositif de la loi de 1993 au delà de l'article 146 à l'article 180.

C. L'ERREUR

L'erreur sur la personne du conjoint a toujours été une cause de nullité (180), mais elle est susceptible de 3 variantes. Il peut y avoir une erreur sur l'identité physique (erreur obstacle). Il peut y avoir erreur sur l'identité civil de la personne, parce que le conjoint a usurpé un nom ou une nationalité, la jurisprudence admet alors la nullité si l'erreur ait été déterminante, le demandeur doit donc établir qu'il ne se serait pas marié si il avait connu la vérité. Les décisions sont rares et difficilement synthétisable (exemple : ont été annulés des mariages pour erreur sur la nationalité, sur la qualité de divorcé, sur l'appartenance à une famille, sur la capacité du conjoint. En revanche a été refusé l'annulation pour erreur sur l'âge). Enfin l'erreur peut porter sur la qualité de la personne, la Cour de cassation avait jugé qu'une telle erreur ne pouvait entraîner la nullité du mariage : Cour de cassation, chambre réunie 24 avril 1862 Berton, une jeune fille avait épousé un forçat libéré et souhaitait faire annuler le mariage. Mais à partir de milieu du 20^{ème} siècle, les juges du fond ont lutté contre cette jurisprudence lorsque l'erreur avait porté sur une qualité essentielle de la personne (exemple : crime commis avant le mariage, passé moralement trouble, impuissance, trouble mental, dans tous ces cas les cours d'appel vont annuler les mariages), la loi du 11 juillet 1975 va consacrer ces décisions. La difficulté est de déterminer le critère de la qualité essentielle. Ici il y a deux critères possibles, un critère subjectif, la qualité essentielle étant celle qui a été essentielle pour le demandeur, l'autre critère peut être objectif, la qualité déterminante sera celle qui est normalement déterminante pour le bon père de famille (appréciation in abstracto). La jurisprudence considère qu'il faut combiner les deux critères et donc tenir pour essentiel la qualité qui est déterminante pour le demandeur tout en étant normalement déterminante.

Exemple : ignorance de l'impuissance du conjoint, de l'existence d'un précédent mariage religieux, d'une liaison antérieure et de l'intention de la poursuivre

III. L'AUTORISATION DES FAMILLES

Les enfants peuvent-ils se marier sans l'autorisation de leur parent ? Le droit civil à la différence du droit canon a toujours exigé cette autorisation. Traditionnellement cette exigence a un double fondement. Premièrement protéger l'enfant contre un engagement irréflectif, deuxièmement, protéger la famille contre une intrusion indésirable. Ce deuxième fondement explique que dans le code de 1804 l'autorisation des parents était nécessaire pour le mari, jusqu'à 25 ans (la majorité étant à 21 ans) et que l'autorisation des parents devaient toujours être demandée quelque soit l'âge des futurs époux simplement après 21 ans pour la fille et 25 pour l'homme il était possible de passer outre (= acte sous seing privé = acte respectueux, jusqu'à 35 ans il fallait 3 actes respectueux pour passer outre). Cette appareil législatif n'a été supprimé qu'en 1933. Aujourd'hui, c'est le premier fondement qui prévaut, donc plus aucune autorisation n'est requise lorsque l'enfant est majeur.

A. LES PERSONNES HABILITÉS À AUTORISER LE MARIAGE D'UN MINEUR

Le mineur émancipé est traité au regard du mariage comme si il ne l'était pas. Il n'y a pas d'émancipation qui vaille pour le mariage. Le mariage d'un mineur suppose toujours une dispense d'âge car l'âge minimum pour se marier est de 18 ans.

L'enfant qui souhaite se marier doit obtenir l'autorisation de ses pères et mères (148), d'un seul si l'autre est mort. Si les deux sont décédés le droit d'autoriser le mariage est transmis à tous les grands parents qui sont en vie, à défaut à tous les ascendants (150) (il faut l'accord de TOUS les grands parents ou les ascendants). A défaut de famille, c'est le conseil de famille qui devra donner son autorisation. On retrouve ici l'idée de protection de la famille. En cas d'adoption simple, la famille par le sang n'intervient pas sauf le cas de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. Lorsque l'autorisation doit être

demandé à plusieurs personnes, une seule autorisation suffit mais il faut quand même les demander toutes.

B. LES FORMES ET CARACTERES DE L'AUTORISATION

Elle peut être verbal et peut donc être donné lors de la cérémonie, ou écrite dans ce cas il faut que ce soit un acte authentique (notaire ou officier d'état civil).

Lorsqu'elle est écrite, l'autorisation doit être spéciale (avec telle personne). Elle est révocable jusqu'à la cérémonie. Cette autorisation est discrétionnaire, le droit d'autoriser est insusceptible d'abus, même si elle ne repose sur aucun motif sérieux, certains auteurs considèrent que ce caractère discrétionnaire contraire à l'article 12.

SECTION 3 : LES CONDITIONS D'ORDRES SOCIOLOGIQUE

Sous l'ancien régime, le code noir (code applicable dans les colonies françaises, qui fixait le statut des esclaves) interdisait le mariage entre un blanc et un noir. L'édit qui a remplacé l'édit de Nantes interdisait les mariages protestants. Autre exemple, le code Napoléon interdisait à l'époux coupable d'adultère de se marier avec son complice, de l'époux divorcé ne pouvait se remarier avec son ex femme. Autre exemple, le mariage des militaires avec un étranger était soumis à autorisation (c'est toujours valable pour les membres de la légion étrangère). La femme veuve ou divorcé ne pouvait se remarier avant 300 jours. Ce délai n'était pas un délai de convenance social mais il visait à éviter une confusion de part, c'est un doute sur la filiation paternelle de l'enfant dont la femme accouchera peu après la célébration du deuxième mariage, d'où le délai de 300 jours qui correspond à la durée légale maximum d'une grossesse. C'est la loi du 26 mai 2004 qui a supprimé ce délai de viduité car aujourd'hui ce risque est écarté. Il y a donc toute une série de condition qui on existait mais qui sont tombés une par une. Il reste deux conditions.

I. L'EMPÊCHEMENT DE BIGAMIE

Article 147 : un mariage ne peut être célébré si l'un des époux est engagé par un mariage antérieur non dissout. Cette condition remonte au droit Romain et a toujours été maintenu. La sanction est d'abord civil, le deuxième mariage est nul. Elle est également pénal, la polygamie est un délit puni de 6 mois à 3 ans et d'une amende (433-20). Le législateur s'efforce surtout de prévenir la polygamie, chaque époux doit donc lors de la célébration du mariage présenter un extrait d'acte de naissance de moins de 3 mois (le mariage étant annexé à l'acte de naissance). Deux observations :

. La Cour de cassation reconnaît effet en France à un mariage polygamique régulièrement contracté à l'étranger par des époux dont le statut personnel (loi national) admet la polygamie. Donc en France les deux femmes vont se partager la succession, la pension de retraite etc... Mais attention, d'une part le droit au regroupement familiale n'est reconnu qu'à un seul conjoint (loi du 24 août 1993), d'autre part la polygamie peut être une cause de refus de naturalisation ou de demande de titre de séjour.

. La Cour de cassation a jugé que la bigamie était caractérisé par la seule célébration **d'un deuxième mariage en l'absence de dissolution du premier**, peu importe que les deux mariages aient été contracté entre les mêmes personnes (2004).

II. L'EMPÊCHEMENT D'INCESTE

S'agissant de son fondement, l'empêchement d'inceste est un empêchement a peut près intemporel et universel. Il repose d'abord sur une considération physiologique, prévenir les tares ou handicaps dont serait atteint les enfants issues d'une relation entre deux parents, la deuxième considération est moral, prévenir les relations troubles entre les membres d'une même famille.

S'agissant de l'étendu de cette empêchement, la prohibition c'est restreint au fil du temps. On distingue traditionnellement trois zones.

. zone d'interdiction absolue, le mariage est interdits et aucune autorisation n'est possible : mariage entre parent très proche, en ligne direct à l'infinie et collatérale au second degré (frère et sœur). Il s'agit également du mariage entre allié en ligne direct (beau-père et belle-fille + beau-père et la

femme de son fils), il reste prohibé lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce.» (161 à 164 combiné).

. zone d'interdiction relative : une autorisation peut être accordé par la président de la République pour cause grave (le plus souvent, un enfant). Il s'agit d'allié en ligne direct si le mariage a été dissout par décès mais également du mariage entre parent collatéraux au troisième degré (oncle et nièce)

. Zone de liberté : le mariage est possible alors pourtant qu'il est incestueux. Il s'agit du mariage entre parent collatéraux au 4^{ème} degré et au delà (cousine). Il s'agit également du mariage entre allié en ligne collatérale même si le mariage qui créait l'alliance a été dissout par divorce (on peut épouser la sœur de son ex femme). Le mariage entre allié en ligne direct a toujours été possible si le mariage qui créé l'alliance a été dissout par décès.

L'ensemble de ces règles appels 4 précisions.

. selon la cours de Strasbourg, les empêchements fondés sur l'alliance sont contraires à l'article 12 de la CEDH (13 septembre 2005). Elle considère donc qu'un beau-père peut épouser sa belle fille.

. ces empêchements jouent dans le cas où le lien de parenté ou d'alliance n'est pas légalement établi mais résulte d'une créance de subside que l'article 342 accorde à l'enfant contre le parent qui à eu des relations avec sa mère pendant la période légale de grossesse de sa mère. Cet empêchement repose sur le fait de la simple possibilité d'un lien de filiation.

. ces empêchements jouent autant dans la famille adoptive que dans la famille naturelle pour des considérations morales. Mais dans la famille adoptive ils connaissent deux infléchissements ou adaptation. D'abord, en cas d'adoption plénière les empêchements subsiste dans la famille d'origine alors que l'enfant n'y appartient plus juridiquement. Deuxième adaptation, dans la famille constituée ou créé par une adoption simple, les empêchements sont moins rigoureux, c'est ainsi que suivant l'article 366 le mariage est possible moyennant dispense du Président de la République entre frère et sœur. (Si deux enfants sont adoptés simplement, ils pourront se marier.)

. lorsqu'une dispense est possible elle doit impérativement être demandée avant le mariage. Il n'y a pas de régularisation possible.

CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

C'est un acte juridique formaliste, il ne se forme pas par le seul échange des consentements. Il faut respecter un certain formalisme. Ce formalisme se décompose en 2 temps : d'abord les formalités antérieures à la célébration, puis le rite la célébration.

SECTION 1 : LES FORMALITES ANTERIEURES A LA CELEBRATION

I. LA PUBLICATION DU PROJET DE MARIAGE

Prévu par les articles 63 et suivants. Elle consiste à faire connaître au public le projet de mariage grâce à l'apposition d'une affiche en mairie (publication des bans). Le but est double.

1. permettre au tiers de signaler tel ou tel empêchement au mariage ce qu'ils font au moyen d'une opposition.

2. imposer un délai d'attente au couple pour éviter les mariages irréfléchis. La publication a lieu à la mairie dans laquelle le mariage doit être célébré et à la mairie du domicile ou de la résidence de chacun des mariages (normalement à la porte). Elle doit avoir lieu au plus tard 10 jours avant le mariage et au plus tôt un an avant. Elle n'est possible qu'après remise du certificat prénuptial et audition des futurs époux (si nécessaire). Enfin, le procureur de la République peut accorder des dispenses de publication de deux sortes qui correspondent aux deux buts de la formalité.

1. une simple dispense d'affichage, dans ce cas le délai de 10 jours demeure, il y a une sorte de publication non publique. C'est le plus souvent le cas du vieux couple que tous les mondes croyaient marié, donc on veut éviter les rumeurs etc...

2. dispense de publication, alors cette dispense permet un mariage immédiat. Elle intervient dans 2 situations : dans le cas du mariage

inextremiste (l'un des époux va mourir) et dans le cas de la naissance imminente.

II. LA PRODUCTION DE CERTAINES PIÈCES

1. Expédition d'un acte de naissance délivré depuis moins de 3 mois.
2. certificat du notaire si un contrat a été passé
3. au cas de remariage, les pièces établissant la dissolution du premier mariage
4. le cas échéant, les dispenses d'âge ou de parenté
5. le certificat prénuptial

SECTION 2 : LE RITE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

I. LE LIEU DU MARIAGE

Article 74 : le mariage peut être célébré dans la commune où l'un des époux à son domicile ou sa résidence depuis plus d'un mois. Dans la commune choisit le mariage est célébré dans la mairie devant un officier d'état civil, mais il peut l'être au domicile de l'un des époux dans les cas graves (mariage in extremis)

II. LA DATE DU MARIAGE

article 75 : le jour est choisi par les futurs époux, l'heure par l'officier d'état civil en fonction des nécessités du service.

III. LA PUBLICITÉ DE LA CÉLÉBRATION

La célébration doit être publique par conséquent les portes de la mairie ou de la maison doivent rester ouvertes.

IV. LA COMPARUTION DES ÉPOUX EST NÉCESSAIRE

Article 146-1. cette condition a été posée expressément par la loi du 24 août 1993. Le texte précise que la comparution est nécessaire même si le français c'est marié à l'étranger. La Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait là d'une

condition de fond du mariage, jurisprudence discutable mais opportune. En droit international privé la forme d'un acte est régi par la loi du lieu dans lequel il est passé, alors que les règles de fond sont régis par les lois personnels des époux. Il s'agissait d'éviter qu'une française ne se marie dans des pays dans lesquels ont procédé à des mariages forcés.

Deux exceptions :

. mariage des militaires et marins en temps de guerre

. mariage posthume, ce mariage est possible depuis une loi du 31 décembre 1969 (article 171), il faut un motif grave (naissance d'un enfant le plus souvent) + la volonté matrimoniale du défunt doit être établie par l'accomplissement des formalités essentielles qui précède le mariage + autorisation du président de la république. Il ne faut pas le confondre avec le mariage in extremis qui produit tous les effets du mariage (naissance d'un régime patrimonial et vocation successorale) sauf quelques exceptions. En revanche le mariage posthume ne fait naître aucun régime matrimonial et n'attribue aucune vocation successorale. L'intérêt du mariage posthume est principalement de faciliter l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant à naître. Il y a environ 50 mariages posthumes par an.

V. LA PRESENCE DES TEMOINS ET DES PERSONNES DONT L'AUTORISATION EST REQUISE SI ELLE N'A PAS ETE DONNEE PAR ECRIS.

Article 75. il faut au minimum 2 témoins et 4 maximums.

VI. LE DÉROULEMENT DE LA CÉRÉMONIE

Le rite est organisé par l'article 75.

1. lecture au époux des articles 212, 213, 214 alinéa 1, 215 alinéa 1, 371-1.
2. l'officier demande au époux si ils ont fait un contrat de mariage et si oui il le mentionne sur l'acte

3. l'officier (si nécessaire) interroge les personnes dont l'autorisation est requise
4. l'officier demande au époux si ils veulent se prendre pour mari et femme sur leur réponse affirmative il les déclare au nom de la loi unie par le mariage. Cet acte pose la question de savoir a quel moment précis le mariage est formé. Est-ce le moment de l'échange des consentements ou seulement le moment de la déclaration formelle de l'officier d'état civil. L'intérêt pratique de la question est quasi nulle. Mais l'intérêt théorique est considérable, c'est la part des intérêts privés dans le mariage. Est-ce que les gens se marient ou est-ce l'état qui les marie ? Dans la religion catholique, l'église n'est que témoin du mariage.
5. l'acte de mariage est dressé sur le champ, signé par l'officier d'état civil, les époux, les témoins et le cas échéant les personnes dont l'autorisation été requise. Cet acte de mariage sera par la suite complété par des mentions en marge (décès, divorce, séparation de corps).

SECTION 3 : LA PREUVE DU MARIAGE

Elle est très importante pour 3 catégories de personne. D'abord pour les époux, mais également pour les enfants car l'établissement de leur filiation obéit a des règles différentes si leur parents sont mariés ou non, et enfin pour les tiers. Il existe deux modes de preuve du mariage. Premièrement, on peut prouver par un écrit dresser lors de la célébration du mariage, c'est l'acte du mariage qui est une variété d'acte d'état civil. Il s'agit alors d'une preuve préconstitué, elle a l'avantage d'être très convaincante mais l'inconvénient d'être bureaucratique. Deuxième mode de preuve, c'est la preuve par possession d'état. Posséder un état est en avoir l'apparence. Un homme et une femme ont la possession d'état d'époux si la femme use du nom du mari, si il se traite réciproquement comme mari et femme et si ils ont la réputation a l'égard des tiers d'être mari et femme. C'est pourquoi on dit traditionnellement que la possession d'état suppose la réunion de trois éléments : *nomus, tractatus, fama*. Elle se fait par un faisceau d'indices, on établit une apparence dont on déduit une réalité incertaine. C'est une preuve anti-bureaucratique, vivante, spontané. *Boire, manger, coucher ensemble c'est mariage il me semble*. Mais c'est une preuve dangereuse car peu convaincante.

I. LE PRINCIPE

En principe l'acte de mariage est la seule mode recevable pour les enfants et les époux (194). Donc la preuve par la possession d'état est interdite (195).

II. LES EXCEPTIONS

A. LA PREUVE PAR TOUT MOYEN

Elle est possible lorsque les registres d'états civils n'ont pas été tenu ou ont été détruit (règle de l'article 46 pour tous les actes d'états civils). Elle est également possible dans le cadre d'une procédure pénale qui est conduite contre l'auteur d'une destruction ou d'une falsification de l'acte de mariage (198 à 200). Enfin, selon certains auteurs la preuve serait libre pour les tiers. En pratique ce débat n'a aucun intérêt.

B. PREUVE DU MARIAGE PAR LA POSSESSION D'ÉTAT

Cas prévu par l'article 197, c'est celui dans lequel un enfant cherche à établir sa filiation alors que ses prétendus parents sont décédés. Si cet enfant a la possession d'état d'enfant commun des deux personnes dont il prétend descendre, il peut établir le mariage de ses parents par la possession d'état d'époux. Il faut donc deux possessions d'état. Il s'agit de secourir les enfants qui ne savent pas où leurs parents se sont mariés. Mais cette règle peut aussi avoir pour effet de faire passer après coup des concubinages pour des mariages. C'est d'ailleurs historiquement comme cela qu'elle est née, elle trouve son origine dans une jurisprudence du parlement d'Aix en Provence devant laquelle Portalis avait plaidé pour sauver des enfants de parents protestants mariés illégalement. Ils pouvaient ainsi être traités comme des enfants légitimes.

L'article 196 est une autre situation. Les enfants ont un acte de mariage, mais il est irrégulier, cet acte de mariage ne prouvant pas à lui seul le mariage, mais il le prouve malgré son irrégularité si il est conforté par la possession d'état d'époux. La possession d'état sert de complément de preuve

CHAPITRE 3 : LA SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

La nullité d'un mariage est une sanction extrêmement grave d'où une double démarche du législateur. D'une part une prévention des nullités, d'autre part une politique restrictive des nullités.

SECTION 1 : LA PREVENTION DES NULLITES

Cette prévention consiste en ce que certaine personne peuvent interdire à l'officier d'état civile de célébrer le mariage en lui signalant un empêchement.

I. LES PERSONNES POUVANT FAIRE OPPOSITION

On distingue 3 catégories de personnes.

A. LES PERSONNES POUVANT FAIRE OPPOSITION POUR N'IMPORTE QUEL MOTIF PREVU PAR LA LOI

Article 173 : Le père, la mère, et, à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs.

B. PERSONNES NE POUVANT FAIRE OPPOSITION QUE POUR CERTAINS MOTIFS

Il s'agit du premier conjoint de l'un des futurs époux qui peut faire opposition pour bigamie (172). Il s'agit ensuite des collatéraux les plus proches jusqu'au quatrième degré (cousin germain). En l'absence d'ascendant les collatéraux peuvent faire opposition pour défaut de consentement (ou défaut d'autorisation du conseil de famille) ou démence. Pour démence il doit alors demander automatiquement l'ouverture d'une tutelle. Enfin, il s'agit du tuteur et du curateur pour les deux mêmes motifs (175)

C. LE MINISTÈRE PUBLIC

175-1 : dans tous les cas où il pourrait demander la nullité du mariage si celui-ci venait à être célébré, ce qui correspond à 5 empêchements (age, absence de consentement, violence, bigamie, inceste).

II. LES FORMES DE L'OPPOSITION

Article 176 alinéa 2 : Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré; il devra également contenir les motifs de l'opposition et reproduire le texte de loi sur lequel est fondée l'opposition: le tout à peine de nullité et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition.

Cet exploit est signifié naturellement à l'officier d'état civil qui devait célébrer le mariage mais également au 2 époux.

III. LES EFFETS DE L'OPPOSITION

Elle produit un effet absolue, l'officier d'état civil ne peut passer outre sans risquer une amende et une condamnation à dommages et intérêts. Elle peut cesser de produire effet de deux manières. Elle cesse de produire effet de plein droit au bout d'un an, sauf si elle est renouvelé (176 alinéa 2). Enfin, elle cesse de produire effet en cas de main levé. Cet main levé peut être volontaire si l'opposant y procède lui-même, elle également être judiciaire lorsque c'est le tribunal qui la prononce sur la demande des futurs époux. C'est le TGI qui est compétent, ou la cour d'appel, qui doivent statuer dans les 10 jours (177 et 178).

La main levé, judiciaire ou volontaire, fais que le mariage est désormais possible, la responsabilité possible de l'opposant peut être engagé car il a commis une faute. La loi exclu toute responsabilité des ascendants même si ils ont souhaité nuire aux époux (179). Enfin, si l'opposition avait été formé par un ascendant sa main levé judiciaire exclu toute nouvelle opposition de la part de tout ascendant.

SECTION 2 : LA REGLEMENTATION RESTRICTIVE DES NULLITES

En droit commun le principe est que la nullité d'un contrat en efface tous les effets grâce au caractère rétroactif de la nullité et des restitutions qui s'en suivent. En matière de mariage il est évident que la nullité laisse subsisté des faits ineffaçable et on ne peut dès lors que modifier la qualité juridique de ces faits. Les époux n'auront été que des concubins et les enfants ne pourront qu'être

réputé né en mariage. C'est en raison de la gravité de ces conséquences que la nullité du mariage est très restrictive.

I. LE DOMAINE DES NULLITÉS

Contrairement au droit commun la loi distingue selon les conditions de validité du mariage.

A. LES EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS

Ce sont les conditions du mariage qui sont sanctionné par la nullité du mariage.

1. Nullité relative

Ce sont des nullités de protection, qui sanctionne une règle édictée pour la protection d'un intérêt particulier. C'est le cas de l'absence de consentement, du vice du consentement, du défaut des autorisations familiales (uniquement pour les mineurs) requises et enfin le défaut des autorisations requises pour le mariage d'un majeur protégé.

2. nullité absolue

Ce sont les nullités fondées sur des considérations d'ordre public. L'article 184 énumère 5 cas correspondant à des irrégularités de fond : impuberté, absence de consentement, bigamie, inceste, absence d'un époux lors de la célébration.

L'absence de consentement correspond à l'hypothèse du mariage simulé ou du mariage d'un dément. Certains y voient un cas de nullité relative (d'où sa mention dans les deux catégories), mais en l'état actuel des textes il faut y avoir une nullité absolue.

L'article 192 édicte deux cas de nullité absolue correspondant à des irrégularités de forme : clandestinité (défaut de publicité de la célébration), incompétence de l'officier (territoriale ou personnelle). S'agissant de ces deux nullités, la jurisprudence considère qu'elles sont facultatives, le tribunal a donc un pouvoir d'appréciation, en fait il statue suivant la gravité de l'irrégularité et surtout suivant sont caractères volontaires ou pas. Il s'en suit que la nullité n'est que très rarement prononcée, elle ne l'est que lorsque l'irrégularité a été commise dans un dessein frauduleux (par exemple : ils se sont mariés très loin pour éviter une opposition).

Au nullité absolue prévu par ces deux textes (184 et 192) et qui sont des nullités textuelles, on ajoute deux autres nullités virtuelles car prévu par aucun texte. Il s'agit de la nullité pour identité de sexe et de la nullité pour défaut de célébration devant une autorité compétente. Au 19^{ème} siècle, la doctrine disait que dans ces deux cas ainsi que dans le cas d'absence de consentement, le mariage était inexistant et non pas nul. A l'époque, on considérait que la politique restrictive des nullités en matière de mariage excluait les nullités virtuelles, *en matière de mariage, pas de nullité sans texte*. Mais pour autant on ne pouvait pas admettre la validité d'un mariage dans les trois cas précité. C'est pourquoi on disait alors que le mariage était inexistant. En d'autre terme, la théorie du mariage inexistant permettait d'écarter les conséquences inadmissibles de l'adage.

B. LES EMPÊCHEMENTS SIMPLEMENT PROHIBITIF

Ce sont les conditions qui ne sont pas sanctionné par la nullité. Pour les conditions de forme ce sont toutes celles autres que l'incompétence de l'officier d'état civil et la clandestinité. Quand au condition de fond il s'agit du défaut d'examen prénuptial. Ces empêchements ne servent pas à rien car normalement l'officier ne doit pas procéder au mariage

II. L'ACTION EN NULLITÉ

L'action nullité relative ne peut être exercé que par la personne protégé et s'éteint soit par la confirmation de l'acte nul ou la prescription de 5 ans. Pour la nullité absolue, la confirmation est impossible et la prescription est de 30 ans. EN matière de mariage il y a un mélange des règles.

A. L'EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITE ABSOLUE

1. les titulaires de l'action

EN principe la nullité absolue peut être invoqué par tout intéressé mais il faut distinguer trois catégories de personne.

La première rassemble ceux et celles qui peuvent agir sur le fondement d'un intérêt matériel ou simplement morale. Il s'agit des époux eux même, des

ascendant de chacun des époux, du conseil de famille de l'époux mineurs, du premier conjoint de l'époux bigame.

La deuxième catégorie comprend les personnes qui ne peuvent agir que si elles ont un intérêt pécuniaire. Ce sont toutes les personnes privées qui ne sont pas dans la première catégorie. La jurisprudence exige qu'elle justifie d'un intérêt pécuniaire né et actuel. Donc si l'action vise à exclure le conjoint de la succession, l'action peut être exercé uniquement une fois la succession ouverte.

La troisième catégorie ne comprend que le ministère public. IL se justifie par le fait qu'un mariage nul par une nullité absolue est contraire à l'ordre public et donc qu'il faut faire cesser le trouble. Il ne peut donc agir que lorsque les époux sont encore en vie. Car lorsqu'ils sont mort, le trouble à cesser.

2. extinction de l'action

Elle s'éteint par la confirmation de l'acte et la prescription trentenaire. Ni le divorce, ni la mort n'éteint l'action.

- . la prescription = 30 ans.

- . la confirmation, par dérogation au droit commun, la loi admet une sorte de confirmation dans deux cas prévu par l'article 185. Le premier cas est celui de la clandestinité de la célébration ou l'incompétence de l'officier. Les époux ne peuvent plus agir dès lors qu'ils ont la possession d'état d'époux. La jurisprudence c'est ici livré à une interprétation déformante ou prétorienne de l'article 196 du code civil. Ce texte signifie que la possession d'état couvre le vice de forme qui peut atteindre l'acte instrumentaire de mariage, il énonce une règle de preuve. La Cour de cassation en a fait aussi une règle de fond qui peut couvrir le vice du mariage. Mais elle a posé trois limites. 1. la possession d'état doit avoir été ininterrompu depuis la célébration du mariage. 2. la « confirmation » est exclu si l'incompétence est le fait d'une fraude. 3. tous les autres intéressés autre que l'époux conserve la possibilité d'agir en nullité absolue. La nullité pour inpurberté peut être couverte dans 2 hypothèses, 1. si la femme marié trop jeune tombe enceinte, sa grossesse couvre la nullité. 2. Que se soit le mari ou la femme qui c'est marié trop jeune, la nullité ne peut être demandé 6 mois après que les époux aient atteind l'age légale.

C. L'EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITE RELATIVE

1. les titulaires de l'action

En cas de défaut de consentement, peut agir l'époux qui n'a pas consenti et le ministre public.

EN cas de vice du consentement, en cas d'erreur seul l'époux victime peut agir mais son action n'est pas transmise au héritier. En cas de violence, l'époux peut agir, et depuis 2006 le MP.

En cas de défaut des autorisations requises, l'action appartient au mineur ainsi qu'aux personnes dont l'autorisation était requise.

En cas de mariage non autorisé d'un majeur protégé, on applique par analogie les règles régissant le 3^{ème} cas, peuvent donc agir le majeur protégé (ou son représentant légal) et les personnes dont l'autorisation était requise.

2. l'extinction de l'action.

. la prescription. Le délai n'est pas toujours de 5 ans. En cas d'absence de vice du consentement il est de 5 ans. En cas de nullité pour défaut des autorisations familiales requise, le délai est de 1 an. Il court pour le mineur à compter de sa majorité et contre les personnes dont les autorisations étaient requises à partir du jour auquel ils ont connaissance du mariage. La prescription de l'action du mineur n'éteint pas l'action des personnes dont l'autorisation était requise alors que la prescription de l'action dont l'autorisation était requise éteint l'action du mineur. On étend ses règles au majeur protégé.

. la confirmation est possible dans tous les cas de nullité relative. Mais dans le cas du vice du consentement la confirmation peut être expresse ou tacite, la loi présume qu'il y a confirmation tacite après 6 mois de vie commune après la cessation du vice.

III. LES EFFETS DE LA NULLITÉ

En principe ce sont ceux du droit commun, mais cette application comporte une importance dérogatoire qui résulte des règles du mariage putatif.

A. LE PRINCIPE, L'APPLICATION DU DROIT COMMUN

En droit commun, un acte nul est censé n'avoir jamais existé, la nullité a un effet rétroactif. C'est également le cas en principe en matière de mariage d'où d'abord des conséquences pour les époux qui sont censés avoir vécu en état de concubinage. Donc sur le plan personnel ils n'ont pas été lié par les droits et obligation du mariage. Sur le plan pécuniaire, leur intérêt ne seront pas liquidé en application de leur régime matrimonial mais comme si il y avait eu entre eux simple société de fait. Chacun perd également tout droit dans la succession de l'autre. Il peut également y avoir des conséquences pour les enfants. Juridiquement ceux-ci pourrait être considéré comme né hors mariage, et donc disait on jusqu'en 2005, pour des enfants naturels, adultérins si le mariage a été annulé pour bigamie, incestueux si le mariage est annulé pour inceste. Le droit commun est parfois écarté grâce à la théorie du mariage putatif.

B. LE MARIAGE PUTATIF

Putatif = réputé être ce qu'il n'est pas.

Le mariage putatif est donc un mariage nul mais que l'on traite partiellement comme si il était valable. C'est un mariage nul dont la nullité n'est pas rétroactive. Donc les enfants sont réputés né en mariage et donc légitime (jusqu'en 2005). C'est d'ailleurs en vu de ce résultat, par faveur pour les enfants, que le droit canonique a inventé la théorie du mariage putatif. aujourd'hui' il est réglementé aux articles 201 etc...

1. les conditions de putativité

. condition certaine : seul prévu par les textes = bonne foi des époux ou de l'un des époux. La bonne foi désigne l'ignorance de la cause de nullité. Il peut s'agir d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Il faut et il suffit que la bonne foi est existé lors du mariage. Enfin, ici comme ailleurs la bonne foi est toujours présumée. Depuis la loi du 3 janvier 1972 la condition de bonne foi n'est exigé qu'a l'égard des époux, donc le mariage nul vaut toujours mariage putatif pour les enfants alors même que les deux parents étaient de mauvaise foi. Donc les enfants nés d'un mariage nul sont toujours réputé né dans le mariage. Cette disposition vise a protéger les enfants alors pourtant que son intérêt a quasiment disparu depuis que la loi a supprimé presque toutes

distinctions entre le statut des enfants nés en mariage et les enfants nés hors mariage.

. la condition discutée: Il s'agit d'une condition objective. Certains auteurs considèrent que la putativité suppose outre la bonne foi pour les époux une apparence de mariage régulier. Il faudrait qu'apparemment le mariage nul fut régulier quant à la forme et quant au fond. Quant à la forme il faudrait au moins une célébration, faute de toute célébration ou de célébration sérieuse il y aurait mariage inexistant et non pas mariage nul, un mariage inexistant ne peut pas valoir mariage putatif. *Du néant juridique, rien ne peut jaillir.* Quant au fond il faudrait un mariage crédible, la putativité serait exclu si le mariage était entaché d'une irrégularité flagrante, qu'il apparaissait comme une mascarade. Sur cette question il existe une jurisprudence traditionnelle, or cette jurisprudence n'exige pas cette condition objective en temps que tel. Elle n'érige pas l'apparence d'un mariage régulier en condition autonome, simplement elle prend en compte l'absence d'une telle apparence au titre de la condition de bonne foi. En l'absence de toute apparence de mariage régulier la bonne foi des époux est généralement écarté. La flagrante de l'irrégularité n'est qu'un moyen de renverser la présomption de bonne foi. Tout naturellement l'indice est plus ou moins probant selon que le mariage comporte ou non un élément d'extranéité quant au personne et quant au lieu. Mais cette jurisprudence classique doit être nuancé depuis la loi du 3 janvier 1972. Depuis cette date la condition de bonne foi n'est plus exigé à l'égard des enfants or il est difficile de considérer comme né en mariage alors que ce mariage ne présente pas l'apparence de régularité. En pareil cas, le remède est de considérer qu'un tel mariage est inexistant et non pas seulement nul, de sorte qu'il ne peut pas valoir mariage putatif. En conclusion, la théorie du mariage inexistant a connu deux intérêts successifs. Son intérêt originaire était de remédier au conséquence inadmissible du principe pas de nullité sans texte. Cet intérêt a disparu avec l'admission dans les années 1920-1930 des nullités virtuelles. Son nouvel intérêt est de remédier au conséquence inadmissible de l'extension de la putativité à tous les enfants.

2. les effets de la putativité

Les effets de la nullité sont écartés. Cette nullité opère comme un divorce.

Jadis les enfants étaient les principaux bénéficiaires de la putativité, grâce à elle il n'était pas considéré comme des bâtards. Aujourd'hui, tout ce qu'on peut dire c'est qu'ils sont traités comme si il était issu du mariage de leur parent ce qui n'est plus aucune conséquence sur leur droit, mais qui conserve certaines conséquences sur l'établissement de leur filiation. Le juge statue sur l'autorité parentale comme en matière de divorce.

Pour les époux, si les deux sont de bonne foi, les effets antérieurs à l'annulation sont maintenues au profit de chacun d'eux, par conséquent leur intérêt pécuniaire seront réglés en application de leur régime matrimonial, si l'annulation survient après le décès, le survivant conserve ses droits dans la succession du mort. Si un seul des époux est de bonne foi il s'opère une scission entre les effets intérieurs. Ils sont maintenus si ils sont favorables à l'époux de bonne foi, sinon ils ne sont pas maintenus et c'est à l'époux de bonne foi de choisir. Donc l'époux de bonne foi peut revendiquer si il le souhaite l'application du régime matrimonial. S'agissant des droits de succession, si l'époux survivant est celui qui était de bonne foi, il conserve ses droits de succession, sinon il les perd. La Cour de cassation a même considéré que l'époux de bonne foi pouvait réclamer à l'autre une prestation compensatoire pour compenser la disparité que la disparition du devoir de secours peut créer entre leur condition de vie respective.

Pour les tiers, leur situation est simple, les époux peuvent opposer aux tiers la putativité. D'autre part, les tiers peuvent opposer la putativité aux époux et ainsi par exemple se prévaloir des règles de leur régime matrimonial.

SOUS TITRE 2 : LES EFFETS DU MARIAGE

Ils sont nombreux et divers. Beaucoup de ces effets qui étaient en 2006 l'apanage du mariage sont aujourd'hui également produits par le PACS.

Le mariage modifie le statut personnel des époux. Jusqu'en 1938, le mariage frappait la femme d'incapacité. Aujourd'hui il émancipe le mineur. Pour le majeur en tutelle ou en curatelle, l'époux devient le tuteur ou le curateur de plein droit. S'agissant du nom, chacun des époux conserve le sien mais acquiert un droit d'usage sur celui de l'autre, tantôt par substitution, tantôt par

adjonction. S'agissant enfin de la nationalité, le mariage permet à l'étranger qui épouse un français d'acquérir la nationalité française sur simple déclaration après deux ans de vie commune (21-2), il permet également à l'étranger d'obtenir tout de suite une autorisation de séjour. Inversement, le français qui épouse une étrangère peut répudier la nationalité française pourvu qu'il ait acquis celle de son conjoint et que sa résidence soit établie à l'étranger (23-5). Le mariage a donc un très fort impact sur le statut personnel.

Il modifie également le statut administratif des époux, c'est-à-dire leur statut au regard de l'administration fiscale etc... la loi fiscale reconnaît la notion de foyer fiscal. Quant à la loi de sécurité sociale, elle attache au mariage l'acquisition ou la perte de certaine prestation.

Le mariage produit également des effets sur les relations des époux avec les tiers. Il modifie le pouvoir des époux sur leur bien, ces modifications sont opposables aux tiers. D'autre part, le mariage peut conférer à un époux certain droit contre les tiers, ainsi le droit à réparation du préjudice réfléchi causé par la mort de son conjoint, ou encore le droit au bail conclu par son conjoint avant le mariage (1751), ou encore le droit pour le fonctionnaire d'obtenir une affectation ou des dates de vacances préférentielles etc... ces effets à l'égard des tiers expliquent que l'état matrimonial d'une personne soit publique, il est mentionné sur l'extrait d'acte de naissance qui peut être demandé par tous le monde, ainsi que sur le registre du commerce et des sociétés.

Le mariage produit également des effets sur la situation des enfants des époux. D'une part il crée une présomption de paternité au terme de laquelle les enfants que la femme mettra au monde seront réputés avoir pour père le mari de celle-ci (312). D'autre part, il confère à chaque époux, sous certaines conditions, le droit d'adopter les enfants de l'autre. Cette forme d'adoption bénéficiera surtout à des enfants déjà nés du mariage, mais il peut également bénéficier aux enfants nés en dehors du couple (adultérin).

Mais c'est naturellement dans les rapports entre les époux que les effets sont les plus denses. Ils sont caractérisés par deux traits. Jadis il était organisé sur un mode profondément inégalitaire au détriment de la femme, aujourd'hui il y a une égalité parfaite. Deuxième trait, ces effets sont pour la plupart d'ordre public, les époux ne peuvent pas y déroger (226 et 1388) ni en cours de

mariage, ni dans un contrat de mariage. Cela peut expliquer que certain délaisse aujourd'hui le mariage pour des formes moins contraignantes (concubinage, concubinage + PACS).

CHAPITRE 1 : LES EFFETS PERSONNELS

Ils se répartissent en 2 catégories. Le mariage crée entre les époux des rapports de réciprocité qui se traduisent par des devoirs des époux envers leur conjoint. IL créer également des rapports d'égalité qui concerne le mode de vie commune. Aujourd'hui, le mariage ne créer plus de rapport de hiérarchie comme c'était le cas au temps du temps où le mari était investi de la qualité de chef de famille. De cette disparition il résulte que chaque époux conserve dans le mariage l'exercice de ses droits et libertés fondamentales (libre disposition de son corps, donc le droit pour la femme seule d'avorter etc...). De la même manière chaque époux conserve sa liberté professionnelle, donc de travailler ou de ne pas travailler, ou de choisir son activité. De même chaque époux conserve sa liberté d'opinion (religieuse, syndicale, culturelle etc...). Enfin, chaque époux conserve la liberté de son mode de vie, il peut exercer les activités de loisir qu'il souhaite et entretenir les relations qu'il souhaite avec les personnes qu'il souhaite, chacun conserve le secret de sa correspondance etc... Simplement le mariage, l'existence du mariage tempère pour le mari comme pour la femme l'exercice de ses libertés car il se traduit nécessairement par une certaine perte d'indépendance comme toute entrée dans un groupe.

SECTION 1 : LES RAPPORTS DE RECIPROCITE

Il découle de trois grand devoir : de fidélité (212), assistance (212), communauté de vie et la loi du 4 avril 2006 est venu ajouter le devoir de respect à l'article 212.

I. DEVOIR DE FIDÉLITÉ

Le droit condamne au titre de ce droit l'infidélité matérielle ou morale. L'infidélité matérielle est le fait d'avoir des relations sexuelles avec un autre. L'infidélité morale est le fait d'entretenir des complicités dont le mari se sent exclu et en souffre profondément, sans qu'il y est de relation sexuelle.

II. DEVOIR D'ASSISTANCE

Ce devoir est un devoir moral d'aide et de soin. Aide dans la vie quotidienne, soin dans la maladie. C'est le devoir de se comporter en bon père de famille, en conjoint viable. *C'est le devoir d'apporter une tisane à son conjoint quand il est malade* (Charbonnier). La densité de ce devoir est une notion de bon sens, le droit n'impose pas l'héroïsme. Le devoir d'assistance impose à chacun d'exercer ces droits et libertés fondamentales en considération de son conjoint, dans le respect des attentes légitimes de l'autre. Tout est affaire de circonstance, il n'y a pas de systématisation possible.

III. L'OBLIGATION DE COMMUNAUTÉ DE VIE

Cette obligation a une signification directe, l'obligation de cohabiter. Elle se traduit par l'existence d'une résidence de la famille visé et protégé par l'article 215 alinéa 2. Il y a également une obligation indirecte, l'obligation de mener une vie de couple, une communauté de vie. Première observation, la communauté de résidence doit être distinguée de la communauté de domicile, depuis la loi du 11 juillet 1975 les époux peuvent avoir des domiciles distincts, mais la loi du 11 juillet 1975 n'a pas supprimé l'obligation de communauté de vie. Un époux peut mettre fin à la vie commune si son époux la rend insupportable (violence, inexécution des obligations pécuniaires etc...). L'époux qui quitte la résidence familiale sans autorisation judiciaire s'expose au risque que son comportement soit ensuite jugé injustifié et donc sanctionné.

IV. LE DEVOIR DE RESPECT

Ce devoir a été institué par la loi du 4 avril 2006 sur les violences conjugales. Ce nouveau devoir n'ajoute rien au devoir d'assistance qui inclut évidemment le respect et interdisait déjà la violence contre son conjoint. Donc lorsque la loi de 2006 ajoute ce devoir, elle est bavarde comme dirait Malaurie

SECTION 2 : LES RAPPORTS D'ÉGALITÉ

I. LA DIRECTION DE LA FAMILLE

l'article 213 dispose : les époux assurent ensemble la direction morale et matériel de la famille, ils pourvoient ensemble à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Ce texte atteste que la direction de la famille est une codirection aménagée selon un principe de stricte égalité aménagée selon les modalités de l'association. Mais la nécessité de ce double consentement pose deux problèmes : que se passe-t-il en cas de désaccord ? Première solution, la situation reste bloquée, la mesure n'est pas prise, chaque époux a donc un droit de veto. Deuxième solution, le juge tranche le désaccord conjugal. La loi ne dit rien, mais c'est évidemment la seconde solution qui est préférable. Deuxième problème : ce double consentement risque d'être une gêne dans la vie courante où il faut parfois prendre des décisions vites. C'est pourquoi sur certains points la loi pose des présomptions d'accords, mais uniquement sur des décisions pas très importantes. Exemple : pour les actes usuels de l'autorité parentale, chaque parent est réputé agir avec l'accord de l'autre.

II. LE CHOIX DE LA RESIDENCE DE LA FAMILLE

Ce choix est une manifestation essentielle de la direction de la famille, elle obéit même au même régime que la direction de la famille. Elle est choisie du commun accord des époux. Mais encore la loi ne dit rien sur les suites d'un éventuel désaccord. La loi ne fait même aucune allusion à un recours judiciaire, mais ce recours est pourtant admis, le juge aura alors deux solutions, soit il fixe la résidence commune, soit il autorise une résidence séparée si par exemple chacun des époux veut résider au lieu de son travail.

SECTION 3 : CARACTÈRE ET SANCTION

I. CARACTÈRE

Ces rapports ont la particularité d'être d'ordre public, les époux ne peuvent pas y déroger dans leur contrat de mariage ou par des conventions passées en cours de mariage. D'où la nullité du pacte d'infidélité, mais également du pacte de séparation amiable (de la communauté de vie), ainsi que du pacte qui restituerait au mari la qualité de chef de famille. Précisons. Certains arrangements peuvent intervenir entre les époux au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, par exemple accord sur une résidence séparée, accord sur l'exercice de l'autorité parentale, accord sur l'obligation de fidélité. Ceci s'explique par le fait que le lien matrimonial est menacé, il l'est tellement que le juge pourrait en l'absence d'accord des époux ordonner de tel

mesure, notamment la résidence séparée. Deuxièmement, en dehors de toute instance de divorce ou de séparation de corps, le juge peut modifier les rapports de réciprocités ou d'égalité entre les époux. Il peut par exemple retirer à un époux l'exercice de l'autorité parentale, il peut également suspendre l'obligation de communauté de vie notamment en cas de violence conjugale sur le conjoint ou sur les enfants dans ce cas sur le terrain civil le juge des affaires familiales peut expulser l'époux violent de la résidence familiale (220-20 alinéa 3 issue de la loi du 26 mai 2004). Sur le terrain pénal, il peut être demandé ou proposé ou imposé à l'époux violent de quitter la résidence et même de ne pas rôder aux alentours. Cette mesure peut lui être demandée par le ministère public au titre des mesures alternatives aux poursuites. Elle peut également lui être proposée par le ministère public au titre de la composition pénale. Enfin, elle peut lui être imposée par le juge d'instruction au titre du contrôle judiciaire ou par la juridiction de jugement, voir par le juge d'application des peines. Toutes ces mesures ont été instituées par la loi du 4 avril 2006.

Troisième précision, certains arrangements entre les époux qui sont intervenus hors divorce ou séparation de corps, sont nuls mais peuvent avoir une incidence sur la sanction des manquements irrégulièrement autorisés.

II. LES SANCTIONS

A. SANCTION PÉNALE

Jadis l'adultère était pénalement sanctionné, plus sévèrement pour la femme que pour le mari. C'est la loi du 11 juillet 1975 qui a dépénalisé l'adultère. Jadis encore, le délit d'abandon de famille pouvait être constitué par la violation de l'obligation de vie commune, il fallait une absence de motif grave, présence d'un enfant au foyer ou femme enceinte, et enfin abandon de plus de 2 mois. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1993 ce délit ne peut plus être constitué que par l'inexécution d'un devoir pécuniaire. Mais attention, aujourd'hui si le manquement au devoir personnel du mariage constitue indépendamment du lien matrimonial un crime ou un délit la peine est parfois aggravée lorsqu'il est commis sur la personne du conjoint. Il en est ainsi en cas de meurtre, de torture ou d'acte de barbarie, de viol ou d'agression

sanctionnée. Commises sur le conjoint, elles vont donc être plus sévèrement sanctionnées.

B. LES SANCTIONS CIVILES

L'exécution forcée en nature est inconcevable directement ou indirectement (astreinte impossible). Reste trois sanctions.

La première est le divorce pour faute prononcé contre l'époux qui manque à ses devoirs, on est en présence d'un divorce sanction. Toutefois la faute n'est une cause de divorce que si elle constitue une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage qui rend intolérable le maintien de la vie commune, le juge a donc un pouvoir d'appréciation dans l'exercice duquel il pourra prendre en compte les accords des époux (qui sont nuls). C'est ainsi qu'un pacte d'infidélité peut retirer à l'adultère sa gravité de telle sorte qu'il ne soit pas une cause de divorce etc...

Deuxième sanction, la condamnation de l'époux fautif à des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral causé par l'obligation de fidélité, par la désertion, par l'irrespect. Mais d'une part certains juges du fond excluent toute condamnation à dommages et intérêts qui considère que le manquement aux obligations du mariage n'est sanctionné que par le divorce. D'autre part la Cour de cassation exclut aujourd'hui la responsabilité du tiers complice de l'adultère.

Troisième sanction, la déchéance de certains droits. Par exemple, l'époux qui sans juste cause a quitté la résidence familiale ne peut pas réclamer à l'autre sa contribution aux charges du mariage. Enfin, l'époux qui méconnaît l'un de ces devoirs personnels peut perdre le bénéfice de la donation qu'il aurait reçue de son conjoint, son comportement pouvant constituer un cas d'ingratitude cause de révocation des donations.

CHAPITRE 2 : LES EFFETS PÉCUNIAIRES DU MARIAGE

Les rapports patrimoniaux des époux, leur intérêt pécuniaire, relève du régime matrimonial. Dans le code napoléon ce régime était librement choisi par les époux sous la seule réserve du devoir de secours prévu par l'article 212. Mais

depuis 1965, les règles impératives se sont multipliées et forment le régime primaire.

SECTION 1 : LE RÉGIME PRIMAIRE

On se limitera aux dispositions principales. Elles peuvent être regroupées en 3 catégories, certaines garantissent une association minimum entre les époux, d'autres assurent une indépendance minimum à chacun des époux. Certaines enfin règlent les conflits.

I. LES RÈGLES D'ASSOCIATIONS

A. LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE ÉPOUX

IL s'agit d'un devoir de secours matériels, le secours morales relève du devoir d'assistance. En principe, le devoir de secours prévu par l'article 212 est absorbé par l'obligation de contribuer aux charges du mariage que prévoit l'article 214. Les charges du mariage comprennent l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. La loi précise que les époux fixent les bases de la contribution de chacun dans leur contrat de mariage, à défaut chaque époux contribue à proportion de ses facultés respectives. Dans les anciens contrats une clause prévoyait que c'était le mari qui assurait ses charges. Lorsque les époux mènent une vie commune, chacun d'eux s'acquitte de sa contribution soit en argent, soit en nature par l'activité au foyer. Mais lorsque les époux sont séparés, cette contribution prend une autre tournure, le plus riche verse une somme d'argent à l'autre. Mais attention, dans les deux cas la contribution se distingue de l'obligation alimentaire de droit commun. En effet, l'obligation alimentaire de droit commun se définit comme l'obligation de fournir à une personne dans le besoin ce qui est nécessaire à sa survie. Or la contribution aux charges du mariage oblige à plus, elle oblige le plus riche à assurer à son conjoint une condition égale à la sienne, *elle obligeait le plus nanti à hisser l'autre à son niveau de bien être* (Charbonnier). L'époux créancier n'a donc pas à justifier son état de besoin, il peut obtenir beaucoup plus que le minimum vital.

Par exception, le devoir de secours peut exister détaché de l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Il en est ainsi dans deux hypothèses. 1.

l'un des époux est à raison de sa faute déchu de sa créance de contribution aux charges du mariage, dans ce cas il reste quand même créancier du devoir de secours (l'époux qui est parti ne peut pas réclamer le paiement de la cotisation à son club de golf à son conjoint). 2. l'un des époux c'étaient engagé par contrat de mariage a assurer seul les charges du mariage mais qu'il est ruiné, il reste quand même créancier du devoir de secours. Dans ces deux hypothèses le devoir de secours se présente comme une créance alimentaire de droit commun, il suppose donc un état de besoin et l'époux créancier ne peut réclamer que le stricte minimum.

Dans tous les cas, la sanction de l'obligation de contribuer aux charges du mariage est sanctionné comme l'est l'obligation alimentaire.

B. LE STATUT DU LOGEMENT DE LA FAMILLE

L'article 215 alinéa 3 : dispose que le logement familiale et les meubles qui le garnissent ne peuvent être aliéné qu'avec le consentement des deux époux, peut importe qu'ils soient la propriété exclusive de l'un des époux.

Quant à son domaine, elle s'étend à tous les droits assurant le logement de la famille (droit au bail, part dans la société civile propriétaire de l'appartement) ainsi qu'à tous les actes de dispositions (échanges donations, apport en société etc...) en revanche la Cour de cassation a exclu le leg du domaine de l'article 215. Cette jurisprudence a été très critiqué, elle c'est trouvé en partie neutralisé par la loi du 3 décembre 2001 qui a réformé les droits du conjoint survivant, elle lui a reconnu un droit au logement qui lui permet de demeurer dans l'immeuble dépendant de la succession. Le domaine est donc très large.

Quant à sa portée, d'une part le consentement du conjoint peut être tacite, mais il doit être spéciale (porter sur le prix de la vente), d'autre part le logement reste saisissable par les créanciers des deux époux ou de l'époux propriétaire.

Quant à sa sanction, c'est la nullité relative de l'acte de disposition sur demande de l'époux qui n'a pas été consulté.

Pour conclure il faut souligner que cette règle est la transposition sur le plan patrimonial de la règle personnelle selon laquelle les époux choisissent ensemble la résidence de la famille.

C. LE STATUT DES DETTES MÉNAGÈRES

Les dettes dites ménagères sont prévues par l'article 220 du code civil, ce sont les dettes contracté pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. L'article 220 édicte deux règles. 1. chaque époux peut passer seul de tels contrats, c'est une règle qui aujourd'hui coule de source mais avant 1965 la femme était incapable, elle ne pouvait donc pas conclure de contrat. 2. la dette ainsi contracté oblige les époux solidairement. Ces deux règles assurent le crédit du ménage puisque les tiers créanciers est assuré de la validité du contrat, mais également de pouvoir réclamer le paiement aux deux époux. Cependant il y a 3 limites à la solidarité. 1. la dette est manifestement excessive, ce caractère s'apprécie eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité de l'opération et à la bonne ou mauvaise foi du tiers. 2. la solidarité est exclu pour les achats à tempérament c'est-à-dire payable à un terme précis (exemple, vous payez votre frigo dans 1 mois, l'achat a tempérament est toujours à crédit, mais le contraire n'est pas vrai). 3. un emprunt, même contracté pour l'entretiens du ménage n'est pas couvert par la solidarité sauf si il est modeste. Dans ces cas, le contrat est valable mais il n'est pas couvert par la solidarité.

II. LES RÈGLES D'INDÉPENDANCES MINIMUMS

La loi a le souci que le mariage ne soit pas l'asservissement d'un époux à l'autre.

L'article 223 du code civil prescrit que chacun des époux à la libre disposition de ses revenus professionnels, on retrouve ici le système de la gestion exclusive. Cette règle est la transposition sur le plan patrimonial de la règle qui sur le plan personnel reconnaît à chaque époux le droit d'exercer une profession.

L'article 225 dispose que chacun des époux à la libre disposition de ses biens personnels, on retrouve le système de l'égalité dans l'indépendance et de la gestion exclusive. Cette règle n'a aucune porté pour des époux séparé de

biens, mais elle prend une très grande portée pour des époux mariés sous le régime de la communauté. Dans ce cas elle interdit la clause d'unité d'administration au terme de laquelle une femme confiait à son mari dans le contrat de mariage la gestion de ses biens personnels. Depuis 1965, la femme a la gestion de ses biens propres, mais le législateur avait prévu la possibilité pour la femme de laisser cette gestion à son mari. Cela apportait un certain confort pour la femme, le confort d'irresponsabilité. En 1985, l'article 225 a rendu ce type de clause illicite. La femme peut toujours donner un mandat à son mari, mais il sera comme tous mandats révoquant à tout moment.

III. LES RÈGLES DE CRISE

Il y en a un certain nombre, les plus importantes figurent à l'article 220-1. Ce texte permet au tribunal d'interdire à l'un des époux d'accomplir certains actes lorsque deux conditions sont remplies. 1. un manquement grave à ses obligations personnelles ou pécuniaires. 2. que ce manquement mette en péril ?

Dans ce cas le juge peut ordonner toutes mesures urgentes que requière l'intérêt de la famille. Le texte donne 2 exemples : 1. interdiction faite à l'époux coupable de disposer de ses biens personnels ou des biens communs sans le consentement de son conjoint. 2. interdiction de déplacer les meubles (sortir de l'immeuble). Mais ce ne sont là que des exemples, le juge peut ordonner d'autres mesures patrimoniales ou même personnelles. Exemple : nomination d'un administrateur judiciaire des biens communs. Interdiction faite au mari alcoolique de se servir de la voiture. Depuis la loi du 26 mai 2004, le juge peut également autoriser la résidence séparée et attribuer le logement en cas de violence conjugale.

Toutes ces mesures sont essentiellement temporaires, elles sont limitées à 3 ans.

SECTION 2 : LE RÉGIME MATRIMONIAL

Première observation, les époux choisissent librement leur régime matrimonial. La loi leur propose un régime qu'ils peuvent modifier, on parlera alors de régime conventionnel. Depuis 1992, il est possible de changer de régime en cours de vie matrimoniale si ce changement est conforme à l'intérêt de la famille. Jusqu'à la loi du 23 juin 2006 ce changement devait être

homologuer par le juge, depuis cette loi il ne le doit plus sauf si il existe des enfants mineurs ou si il existe une opposition à ce changement formé par des enfants majeurs ou des créanciers. Enfin, cette liberté des conventions matrimoniales à pour limite générale l'ordre public de l'article 6 et pour limite particulière le régime primaire.

Deuxième observation, tous régime matrimonial règle trois questions :

1. celle de la propriété des biens, de la répartition de l'actif, sur cette première question deux systèmes sont concevables. Soit chacun des époux conservent la propriété exclusive de ses biens acquis avant et après le mariage. Soit, il s'établi entre les époux une union d'intérêt pécuniaire, certains bien deviennent alors commun aux deux époux.
2. la question du gage des créanciers des époux, la répartition des époux. La question est de savoir quel bien les créanciers vont pouvoir saisir. Cette question se pose surtout lorsqu'il existe une masse commune. La question est alors de savoir si les créanciers de chacun des époux peuvent saisir outre les biens personnels de leur débiteur, les biens communs.
3. la question de la gestion des biens, de la répartition des pouvoirs. Qui peut gérer/administrer les biens du ménage. Comme la précédente, cette question ne se pose que lorsqu'il existe une masse commune.

La loi du 13 juillet 1965 a modifié les régime matrimonial. Aujourd'hui la loi propose 3 types de régimes. Des régimes communautés, le régime de la séparation des biens, la participation au acquêt.

I. LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

Ils sont tous caractérisé par une union d'intérêt pécuniaire, par l'existence de bien commun qui forme une sorte de copropriété familiale appelé masse commune. Parmi ces régimes de communauté, le régime légal à une importance particulière, c'est le régime matrimonial des époux qui se mari sans contrat, c'est la communauté légale par opposition au communauté conventionnelle.

A. LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

S'agissant de la répartition de l'actif il existe 3 masses.

1. la communauté est dite réduite aux acquêts lorsqu'elle comprend tous les revenus des époux (travail et bien propre) ainsi que tous les biens acquis à titre onéreux au cours du mariage. (1401). Les patrimoines propres comprennent les autres biens : les biens acquis avant le mariage et les biens acquis au cours du mariage par succession ou libéralité. Cette répartition obéit à l'idée simple que sont communs les richesses dont la constitution peut être imputée à un effort commun d'économie, à un effort commun.
2. s'agissant de la répartition du passif, le principe est que les dettes nées du chef d'un époux au cours du mariage sont exécutoires sur ses biens et sur les biens communs à la seule exception des gains et salaires du conjoint (1413 et 1414 alinéa 1). Il y a deux exceptions importantes. La première concerne les dettes ménagères. Au terme de l'article 220 ces dettes sont exécutoires sur les trois patrimoines puisqu'elle engage les 2 époux, l'exception joue au profit du créancier. La deuxième exception concerne les dettes d'emprunts et de cautionnement contracté sans le consentement du conjoint, ces dettes ne sont exécutoires que sur les biens propres de son débiteur et ses revenus, par sur les biens communs (1415), l'exception joue cette fois contre le créancier.
3. S'agissant des pouvoirs, les biens propres relèvent en principe de la gestion exclusive. (1428) Les biens propres relèvent de la gestion concurrente, chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs (1421 alinéa 1). Par contre les actes graves relèvent de la cogestion (1422 et 1424), de plus les actes portant sur les biens communs affectés à l'exercice d'une profession séparée relèvent de la gestion exclusive sauf pour les actes graves, ici le souci de l'indépendance professionnelle fait que la gestion exclusive chasse la gestion concurrente mais pas la cogestion.

B. LES COMMUNAUTÉS CONVENTIONNELLES

Il y a communauté conventionnelle lorsque les époux passent un contrat pour déroger sur tel ou tel point sur les règles de la communauté légale. La dérogation peut d'abord porter sur les biens de la communauté, ils peuvent par exemple adopter une communauté universelle dans laquelle il n'y aura plus de bien propre. La dérogation peut également porter sur les actes de gestions, les époux peuvent convenir que tout acte d'administration d'un bien commun exigera le consentement des deux époux, c'est ce qu'on appelle la clause de *main commune*. La dérogation peut enfin porter sur les modalités du partage de la communauté, les époux peuvent par exemple convenir d'une clause dite de préciput au terme de laquelle l'un d'entre eux pourra avant partage prélever un bien commun etc... En outre les époux peuvent combiner ces dérogations. Il existe une combinaison usuelle adoptée en cours de mariage par des époux d'un certain âge, c'est ce qu'on appelle la communauté universelle avec attribution intégrale au survivant. L'avantage de cette combinaison est que tous les biens du ménage appartiendront au survivant et le survivant les recevra non pas par l'effet d'une libéralité, d'un testament, mais par l'effet d'un avantage matrimonial. Ceci a deux conséquences, premièrement le conjoint survivant ne paye aucun droit de succession, deuxièmement les héritiers réservataires de l'époux décédé ne pourront pas opposer leur réserve au conjoint survivant, cette conséquence est cependant écartée si les héritiers réservataires ne sont pas des époux communs.

II. LE REGIME DE LA SEPARATION DES BIENS

Il s'agit d'un régime individualiste pour ceux qui l'aime, égoïste pour les autres. Théoriquement c'est le plus simple. 1. Chaque époux conserve la propriété exclusive des biens qu'il acquière avant et après le mariage. 2. chaque époux n'engage par ses dettes que ses biens personnels. 3. chacun des époux conserve la gestion souveraine de ses biens. Pratiquement ce régime pose souvent des difficultés très sérieuses. Voici les 3 principales difficultés.

1. la première concerne les biens meubles, il est souvent très difficile de savoir à quel époux tel ou tel meuble appartient. En cas de doute la loi pose une présomption d'indivision par moitié. Il peut y avoir des dérogations à cette présomption dans le contrat de mariage

2. la deuxième difficulté concerne les immeubles, souvent les époux acquièrent ensemble un ou plusieurs immeubles. Cette indivision pose des difficultés de fonctionnement et de liquidation, surtout lorsque les frais d'acquisitions, d'entretiens ou d'amélioration ont été inégalement assumés. Si cette difficulté se pose c'est parce que l'indivision est une forme de propriété collective beaucoup plus rudimentaire.
3. la troisième difficulté se rencontre dans le cas de la femme séparée de bien qui ne travail pas, en cas de divorce elle risque de se trouver totalement démunie, c'est pourquoi une jurisprudence difficile et incertaine est venu à son secours dans le cas où sa collaboration à la profession du mari ou son activité au foyer est allé au delà de ce qu'elle devait au titre de sa contribution au charge du mariage. Dans ce cas là, la jurisprudence reconnaît à la femme une créance d'enrichissement sans cause sur son mari et elle considère également que ne constitue pas une donation le prix d'un bien qu'elle a acquis mais qui a été payé par son mari.

III. LE REGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS

Il s'agit d'une innovation de la loi de 1965. L'idée générale est que ce régime est une séparation de bien qui se métamorphose en communauté à la séparation. Durant le mariage chaque époux conserve la propriété et la gestion exclusive de ses biens et par ses dettes il n'engage que ses propres biens. Mais lors de la dissolution (mort, divorce) les époux sont associés à ce qui a été gagné pendant le mariage, il participe à leur acquêt respectif. Pour chacun des époux ont établi un patrimoine final qui comprend tous les biens que l'époux considéré possède au moment de la dissolution et un patrimoine originaire qui comprend tous les biens que l'époux considéré possédait au jour de son mariage et tous les biens qu'il a acquis par succession et libéralité au cours du mariage. On évalue ces deux patrimoines puis on soustrait la valeur patrimoine originaire à la valeur du patrimoine finale, la somme obtenue constitue la valeur nette du patrimoine des deux époux. On compare alors les acquêts respectifs des deux époux. Celui qui c'est le moins enrichie à contre l'autre une créance que l'on appelle créance de participation qui est égale à la moitié de la

différence. Ce régime matrimonial présente trois différences par rapport à la communauté.

1. quant à l'actif, les acquêts ne sont pas partagés en nature, chacun des époux est le propriétaire définitif des biens qu'il acquiert, le conjoint ne peut réclamer que la moitié de la valeur des biens. Tout cela se résout par règlement pécuniaire.
2. quant au passif, ce régime n'est pas une participation aux pertes, donc si un époux s'appauvrit au cours du mariage, son conjoint ne supporte pas la perte. En d'autres termes, sous ce régime là on ne peut pas devoir à son conjoint plus que la moitié de ses acquêts.
3. quant au pouvoir, chacun des époux conserve la gestion propre de ses biens.

SOUS TITRE 3 : LA DISSOLUTION DU MARIAGE

L'article 227 prévoit que le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et par le divorce. Ces deux causes emportent une véritable rupture du lien patrimonial c'est-à-dire la cessation définitive des liens du mariage. Il faut rapprocher la séparation de corps qui emporte une cessation partielle et provisoire des effets du mariage, ce n'est qu'un relâchement des liens du mariage.

CHAPITRE 1 : LE DIVORCE

Il s'agit de la dissolution d'un mariage valable intervenant du vivant des époux.

SECTION 1 : NOTION GÉNÉRALE

I. LE PROBLÈME LÉGISLATIF DU DIVORCE

Il s'agit d'une institution qui a été passionnément débattue de 1900 à 1970.

1. Aujourd'hui le principe du divorce n'est plus discuté en législation, on peut y voir un relâchement de la morale et des mœurs ou un simple relâchement du droit.

2. Le divorce est accepté dans tous les états du monde, y compris les plus catholiques. Le dernier pays à l'avoir accepté a été le Chili. Partout le divorce progresse. Aujourd'hui en France 1/3 des mariages finissent par un divorce.
3. La convention EDH considère que ?
4. S'agissant de ses modalités, le divorce peut être organisé selon deux grands systèmes. Le premier système est celui du divorce purement volontaire, le mariage est dissout par la déclaration des époux devant une autorité publique, c'est au fond un acte juridique symétrique du mariage. Ce premier système peut permettre un divorce par déclaration unilatérale de l'un des époux. Le second système est celui du divorce judiciaire, la rupture du lien matrimonial suppose une décision de justice. Si on opte pour ce second système il y a deux variantes. Ou bien le tribunal apprécie le bien fondé de la demande, c'est le divorce pour cause indéterminée. Ou bien le tribunal ne peut prononcer le divorce que dans des cas limitativement prévus par la loi, c'est un divorce pour cause déterminée. Si on retient cette variante une ultime option s'ouvre, ou bien ne sont causes de divorce que les faits constituant une faute à la charge de l'un des époux (divorce sanction / pour cause subjective), ou bien sont retenues comme cause de divorce toutes les circonstances qui rendent insupportables le maintien de la vie commune sans qu'il y ait de faute (divorce faillite / pour cause objective). En droit français le divorce a évolué au cours de l'histoire.

Manque quelques lignes

A. LA CHUTE DE L'EMPIRE ET LA RESTAURATION

Une loi du 8 mai 1816 supprime le divorce, conséquence logique de ce que la nouvelle constitution de la France consacre le catholicisme comme religion d'État

B. LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE

Avec la troisième république, la loi du 27 juillet 1884, Nokuet, rétabli le divorce, mais cette loi est d'esprit très restrictif, elle n'admet que le divorce sanction. La faute est la seule faute de divorce, le divorce par consentement mutuel n'est pas admis. Malgré l'esprit restrictif de cet loi le nombre de divorce ne cesse d'augmenter (2850 1886 environ 50.000 en 1893). D'un coté la législation est devenu plus libéral c'est ainsi qu'une loi de 15 décembre 1904 autorise le mariage de l'époux divorcé avec son complice dans l'adultère qui a causé le divorce. D'un autre coté les tribunaux ne parviennent pas à exercer un contrôle réel de la faute, on voit donc se multiplier les divorces d'accord. Les époux qui souhaitent divorcer mais qui ne peuvent pas le faire par consentement mutuel se mette d'accord pour simuler des fautes (lettre injurieuse, invention de fautes). Cette accroissement du nombre des divorces rendaient une réforme urgente

C. LA LOI DU 11 JUILLET 1975

Cette loi constitue toujours le droit positif, elle est inspiré par 3 idées :

1. libéralisé le divorce toute en respectant la diversité des sensibilités, notamment celle de l'époux qui souhaite voir son innocence reconnu dans la rupture d'où l'introduction d'une pluralité de cause de divorce, le consentement mutuel, la rupture de la vie commune et enfin la faute.
2. dédramatiser le divorce. Premièrement les accords des époux sont encouragés dans tous les cas de divorce. Deuxièmement les suites du divorce sont pour partie détachées de la cause du divorce. Par exemple, lorsque le divorce est prononcé pour faute au tors partagé, une prestation compensatoire peut être accordé à l'un des époux alors même qu'il est fautif.
3. Concentrer dans le temps les effets du divorce. Plus précisément, la loi a voulu que dans toute la mesure du possible, les effets pécuniaires soient fixé irrévocablement au moment du divorce et qu'il le soit sous la forme de prestation immédiatement exécuté. En d'autre terme la loi a voulu que dans toute la mesure du possible les effets pécuniaires du

divorce ne puisse donner lieu ni à révision ni à exécution échelonné. D'où en 1975 la substitution à la pension alimentaire de la loi d'Aquet d'une prestation compensatoire insusceptible de révision et qui s'exécute en principe en capital.

Ces trois idées se retrouvent dans la réforme qu'a réalisé la loi du 26 mai 2004. Cet loi apparaît comme une loi de perfectionnement technique et de parachèvement idéologique, ce n'est pas une loi de rupture. Premièrement s'agissant de la libéralisation du divorce, le pluralisme des causes est maintenu en 2004, simplement la loi de 2004 procède à une remise en ordre des causes pour neutraliser les détournements de procédure et aussi elle accentue la libéralisation, le divorce est plus facile qu'avant. Deuxièmement, s'agissant de la dramatisation du divorce, la loi augmente très sensiblement la part faite aux accords et époux et les encourage bien plus vivement qu'avant. Troisièmement s'agissant de la concentration dans le temps des effets du divorce, l'évolution est ici plus nuancé. La loi maintient et accentue sa préférence pour des d'effets pécuniaires qui se produise en un trait de temps. Mais lorsque ces effets s'étale dans le temps, alors la loi de 2004 admet beaucoup plus facilement la révision que la loi de 1975 (la loi de 1975 étant fait pendant une période de pleine emploi ce qui n'est plus le cas en 2004). Quatrièmement, s'agissant des causes comme des effets du divorce la loi de 2004 supprime des clauses de sauvegarde qui avaient institué en 1975. ces clauses de sauvegarde permettait aux juges d'écarter tel ou tel règles nouvelles lorsque sont applications auraient pour l'un des époux ou pour les enfants des conséquences d'une exceptionnelle gravité. EN 2004 ces clauses ont été considéré comme des dispositions de transitions, des règles de compassion, pour des citoyens attachés à l'ordre juridique de 1975.

SECTION 2 : LES CAS DE DIVORCE

LE divorce reste en droit français un divorce judiciaire pour cause déterminé. Par conséquent, celui qui veut divorcer doit obtenir une décision du juge et doit justifier qu'il se trouve dans l'un des cas prévu par la loi, il y a là comme une trace de l'indissolubilité du mariage. Mais depuis la loi de 1975, et surtout depuis 1994, nul ne risque de rester prisonnier de son mariage, celui qui veut divorcer le peut toujours même si son conjoint ne le veut pas et que ce dernier

n'a commis aucune faute. L'organisation internationale de 1975 prévoyait 3 cas. Le premier était le divorce pour consentement mutuel qui se subdivisait en une requête conjointe et une demande acceptée. Le deuxième cas était le divorce pour rupture de la vie commune. Et enfin, le divorce pour faute. La loi de 2004 a repris ces 4 cas mais sans regrouper les deux premiers et en renommant certains. Il y a donc aujourd'hui, le divorce par consentement mutuel ex divorce sur requête conjointe, suivie du divorce accepté ex divorce sur demande acceptée, puis le divorce pour altération définitive du lien conjugal ex divorce pour rupture de la vie commune, enfin le divorce pour faute.

I. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Il est régi par les articles 230 à 232 du code civil. Il s'agit d'un divorce où sous le contrôle du juge les époux s'accordent et sur le principe et sur les effets personnels et pécuniaires du divorce. L'accord des époux sur le principe du divorce résulte de leur requête conjointe au divorce et leur accord sur les effets du divorce s'exprime dans une convention qui les règle, qui les fixe et qu'il annexe à leur requête pour la soumettre à l'homologation du juge. Cela dit, la loi de 2004 a simplifié ce divorce en supprimant 2 délais. D'abord, elle a supprimé le délai de 6 mois à compter du mariage pendant lequel ce type de divorce était interdit. Ensuite, la loi de 2004 supprime le délai de réflexion de 3 mois que la loi de 1975 imposait au époux en prévoyant 2 comparutions devant le juge distante de 3 mois. Aujourd'hui, le juge peut prononcer le divorce dès la première comparution des époux. Mais attention ce divorce reste un divorce judiciaire et cela d'un double point de vue qui apparaît très clairement à l'article 232. D'une part c'est le juge qui prononce le divorce, il ne peut y avoir de divorce administratif par consentement mutuel. Le convention que passe les époux n'est pas sur le divorce, mais simplement sur les suites du divorce. D'autre part, le juge contrôle l'accord des époux à la fois sur le principe du divorce et sur les suites. Mais ici il faut distinguer. Sur le principe comme sur les suites le juge s'assure que la volonté des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. L'exigence d'une volonté réelle exclut le divorce sur un coup de tête ou un divorce simulé sans intention de se séparer. L'exigence d'un consentement libre et éclairé exclut le divorce si le consentement d'un époux est vicié pour dol, erreur ou violence. S'agissant des

suites du divorce, le juge exerce en outre un contrôle de l'opportunité. Le juge refusera d'homologuer la convention si il estime qu'elle préserve insuffisamment les intérêts personnels ou pécuniaires de l'un des époux ou des enfants. Et si il refuse d'homologuer la convention, il ne peut pas prononcer le divorce. Il y a une indivisibilité entre le principe et les effets du divorce. Ce divorce reste donc belle et bien un divorce judiciaire malgré sa libéralisation. Cela dit, la convention des époux appel 5 séries d'observations :

1. la nécessité de cette convention explique que le divorce par consentement mutuel est exclu lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection car il ne pourra être en mesure de passer la convention (249-4 du code civil).
2. La convention ne règle que les suites du divorce et par conséquent elle n'a pas mentionné les faits qui ont conduit les époux à divorcer et les époux n'auront pas d'avantage à expliquer ces faits dans leur requête. C'est donc un divorce secret quant à ses causes concrètes. Le corollaire c'est que le juge ne peut pas apprécier l'opportunité du divorce.
3. Cette convention doit être complète sur les suites du divorce, elle doit régler les effets du divorce à l'égard des époux et des enfants. Elle doit régler les effets personnels et pécuniaires. En particulier elle doit comporter un état liquidatif du régime matrimonial et elle doit régler la question de la prestation compensatoire.
4. Les effets du jugement d'homologation ont donné lieu à une controverse doctrinale qu'a tranché la jurisprudence. La question était de savoir si le jugement d'homologation purgé ou non la convention des vices qui peuvent l'entacher. Plus concrètement, la question était de savoir si un époux peut attaquer la convention homologuée une fois le divorce prononcé en invoquant soit un vice du consentement (dol ou violence) soit une lésion dans le partage des biens commun ou indivis. La Cour de cassation a jugé irrecevable la demande en rescision pour lésion (6 mai 1987) puis la demande en nullité pour vice du consentement (13 novembre 1991). En d'autres termes la Cour de cassation a consacré

l'intangibilité de la convention homologuée. Deux justifications sont invoquées au soutien de cette solution. Premièrement elle est tirée du lien d'invisibilité qui existerait entre le principe du divorce et la convention qui en règle les suites pécuniaires. Ce lien serait tel que la nullité de la convention ou la rescision du partage emporterait la mise à néant du divorce, solution qui d'un point de vue pratique serait source d'une insécurité énorme et qui d'un point de vue pratique méconnaîtrait le caractère juridictionnel du divorce. Réplique : 1. il n'y a pas toujours lien d'indivisibilité, c'est affaire de circonstance, de volonté des époux. 2. pour les cas de lésion, depuis la loi du 26 juillet 2006 la lésion dans un partage n'est plus sanctionnée par la rescision mais uniquement par une action en complément de part. C'est la première justification qui a été avancée par la Cour de cassation à titre principal. La seconde justification est que le déséquilibre du partage n'est pas toujours une injustice, se peut être le prix d'un divorce dont par hypothèse on ignore la cause, ce peut être le prix payé par un époux fautif pour retrouver rapidement sa liberté.

5. La convention ne peut être modifiée que par une nouvelle convention elle-même homologuée, autrement dit la convention ne peut être modifiée par une décision du juge et elle ne peut être modifiée par une simple convention non homologuée. Cette règle qui en elle-même est incontestée et incontestable a donné lieu à une difficulté d'application dans le cas où un bien a été oublié dans l'état liquidatif. Dans un 1^{er} temps il y a eu semble-t-il une divergence entre la 1^{er} et la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation. Pour la 2^{ème} chambre il fallait une nouvelle convention homologuée réglant le sort du bien omis, le juge ne pouvant ordonner le partage de ce bien. Le raisonnement étant que la convention souffre d'une lacune, il faut donc la modifier ce que le juge ne peut pas faire (18 mars 1992 et 29 novembre 1995). Pour la 1^{er} il y a eu lieu à un partage complémentaire du bien omis (3 juillet 1996). Aujourd'hui il semble qu'il faille distinguer. Ou bien l'omission procède d'un oubli, alors il y a lieu à un partage complémentaire prononcé par le juge (2^{ème} civ. 27 janvier 2000).

Ou bien l'omission est délibéré et alors tous partage peut être exclu par interprétation de volonté car dans ce cas il est permis de penser que le bien a été omis de l'acte de partage mais non de la convention des parties, de l'acte juridique, en d'autre terme que les époux étaient convenu sans l'écrire que le bien serait attribué à l'époux qui l'a acquis ou à l'époux qui le possède (1^{er} civ. 14 janvier 2003). Le raisonnement est qu'il se peut que les époux aient oublié un immeuble (ce qui est rare), on peut oublié un compte bancaire etc... dans ce cas il faut bien sortir de cette situation, si il n'y a pas d'accord il faut bien se résoudre à un partage qui sera judiciaire. Si au contraire les époux l'ont oublié sciemment c'est le plus souvent qu'ils se sont accordés sur qui aura le bien.

II. LE DIVORCE ACCEPTÉ

Ce divorce est prévu au article 233 et 234. Il s'agit d'un divorce sur dans lequel les époux s'accordent sur le principe mais diverge sur ses effets. Le juge va donc constater leur accord sur le principe du divorce mais c'est lui qui va en fixer les suites. 4 règles à retenir.

1. L'accord sur le principe du divorce peut exister dès l'introduction de l'instance, dans ce cas l'instance s'ouvre par une requête conjointe. Mais l'accord sur le principe peut aussi se former en cours d'instance, la requête introductive de l'instance aura alors été unilatérale.
2. Ce divorce reste un divorce où le consentement mutuel est essentiel, même si il est limité au principe. D'où l'exclusion de ce type de divorce si l'un des époux est un majeur protégé.
3. L'accord des époux une fois constaté par le juge est irrévocable. Un époux ne peut même pas se rétracter au bénéfice d'un appel (233 alinéa 2).
4. Dans ce type de divorce, les époux n'ont aucunement à s'expliquer sur les faits qui justifie leur divorce, il s'agit encore d'un divorce pour cause secrète, ce qu'il n'était pas avant 2004.

Ce cas de divorce a changé de dénomination en 2004, naguère divorce sur demande accepté, il est devenu divorce accepté. Ce changement de terminologie s'explique très facilement. Avant 2004, ce divorce était toujours demandé par un seul des époux qui devait rédiger un mémoire dans lequel il relatait des faits qui selon lui rendait intolérable le maintien de la vie commune. Son conjoint, auquel ce mémoire était communiqué, pouvait l'accepter et avec lui le principe du divorce. Aujourd'hui, ce divorce peut être demandé conjointement par les époux, il s'agit donc d'un divorce accepté dans son principe, mais accepté soit dès le départ, soit en cours de procédure.

III. LE DIVORCE POUR ALTERATION DEFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

Ce cas est prévu par les article 237 et suivant. Il a été institué par la loi de 2004 et il remplace le divorce pour rupture de la vie commune introduit par la loi de 1975. Entre ces deux cas il existe des décisions importantes mais l'esprit reste le même, il s'agit toujours d'un divorce faillite à l'État pure, dont toute idée de sanction est banni. Ce divorce permet à un époux d'imposer la rupture à l'autre alors même que ce dernier n'a commis aucune faute, c'est pourquoi on a parlé de *divorce répudiation*. Ce cas de divorce fut celui qui fut le plus débattu en 1975. Ce fut encore le cas en 2004.

A. LE DROIT ANTERIEUR A LA LOI DU 26 MAI 2004

Au terme de la loi de 1975 dans sa version originale, ce divorce suppose 2 séries de conditions. Une première série de conditions est relative aux causes de la rupture. Cette rupture doit résulter soit d'une séparation de fait prolongé d'au moins 6 ans, soit d'une altération grave des facultés mentales du défendeur d'au moins 6 ans également. Une seconde série de condition est relative au conséquence du divorce. D'une part l'époux demandeur doit lorsqu'il demande le divorce accepter par avance de supporter toutes les charges du divorce, notamment de rester tenu du devoir secours une fois le divorce prononcer. D'autre part, le juge doit rejeter la demande si le divorce aurait pour le défendeur ou pour les enfants des conséquences matériels ou morales d'une exceptionnelle dureté (clause de dureté). Ces deux conditions, montre que ce cas de divorce n'est admis en 1975 qu'avec la plus grande

prudence. La première de ces deux conditions suggère que le comportement du demandeur à quelques choses de répréhensible.

B. LE DROIT ISSU DE LA LOI DU 26 MAI 2004

Cette loi banalise ce divorce en assouplissant ces conditions.

- a) suivant l'article 238 nouveau l'altération du lien conjugal s'entend d'une cessation de la vie commune par suite d'une séparation. Par conséquent ce divorce bien que son nom est changé reste un divorce pour rupture ou cessation de la vie commune, mais désormais la rupture présuppose une vie séparée, elle ne peut donc plus résulter d'une altération des facultés mentales du défendeur. Cela a fait dire à certains que désormais pour divorcer d'un aliéné il faut désormais partir...Cela dit, s'agissant de la séparation, certaine solution jurisprudentielle qui avait été consacré pour l'application des textes anciens conservent toutes leur valeur. Exemple : la séparation suppose selon la Cour de cassation *la cessation de toute communauté de vie tant affective que matériel*. Il faut donc un élément matériel, l'absence de cohabitation, et un élément morale, l'état psychologique de rupture qui explique l'absence de cohabitation, sans cet élément un époux pourrait tirer partie après coup d'une séparation de résidence sans aucune volonté de rupture (ex : un époux travail à l'étranger, est prit en otage à l'étranger). Deuxième solution jurisprudentielle qui vaut toujours, la séparation peut être de fait ou de droit (séparation de corps), la jurisprudence l'avait admise alors même que la loi de 1975 visait une séparation de fait. Cette solution vaut toujours actuellement car la loi de 2004 vise la séparation tout court.

- b) La durée minimum de la rupture est ramené de 6 à 2 ans. Il faut avoir été séparé pendant les deux ans précédant l'assignation et non plus la requête. Il est donc possible d'introduire la requête dès le début de la séparation, on assignera au bout de 2 ans. De plus, ce délai n'est pas exigé lorsque la demande est formé par voie

reconventionnelle en réplique à une demande de divorce pour faute.

c) Ce divorce produit maintenant les mêmes conséquences que les autres divorces, la condition d'asumption des charges par le demandeur est supprimé. Plus particulièrement, le devoir de secours disparaît comme dans tous les autres divorce. Ce divorce est donc banalisé.

d) La clause de dureté a été supprimé.

IV. LE DIVORCE POUR FAUTE

Cette forme de divorce était la seule qu'avait retenu la loi de 1884. Les lois de 1975 et de 2004 continue de lui faire une place importante aux articles 242 et suivant. Pourtant il avait été prévu dans les travaux préparatoires de la loi de 2004 avait prévu de le supprimer. Deux arguments avaient été invoqué pour le supprimer. 1. la vanité de la quête des relations conjugales (oui il est parti, mais ce n'est pas sans raison). 2. les atteintes aux droits à l'intimité et aux respects de la vie privée qui accompagne toujours la recherche des preuves de la faute. Mais les tenants du maintien du divorce pour faute ont fait valoir que premièrement le divorce pour faute est l'expression même des devoirs du mariage, deuxièmement certains époux veulent sortir du mariage avec un certificat de bonne conduite, lavé de tous soupçons. Ce sont les partisans du divorce pour faute qui l'ont emporté. [Mais alors c'est une victoire à la ?, le gouvernement a dit « vous voulez le divorce pour faute, ok », mais vous n'en tirerez aucun gain, l'époux au tord exclusif duquel le divorce a été prononcé mais qui est pauvre pourra avoir une prestation compensatoire]. La faute cause de divorce est définit par l'article 242, puis les articles 244 et 245 énoncent des faits que l'époux défendeur peut opposer à son conjoint afin de paralysé la demande en divorce.

A. LA DÉFINITION DE LA FAUTE

Les faits matériels constitutifs de faute :

Se sont les faits qui constituent une violation de l'un des devoirs, de l'une des obligations, du mariage, personnels ou pécuniaires. Ex : violation du devoir de secours, de contribuer aux charge du mariage, adultère, violation de l'obligation de communauté de vie, violation du devoir d'assistance ou du devoir de respect (refus d'attention, indifférence, plus particulièrement le refus de soin dans la maladie, violence physique, plus généralement c'est tous comportement malhonnête, déloyale, déshonorant, anormal). Première observation, la violation du devoir d'assistance ou de respect peut résulter d'un comportement coupable envers un tiers dès lors que le déshonneur rejailli sur le conjoint, *le devoir d'assistance comporte une solidarité d'honneur (Bénabent)*. On peut par exemple demander le divorce pour faute suite à la condamnation pénale de son conjoint. Avant 1975 certains faits constitué une cause péremptoire de divorce ce qui signifie que le juge n'avait aucun pouvoir d'appréciation, le juge devait prononcé le divorce une fois ces faits constatés (adultère et condamnation à une peine criminelle). En 1975 l'adultère est devenu une cause facultative de divorce, la condamnation à une peine criminelle l'est aussi devenu en 2004 de façon certaine après une hésitation.

Les caractères requis des faits matériels constitutifs de faute :

1. ils doivent être imputable à l'époux défendeur. Les faits doivent être volontaire. Ensuite, l'époux auquel les faits reprochés doivent avoir été accomplie avec discernement

2. ils doivent constituer une violation grave ou renouvelé des devoirs du mariage, une certaine tolérance doit existé entre les époux. Mais la loi n'exige pas à la fois la gravité et la répétition. Un fait unique peut suffire si il est suffisamment grave. Inversement, un fait anodin suffit si il se répète.

3. ces fautes doivent rendre le maintien de la vie commune intolérable. Cette exigence montre que le divorce pour faute est aussi un divorce faillite. Il ne faut pas qu'il y ait rupture de la vie commune, il suffit qu'elle soit intolérable.

4. ce caractère est discuté. Les faits doivent être postérieurs à la célébration du mariage, car des faits antérieurs ne peuvent constituer une violation des devoirs du mariage. Mais la dissimulation de faits antérieurs au mariage peut constituer une faute suffisante pour prononcer le divorce. Simplement, la faute n'est pas dans l'élément dissimulé, mais dans la dissimulation qui se poursuit pendant le mariage.

Deux observations pour conclure sur la faute. Premièrement, les juges sont souverains pour apprécier la faute. Deuxièmement, à la demande des deux époux, le juge peut taire dans sa décision les faits constituant la faute.

B. LES FAITS PARALYSANTS LES EFFETS DE LA FAUTE

La réconciliation est opposé par l'époux fautif à son conjoint demandeur à l'action. Elle consiste dans le pardon que l'époux innocent a accordé à l'époux (préssumé ?) fautif. Il suppose un élément matériel, la reprise ou le maintien de la vie commune, et un élément psychologique, le mobile qui a conduit au maintien ou à la reprise de la vie commune. Ce mobile doit être la volonté d'oublier les fautes qui avaient provoqué la brouille. Il n'y a donc pas réconciliation (244 alinéa 3) si la reprise ou le maintien de la vie commune est justifié par autre chose, notamment si il est motivé par la nécessité, pour les besoins de l'éducation des enfants, ou encore une tentative de réconciliation. Enfin, la réconciliation ne peut être unilatérale, il faut une offre de réconciliation et une acceptation. La réconciliation constitue une fin de non recevoir et non pas un moyen de défense au fond. En effet, si la réconciliation est établie, le juge déclare la demande irrecevable, il n'a donc pas à se prononcer au fond sur l'existence des fautes alléguées (244 alinéa 2).

Le défendeur peut opposer **les fautes du demandeur**. Il est possible d'avancer également qu'on a été provoqué à la faute (ex : va y trompe moi) Première observation, contrairement à la réconciliation il ne s'agit pas d'une fin de non recevoir, la demande en divorce est donc examinée. La faute du demandeur

n'est qu'un moyen de défense au fond qui permet d'obtenir le rejet de la demande. Deuxième observation, la faute du demandeur peut parfois aboutir non pas à un rejet de la demande au prononcé du divorce pour faute aux torts partagé. Il en est ainsi lorsque le juge estime que la faute du demandeur est bien réel mais pour autant n'excuse pas celle du défendeur (245 alinéa 3). Troisième observation, le défendeur peut opposer les fautes du demandeur non pas pour excuser les siennes mais pour demander à son tour le divorce. Dans ce cas il invoque la faute du demandeur non pas comme un moyen de défense à l'unique action en divorce mais comme fondement d'une action reconventionnelle donc une seconde action en divorce (245 alinéa 2). Dans ce cas, si les deux demandes sont fondées, le juge prononce le divorce aux torts partagés comme cela peut arriver lorsque le défendeur oppose la faute du demandeur comme simple moyen de défense. Si la demande reconventionnel est la seule fondée, le juge prononce le divorce aux seuls torts du demandeur principal.

→ Deux précisions sur les 4 cas de divorce.

Une demande reconventionnelle ne se conçoit pas dans un divorce par consentement mutuel, mais il se conçoit dans les 3 autres cas de divorce. Les demandes concurrentes peuvent alors être fondées sur un même cas de divorce. En fait les demandes reconventionnelles se rencontrent dans les circonstances suivantes. Tantôt le défendeur réplique à une demande principale pour altération définitive du lien conjugal par une demande pour faute. Tantôt, le défendeur réplique à une demande principale pour faute par une demande reconventionnelle pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal. Deux situations peuvent donc se présenter. La première est celle où les demandes concurrentes sont l'une pour faute, l'autre pour altération définitive du lien conjugal. Dans ce cas, l'article 246 impose au juge d'examiner d'abord la demande pour faute et si elle est fondée de prononc le divorce pour faute. C'est seulement si il rejette la demande fondée sur la faute qu'il examine la demande fondée sur l'altération définitive du lien conjugal. Ce texte a une signification assez forte, le divorce sanction prime le divorce faillite. La seconde situation est celle où les demandes concurrentes sont toutes deux fondées sur la faute. Dans ce cas le juge doit examiner l'une et l'autre. S'il

rejette les deux il ne prononce pas le divorce. Si il accueille les deux il prononce le divorce aux torts partagés, s'il n'en accepte qu'une il prononce le divorce aux torts exclusifs du défendeur à cette action.

Les passerelles sont les voies qui permettent à un époux de modifier en cours de procédure le fondement de sa demande.

→ il est toujours possible de passer vers un divorce par consentement mutuel (247), il suffit que les époux présentent au juge la convention qui règle les effets du divorce.

→ il est toujours possible de passer vers un divorce accepté alors que la procédure initialement engagé était celle du divorce pour faute ou pour altération du lien conjugal, il faut et il suffit que les époux demandent au juge de constater leur accord sur le principe du divorce (247 alinéa 1), c'est une nouvelle passerelle.

→ l'époux qui demande le divorce pour altération définitive du lien conjugal et dont le conjoint forme une demande reconventionnelle pour faute, peut modifier le fondement de sa demande principale et la fonder sur sa faute (ex : femme adultère, le mari s'en va et trouve son bonheur ailleurs et demande au bout de 3 ans le divorce pour altération du lien conjugal, mais sa femme demande le divorce pour faute, le mari peut alors demander le divorce pour faute). Avant 2004, le demandeur ne pouvait invoquer dans ce cas là les fautes du défendeur que pour excuser les faits qui lui était imputés. Il ne pouvait donc obtenir ni un divorce pour faute aux torts exclusifs de son conjoint, ni un divorce pour faute aux torts partagés.

Aujourd'hui statistiquement le divorce par consentement mutuel = 50% des causes de divorce et augmente encore. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal = 2% des divorces, le divorce accepté = 10%, enfin le divorce pour faute = 38% et diminue toujours

**** rattrapage ****

SECTION 3: LA PROCEDURE DE DIVORCE

En matière de divorce, la procédure est liée au fond du droit: plus la procédure est lourde, complexe, plus le divorce est difficile et plus les époux hésitent à y recourir.

D'où 2 conséquences de ce lien:

- les **lois de 1975 et de 2004** ont fixé certaines règles de procédure, alors que depuis la constitution de 1958, la procédure civile, en général, relève du domaine réglementaire. Cependant ces 2 lois se sont bornées à poser quelques principes de procédure: pour le reste, la procédure du divorce a fait l'objet de **2 décrets, du 5 décembre 1975 et du 31 octobre 2004**. - les 2 lois et les 2 décrets ont simplifié la procédure, conséquence de la libéralisation au fond du divorce.

Parmi les règles qui gouvernent la procédure du divorce, certaines sont communes, d'autres particulières.

I. LES REGLES COMMUNES A TOUS LES CAS DE DIVORCE

A. LE PROCES

1. Les parties

Le principe essentiel est que l'action n'appartient qu'aux époux; les créanciers d'un époux ne peuvent pas exercer l'action par la voie oblique, et les héritiers d'un époux ne le peuvent pas davantage. L'action a un caractère personnel qui ne souffre aucune exception

2 règles:

- si un époux est sous sauvegarde de justice, la demande ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle (**article 249-3**).
- si un des époux est sous tutelle ou sous curatelle, tout divorce par consentement mutuel ou tout divorce accepté est exclu (**article 249-4**).

2. La compétence

Compétence territoriale: le tribunal compétent est le tribunal du lieu de la résidence de la famille, si les époux résident ensemble. Dans le cas contraire, le tribunal compétent est celui de la résidence de l'époux avec qui habitent les enfants mineurs.

S'il n'y a ni résidence commune, ni enfants mineurs, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Ces règles ne valent que si la demande n'est pas conjointe: si la demande est conjointe (divorce par consentement mutuel ou divorce accepté), le tribunal compétent est au choix des époux celui de la résidence de l'un ou de l'autre ([article 1070 du Code de procédure civile](#)).

Compétence d'attribution: le TGI a toujours eu compétence exclusive en matière de divorce. Il statue tantôt collégalement, à 3, ou à juge unique, le JAF (avant le JAM).

Depuis de nombreuses années, la compétence du JAF n'a cessé de s'étendre, au point que sa compétence est absolument générale: il peut prononcer le divorce quel que soit la cause de celui-ci.

De plus, la compétence du JAF se prolonge le divorce une fois prononcé pour trancher les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution de l'entretien et l'éducation des enfants et à la révision de la prestation compensatoire.

2 limites:

- la formation collégiale est compétente sur décision du JAF
- ou si l'une des parties le demande.

3. Les fins de non recevoir opposables à un demande en divorce

Il existe une fin de non recevoir, propre au divorce pour faute, c'est la réconciliation des époux.

A coté, il existe 3 fins de non recevoir, communes à toutes les actions en divorce:

- **la mort de l'un des époux**: non seulement l'action ne peut pas être exercée, mais la mort d'un époux éteint l'action déjà engagée
- **l'existence d'un divorce antérieur**: si le divorce a été prononcé une 1^{ère} fois, il ne peut pas être demandé une 2^{ème} fois; l'intérêt serait qu'il fut prononcé pour une cause différente ou autrement.
- **la nullité du mariage**: on ne peut pas dissoudre un mariage nul, censé n'avoir jamais existé.

4. Le déroulement des débats

Par dérogation au droit commun, les débats ne sont pas publics, il ont lieu à huit clos (**articles 248 du Code civil et 1074 du Code de procédure civile**). Il s'agit de protéger le secret des familles et l'intimité de la vie privée.

Mais le jugement de divorce ou de non divorce est rendu lui en audience publique; et encore seul le dispositif du jugement est lu en audience publique, les motifs, eux, ne le sont pas, cela pour la même raison.

5. Les caractères du jugement qui prononce le divorce

3 caractères principaux:

- **il s'agit d'un jugement constitutif**: il crée une situation nouvelle. A la

différence d'un jugement déclaratif, il ne produit pas d'effets rétroactifs.

- **le jugement est opposable aux tiers**: les époux peuvent se prévaloir à l'égard des tiers les conséquences de la dissolution du mariage (ils ne sont plus tenus solidairement des dettes ménagères à l'égard des tiers). Cette opposabilité explique que la loi organise la publicité du jugement de divorce par une mention en marge des actes de naissance des époux et de l'acte de mariage (**article 262 du Code civil**).

- **l'exécution du jugement est suspendu par l'exercice d'une voie de recours** et donc pendant le délai ouvert pour décider de cet exercice. S'agissant de l'appel, la solution est conforme au droit commun. En revanche, s'agissant du pourvoi en cassation, la règle est exceptionnelle (**article 1086 du Code de procédure civile**) qui s'explique par le caractère irrémédiable que pourrait avoir l'exécution du jugement.

Si l'un des époux décède au cours de l'instance d'appel ou de cassation, le survivant est veuf mais non divorcé, il hérite.

Le devoir de fidélité demeure.

Le devoir de secours demeure aussi.

Cet effet suspensif connaît 2 limites:

- l'effet suspensif du pourvoi en cassation ne concerne pas les mesures relatives à l'autorité parentale, ni celles à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (**article 1074-1 du Code de procédure civile**).

- le juge peut ordonner l'exécution provisoire, nonobstant l'appel ou le pourvoi, pour les suites pécuniaires du divorce, sauf pour la prestation compensatoire (sauf si le principe du divorce a acquis autorité de la chose jugée). **Article 1079 du Code de procédure civile**.

B. LA PREUVE

Aucun problème de preuve ne peut se poser dans un divorce par consentement mutuel ou dans un divorce accepté, car il n'y a aucun fait à prouver.

Un problème de preuve ne se pose que dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal et dans le divorce pour faute. Ainsi délimité, les problèmes de preuve concernent les modes de preuve: l'**article 259 du Code civil** dispose que la preuve des faits invoqués est libre. Autrement dit, ils peuvent être prouvés par tous moyens; application du droit commun.

4 explications:

- **l'aveu**: ce mode de preuve était prohibé jusqu'en 1975, car il eut indirectement permis le divorce par consentement mutuel. L'aveu reste mentionné à l'article 259.

- **les constats d'huissier**: ils sont parfois utilisés dans le divorce pour faute (constats d'adultère). Mais l'**article 259-2** déclare les constats irrecevables s'il y a eu violation du domicile ou atteinte à l'intimité de la vie privée. Un constat d'adultère ne sera qu'exceptionnellement recevable. Il faut imaginer un adultère commis dans la résidence commune des époux; ou à défaut, une autorisation donnée à l'huissier par le président du tribunal pour pénétrer dans les lieux où l'adultère est commis.

- **les lettres missives**: les lettres échangées entre un époux et un tiers peuvent être fournies en preuve de l'adultère. L'**article 259-1** dans sa rédaction issue de la loi de 1975 visait expressément les lettres missives, il les déclarait recevables et écartait le principe du secret des correspondances privées, selon lequel une lettre ne peut en principe être produite en justice qu'avec l'accord de son destinataire ou de son auteur si la lettre a un caractère confidentiel. Dans sa rédaction issue de la loi de 2004, l'article ne vise plus les lettres missives: il se contente de déclarer irrecevables les preuves obtenues par violence ou par fraude. Il se contente ainsi de reprendre l'exception de l'ancien article qu'il appliquait seulement aux lettres missives.

Les solutions antérieures à 2004 déliraient mais elles sont élargies à d'autres éléments de preuve (les journaux intimes).

- **les témoignages**: ils sont en principe recevables. Mais l'**article 259 al 2** frappe les descendants des époux d'une incapacité de témoigner. Il serait choquant que les enfants témoignent de la relation de leurs parents. La CC a étendu cette incapacité aux alliés des descendants.

A part les descendants, les autres membres de la famille peuvent témoigner, mais ils le doivent, à une exception, les ascendants des époux bénéficient d'une dispense de témoignage (**article 206 du Code de procédure civile**).

C. LES MESURES PROVISOIRES

Il s'agit ici de tous les cas de divorce, sauf du divorce par consentement mutuel où il n'y a plus de matière à mesures provisoires, sauf exceptions.

Cela dit, pendant l'instance en divorce, les époux sont généralement en état de mésentente, d'où la nécessité d'aménager immédiatement une séparation, en prenant en compte dans leurs intérêts respectifs les intérêts des enfants. C'est l'objet des mesures provisoires.

1. Qui fixe les mesures provisoires?

C'est le juge, mais il peut tenir compte des accords des époux sur tels points particuliers (**article 254**).

2. Quels sont les caractères de ces mesures?

Elles sont provisoires, ce qui signifie:

- elles ne s'appliqueront que pendant l'instance
- elles peuvent être modifiées à tout moment.

Mais en outre, ces mesures sont exécutoires par provision: l'appel qui peut être interjeté n'a pas d'effet suspensif ([article 1074-1 du Code de procédure civile](#)).

3. Quel est le contenu de ces mesures?

Articles 255 et 256 du Code civil

a) Les rapport entre les époux

Rapports personnels: la mesure principale est l'autorisation de la résidence séparée ([article 255 3°](#)). L'obligation de cohabiter est suspendue.

2 conséquences:

- les enfants conçus après cette autorisation ne sont plus couverts par la présomption de paternité; ils ne sont plus réputés avoir pour père le mari de leur mère.
- chacun des époux acquiert de plein droit un domicile distinct.

Rapports pécuniaires: les mesures sont infiniment plus nombreuses et en même temps plus complexes.

- **l'attribution à l'un des époux ou le partage entre eux de la jouissance du logement et du mobilier du ménage** ([article 255 4°](#)). En outre, le juge peut prescrire la remise des vêtements et objets personnels ([article 255 5°](#)).

S'agissant du logement et du mobilier, l'époux qui est attributaire de sa jouissance peut devoir une indemnité d'occupation si 2 conditions sont réunies: 1/ que le logement soit la propriété commune des époux, le bien dépend de la communauté ou la propriété exclusive de l'autre; 2/ que l'attribution de la jouissance du logement ne constitue pas, de la part de l'autre, l'exécution du devoir de secours.

L'article 255 4° précise que le juge doit dire au moment où il statue sur l'attribution si elle est à titre gratuit ou onéreux. Très curieusement, la loi n'oblige pas le juge à fixer le montant de l'indemnité d'occupation; il doit seulement constater le cas échéant l'accord des époux sur le montant de l'indemnité.

- **la pension alimentaire et la provision ad litem** (article 255 6°): la pension alimentaire est la forme que prend le devoir de secours ou obligation de contribuer aux charges du mariage pendant le cours de la procédure. Elle a pour but d'assurer au moins nanti des époux les fonds nécessaires au maintien de son niveau de vie.

La provision ad litem représente les frais nécessaires à la poursuite de la procédure du divorce. L'époux qui ne peut pas y faire face peut demander à ce que l'autre soit condamné à lui verser les fonds nécessaires.

- **la provision sur part de communauté** (article 255 7°): l'hypothèse est évidemment que les époux sont commun en biens. Le législateur a songé aux dépenses exceptionnelles consécutives au changement de situation attaché à la procédure de divorce. La loi donne au juge le pouvoir d'accorder à l'un des époux des provisions cad des avances sur sa part dans la communauté.

- **l'attribution de la jouissance et de la gestion des biens communs et par extension des biens indivis**: cette attribution peut être une attribution exclusive ou un partage (article 255 8°). Il faut rapprocher de ces mesures la désignation par le juge de celui des époux qui devra assurer le paiement des dettes (article 255 6°). Mesures provisoires qui touchent au régime matrimonial.

- **série de mesures tournées vers l'avenir, qui visent à préparer les suites du divorce qui sera peut être prononcé et dont le principe est déjà acquis**: 1/ la désignation d'un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et le cas échéant le partage (article 255 10°). 2/ la désignation de tout professionnel qualifié en vue d'établir un inventaire estimatif des biens des époux et de faire des propositions sur le règlement de leurs intérêts pécuniaires (article 255 9°). Il ne peut pas faire de proposition sur la liquidation du régime matrimonial qui relève exclusivement de 255 10°. Mais rien n'interdit que le notaire désigne sur le fondement de l'article 255 10° le soit

aussi comme professionnel qualifié sur le fondement de l'article 255 9°, c'est même souhaitable. 3/ le tribunal peut proposer une médiation aux époux (**article 255 1°**). Il peut même leur enjoindre de rencontrer un médiateur qui les renseignera sur ce qu'est la médiation (**article 255 2°**). Ces 2 mesures de faveur pour la médiation visent à encourager les accords des époux.

b) La situation des enfants

Elle doit faire l'objet de mesures urgentes dès lors que les parents vivent séparés. Mais l'**article 256** se contente de renvoyer aux règles énoncées par les **articles 373-2 et suivants** pour le cas de séparation des parents. Or ces règles ne distinguent pas, sauf exception, selon l'état matrimonial des parents, ni selon la cause de séparation. En d'autres termes, ces règles ne se préoccupent pas du point de savoir si les parents, par hypothèse séparés, sont mariés ou pas. Elles ne se préoccupent pas non plus, si les parents sont mariés, de la cause de leur séparation.

Ce renvoi a une portée lourde: les enfants sont hors divorce; la législation du divorce ne s'occupe pas des enfants.

Conclusion sur les mesures provisoires

Elles prennent fin par 3 causes:

- **le prononcé du divorce**: les mesures provisoires s'éteignent alors le jour où le jugement devient définitif, ou même plus tôt, pour celles d'entre elles touchant à des questions sur lesquelles la voie de recours n'a pas d'effet suspensif.

- **le rejet de la demande en divorce**: les mesures provisoires s'éteignent le jour où le jugement devient définitif, sauf dans le cas où elles concernent des questions sur lesquelles la voie de recours n'a pas d'effet suspensif et sauf aussi application de l'article 250-2 dans le cas de divorce par consentement mutuel.

- **la caducité**: elle peut résulter soit de la réconciliation des époux, soit d'un écoulement d'un délai de 30 mois sans assignation en divorce

II. LES REGLES PARTICULIERES AUX DIFFERENTS CAS DE DIVORCE

A. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

3 étapes:

- la procédure s'ouvre par une requête initiale qui est présentée, par hypothèse, par les 2 époux. A cette requête nécessairement conjointe doit être jointe la convention réglant les suites du divorce, avec en annexe un état liquidatif du régime matrimonial, qui doit être notarié s'il y a des immeubles.

- le juge réunit les époux après un délai de 15 jours qui court à compter de la requête initiale. Il les écoute d'abord séparément, puis ensemble et enfin avec leurs avocats ([article 250](#)).

- à la suite de cette audience, le juge décide: ou bien il homologue la convention et il prononce le divorce par la même décision ([article 250-1](#)). Une seule voie de recours est possible, le pourvoi en cassation, dans un délai de 4 jours.

Ou bien il ne prononce pas le divorce (ex, consentement non libre et éclairé):
1/ l'appel est possible cette fois dans le délai de 15 jours et un pourvoi en cassation est possible dans un délai de 5 jours; 2/ le juge peut homologuer les mesures provisoires sur lesquelles les époux se seraient accordés, pourvues naturellement qu'il les juge conforme aux intérêts des époux et des enfants; 3/ une nouvelle convention peut être présentée au juge dans un délai de 6 mois à compter du jugement qui rejette la demande. A défaut de présentation ou de refus, l'instance est caduque ([article 250-3](#)).

B. AUTRES CAS DE DIVORCE

Tous les autres cas de divorce présentent par hypothèse un caractère contentieux, plus marqué dans le divorce pour faute et dans le cas pour altération définitive du lien conjugal.

3 étapes:

1/ **la requête initiale**: unilatérale en cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal ou de divorce pour faute, mais unilatérale ou conjointe en cas de divorce accepté.

2 précisions:

- si elle est unilatérale, le cas de divorce n'a pas à être indiqué. Le fondement juridique de la demande demeure incertain. Il s'agit de permettre, lors de la tentative de conciliation, une réorientation vers le consentement mutuel ou une orientation vers le divorce accepté.

- dès la requête initiale, des mesures d'urgence peuvent être sollicitées et obtenues du juge (ex, autorisation de résidence séparée, mesures conservatoires comme l'apposition des scellés sur les biens communs).

2/ **la tentative de conciliation**: le juge réunit les époux (séparément, ensemble puis avec leurs avocats). Il peut tenir l'audience de conciliation en 2 temps pour ménager aux époux un délai de réflexion. Mais la suspension de l'audience ne peut pas dépasser 8 jours (**article 252-2**). Pendant cette audience qui peut se faire en 2 actes, le juge a pour ambition, soit comme depuis toujours, de réconcilier les époux en vue du maintien du mariage; soit comme depuis la loi de 2004, de les accorder sur le principe du divorce, ce qui permettrait un divorce accepté, ou mieux de les accorder et sur le principe et sur les suites, ce qui permettrait un divorce pour consentement mutuel. La conciliation ne vise plus seulement à éviter le divorce. Cette audience de conciliation peut

connaître 3 issues possibles:

- les époux se réconcilient et le juge dresse un procès verbal de conciliation qui met fin au procès
- les époux ne s'accordent pas et le juge décide de suspendre la procédure pour une nouvelle tentative de conciliation dans les 6 mois au plus. Le juge peut prendre des mesures provisoires ([article 252-2](#))
- les époux ne s'accordent pas et le juge rend une ordonnance de non conciliation. Cette ordonnance statue sur les mesures provisoires et comporte un permis de citer par lequel les époux sont autorisés à assigner en divorce.

L'instance en divorce ne s'ouvre pas comme un procès de droit commun avec une assignation, mais par une requête, qui peut être suivie par une assignation après une ordonnance de non conciliation.

2 précisions:

- le juge doit inviter les époux à un règlement amiable des suites du divorce ([article 252-3](#)).
- si les époux ont introduit une requête conjointe en divorce accepté ou s'ils ont déclaré accepter le divorce au cours de l'audience de conciliation, le juge rend quand même une ordonnance de non conciliation dès lors que les époux ne se sont pas accordés sur les suites du divorce.

3/ **l'instance en divorce**: pendant les 3 mois suivants l'ordonnance de non conciliation, seul l'époux requérant peut assigner en divorce. Ensuite, les 2 le peuvent ([article 1113 du Code de procédure civile](#)). La demande principale peut alors être formée sur l'un des 3 cas de divorce (altération définitive du lien conjugal, faute ou le cas échéant divorce accepté). Une demande reconventionnelle peut être formée sur le même fondement ou sur un fondement différent.

4 précisions:

- si les époux ont accepté le divorce au cours de l'audience de conciliation, la demande ne peut être engagée que sur le fondement du divorce accepté

- la demande en divorce, l'assignation, doit comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux ([article 257-2](#)). Mais il s'agit d'une simple proposition qui ne vaut pas demande en justice ([article 1115 du Code de procédure civile](#)).
- la demande doit être faite dans les 30 mois du permis de citer sous peine de péremption de l'instance et donc de caducité des mesures provisoires.
- si le juge rejette la demande de divorce, il peut prendre des mesures organisant la séparation des époux (contribution aux charges du mariage, résidence de la famille, exercice de l'autorité parentale, [article 258](#)).

SECTION 4: LES EFFETS DU DIVORCE

Le divorce emporte rupture du lien conjugal; les effets du mariage cessent pour l'avenir, effets personnels comme effet pécuniaires. Mais ce principe est à nuancer.

Qui fixe les effets du divorce? Dans le divorce par consentement mutuel, ce sont nécessairement les époux sous le contrôle du juge; tel est précisément l'objet de la convention qu'ils doivent passer et soumettre à homologation du juge.

Dans les autres cas de divorce, c'est en principe le juge qui fixe les effets du divorce. Mais les époux peuvent s'accorder sur tout ou partie sur les effets du divorce sous une convention qu'ils soumettent à homologation du juge ([article 268](#)).

I. LE PLAN PÉCUNIAIRE

Les époux perdent par l'effet du divorce leur vocation successorale réciproque

et cela quel que soit la cause du divorce. Il en a toujours été ainsi.

La législation antérieure à 2004 distinguait plus ou moins suivant la cause du divorce. Elle distinguait 2 hypothèses:

1/ **le divorce était prononcé contre l'un des époux**. Le divorce était prononcé contre l'un des époux dans 2 cas (**article 265 al 1 ancien**):

- pour faute aux torts exclusifs d'un époux (divorce prononcé contre l'époux fautif)
- pour rupture de la vie commune (divorce prononcé contre l'époux demandeur).

Dans ces 2 cas, les effets pécuniaires du divorce étaient aménagés dans un esprit de faveur envers son conjoint: dans le 1^{er} cas, en raison de la sanction méritée par l'autre, et dans le 2nd cas, en raison de l'engagement pris par l'autre d'assumer les conséquences du divorce.

2/ **le divorce n'était pas prononcé contre un époux**. Il en était ainsi dans 3 cas:

- dans le divorce sur requête conjointe (consentement mutuel)
- dans la demande acceptée (divorce accepté)
- dans le cas du divorce pour torts partagés.

Les suites du divorce étaient aménagés sur des bases objectives, sans esprit de faveur envers l'un des époux.

Depuis 2004, la loi ne distingue plus suivant la cause du divorce. Les effets pécuniaires du divorce sont réglés abstraction faite des tiers. Souci de dédramatisation du divorce.

A. LE DEVOIR DE SECOURS

Avant 1975, le divorce entraînait toujours la disparition du devoir de secours. La loi de 1975 a maintenu ce principe en apportant une exception: en cas de

divorce pour rupture de la vie commune. Exception abolie en 2004. Depuis, le devoir de secours disparaît toujours avec le divorce.

Mais le devoir de secours a toujours été remplacé par quelque chose: jusqu'en 1975, il été remplacé par une pension alimentaire, caractérisée par 2 traits:

- dans son principe, elle était due par l'époux coupable à l'époux innocent
- dans ses modalités, la pension alimentaire s'exécutait sous la forme d'un versement d'une somme d'argent. De plus, comme toute pension, son exécution s'échelonnait dans le temps. Enfin, son montant était susceptible de révision.

La loi de 1975 a substitué à la pension alimentaire la prestation compensatoire, estimée à compenser autant qu'il est possible la disparité que crée le divorce dans les conditions de vie respectives des époux.

Cette prestation compensatoire est une innovation majeure et a fait l'objet de nombreuses réformes: de la loi de 1975, son régime a été loi du 30 juin 2000, loi du 3 décembre 2001 et loi de 2004.

1. Le domaine de la prestation compensatoire

Depuis 2004, l'un ou l'autre des époux peut y prétendre quel que soit la cause du divorce. Tout dépend du seul examen objectif de leur situation patrimoniale respective. Aujourd'hui donc l'époux qui demande le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé pour faute peuvent prétendre à une prestation compensatoire.

Jusqu'à la loi de 2004, la loi était contraire: l'époux contre qui le divorce était prononcé ne pouvait pas demander une prestation compensatoire.

Toutefois, il faut compter avec la clause de sauvegarde de l'**article 270 al 3**: le juge peut refuser une prestation compensatoire à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé pour faute, alors même que la situation économique le justifierait, eu égard aux circonstances de la rupture (cas où l'époux a été particulièrement odieux).

2. Les caractères de la prestation compensatoire

4 caractères procédant du principe de concentration dans le temps des effets du divorce:

1/ **la prestation compensatoire prend la forme d'un capital** (article 270). On a voulu ainsi supprimer les difficultés d'exécution que posait la pension alimentaire d'avant 1975 au fur et à mesure que les années passaient.

Cependant, par exception, elle peut prendre la forme d'une rente dans le cas seulement où le créancier de la prestation ne peut pas subvenir à ces besoins en raison de son âge ou de son état de santé (article 276). Dans ce cas, sans doute faut-il une motivation spéciale d'un jugement. Le juge peut attribuer une prestation pour partie en capital et pour partie en rente.

Quelques précisions:

- En capital: la rente prend la forme, soit du versement d'une somme d'argent (article 274 al 1 1°) qui peut être étalée dans le temps, jusqu'à 8 ans, sous la forme de versement annuel ou mensuel annexés (article 275); soit la forme d'un abandon en nature de biens meubles ou immeubles; soit uniquement pour l'usage ou l'habitation, soit pour l'usufruit, soit pour la toute propriété. Ils peuvent être viagers ou temporaires (article 274 al 1 2°).

- En rente: la prestation compensatoire est nécessairement viagère (article 276), elle ne peut pas être temporaire, sauf si elle est fixée par la convention homologuée des époux dans un divorce par consentement mutuel.

Cette rente peut être uniforme, progressive ou dégressive selon l'évolution prévisible des besoins et des ressources. Mais elle est indexée de plein droit.

Suivant une JP contestable, elle ne peut pas être assortie d'une condition, et notamment de la condition de non remariage ou de non concubinage. Il ne

peut pas être dit que la rente cessera dans ces 2 cas.

- En capital ou en rente, le montant de la prestation est fixé en fonction de sa finalité, compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage pourrait créer dans les conditions de vie respectives des époux. Il dépend des besoins et des ressources présentes et à venir des époux. Pour fixer ce montant, la loi invite le juge à prendre en compte certaines données qu'elle énumère dans une liste qui n'est pas exhaustive (**article 271**): la durée du mariage; l'âge et l'état de santé des époux; l'éducation des enfants cad pour le passé, les choix professionnels que l'éducation a motivé (abandon de la profession), le temps qu'il a fallu consacrer, et pour l'avenir pour le temps qu'il faudra y consacrer; qualification professionnelle des époux et leur disponibilité à de nouveaux emplois; les droits existants ou prévisibles; les droits à retraite (ouverte ou future); l'état des patrimoines des époux après liquidation du régime matrimonial.

- En capital ou en revenu, la prestation compensatoire peut être assortie de garanties que le débiteur est tenu de fournir sur décision du juge. Ceci se conçoit pour une prestation compensatoire sous forme de rente ou sous forme de capital monétaire payable à tempérament. Cette garantie peut être une sûreté réelle (gage) ou personnelle (cautionnement, assurance vie).

3 observations sur la prestation compensatoire sous forme de capital:

- lorsque la prestation en capital prend la forme de l'abandon d'un bien, elle constitue une cession amiable si la prestation est fixée par convention homologuée, mais forcée si elle est fixée par le juge. D'où dans ce 2^{ème} cas, l'**article 274** dispose elle ne peut pas porter sur un bien de famille.

Dans les 2 cas, la cession est une cession à titre onéreux, non gratuit; ce n'est pas une donation (**article 281**). Important du point de vue civil et fiscal.

- le bien qui est abandonné doit être évalué. Faire prendre conscience au débiteur du sacrifice qu'il consent ou au juge du sacrifice qu'il impose.

- dans le divorce par consentement mutuel, la prestation sous forme de l'abandon du bien est très souvent combiné avec la liquidation du régime

patrimonial. Il est usuel que l'époux débiteur de la prestation abandonne à l'autre, à titre de prestation, ses droits dans la communauté ou, modestement, ses droits dans un bien commun, ou encore ses droits dans tels biens indivis. Ce bien là, c'est très souvent le bien qui assure la résidence des époux, c'est un schéma classique.

2/ la prestation compensatoire est forfaitaire, immuable, cela qu'elle soit fixée par convention ou par jugement: par là elle se sépare fondamentalement de la pension alimentaire d'avant 1975 où il s'agissait de tarir le contentieux de la révision. Toutefois, ce caractère a été atténué en 2004, surtout lorsque la prestation compensatoire prend, par exception, la forme d'une rente.

Lorsque la prestation est constitué en capital ce qui est le principe, et que son paiement est échelonné, un rééchelonnement peut être demandé par le débiteur en cas de changement notable dans sa situation ([article 175 al 2](#)). La prestation est révisée dans ses modalités de paiement, non dans son montant. Cette demande est possible même si cette prestation avait été fixée par convention homologuée ([article 279](#)).

Lorsque la prestation est constituée en rente, ce qui est exceptionnelle, elle peut être révisée à la hausse comme à la baisse, elle peut être suspendue, et même supprimée en cas de changements importants dans les besoins ou dans les ressources de l'une des parties. Mais elle ne peut pas être portée au-delà de son montant initial ([article 276-3](#)). Cette révision est possible même si la rente a été fixée par convention homologuée ([article 279](#)).

La prestation peut être transformée en capital, à tout moment sur demande du débiteur, sans conditions, et sur la demande du créancier si celui-ci justifie une modification de la situation du débiteur ([article 276-4](#)). Ce texte est applicable même si la rente avait été fixée par convention homologuée.

Enfin constituée en capital ou en rente par une convention homologuée, elle peut être stipulée, donc dès l'origine, révisable par le juge, à la hausse comme à la baisse en cas de changement important dans la situation respective du créancier et du débiteur ([article 279 al 3](#)).

3/ **la prestation compensatoire doit être demandée au moment du divorce**: il est trop tard une fois le jugement de divorce rendu.

***** fin du rattrapage *****

Le 13 mars 2007 la Cour de cassation a rendu un arrêt sur le mariage de Bègles considérant que le mariage homosexuel est interdit.

c. la prestation compensatoire doit être demandé avant le prononcé du divorce.

d. à la mort du débiteur la prestation compensatoire est transmise à ses successeurs universelles ou à titres universelles. On retiendra au passage que ce légataire peut être le deuxième conjoint (280). Les successeurs ne sont tenu de la prestation que dans la limite de l'actif successoral, ils ne sont pas tenu personnellement sur leur capital propre. Le conjoint débiteur de la prestation passe avant les légataires à titre particulier qui supporterons la prestation. Si la prestation a été attribué en rente ou en capital avec paiement échelonné elle se transforme en un capital immédiatement exigible, ainsi dans le premier cas il y a conversion en capital et dans le second il y a déchéance du terme, le souci de la loi est d'éviter que le temps passant les successeurs arrêtent de payer. Cependant par exception la prestation compensatoire peut conserver ses caractères originares mais à 2 conditions, une condition de fond, que tous les successeurs en soient d'accord, et de forme, ce consentement unanime doit être reçu par acte notarié (280-1 al 1). Si ces deux conditions sont réunies les successeurs sont désormais tenu sur leur patrimoine personnel. Enfin, la loi précise que cette prestation maintenu avec ses caractère originaire (rente ou capital payable par fraction) reste révisable aux conditions 275 alinéa 2 (échelonnement sur plus de 8 ans), 276-3 (révision de la rente) et 276-4 (conversion en capital). Enfin, quatrième et dernière règle, si la prestation compensatoire avait été constitué en rente l'éventuelle pension de réversion dû à l'ex conjoint est déduit de son montant. Cette déduction à lieu avant la conversion de la rente en capital et si par exception la prestation compensatoire se maintien sous forme de rente, la déduction est définitive peu

importe que par la suite la pension diminue ou même disparaisse sauf dit la loi décision du juge (=clause de sauvegarde créé par la loi de 2004).

B. LE LOGEMENT DE LA FAMILLE

L'idée générale est que le juge doit pour attribuer le logement familiale à un conjoint qui d'après le droit commun ne serait pas sûr de s'y maintenir parce que son conjoint à les mêmes droits que lui sur le logement ou n'aurait aucun droit de s'y maintenir car seul son conjoint aurait des droits sur le logement. Cette attribution n'est possible que si elle est justifier par un intérêt personnel de l'attributaire, ou par un intérêt familiale. Elle ne peut être justifier que pour maintenir à un époux son cadre de vie à lui ou à la famille.

3 situations :

- . l'immeuble est loué, le juge peut alors attribuer un droit au bail à l'un des deux époux alors que les époux sont réputé colocataire.

- . l'immeuble est la copropriété des époux soit parce qu'il dépend de leur communauté, soit parce qu'il a été acquis indivisément par les époux séparés de bien. Dans ce cas le juge peut attribuer l'immeuble à l'un d'eux de préférence à l'autre et ce en fonction des intérêts en présence, c'est le mécanisme de l'attribution préférentiel (1476). Dans ce cas l'attributaire doit une soulte, une somme égale à la valeur de la moitié de l'immeuble.

- . l'immeuble est la propriété exclusive de l'un des époux, dans ce cas de manière toute a fait extraordinaire, le juge peut obliger l'époux propriétaire a consentir un droit au bail à l'autre. Il ne le peut que dans le cas où le conjoint réside dans les lieux avec les enfants mineurs dont l'intérêt commande qu'il y reste. On est ici en présence d'un contrat formé, la loi dit très clairement que le jugement vaut bail, il fixe le loyer, la durée du bail que le juge pourra renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants (285-1). Ce même texte ajoute que le juge peut résilier le bail si les circonstances changent. Avant 2004, il existait un second cas : lorsque le divorce était prononcé pour rupture de la vie commune.

C. LES DONATIONS ET AVANTAGES MATRIMONIAUX

Il s'agit ici des donations que se sont consenties les époux dans leur contrat de mariage ou pendant le mariage. La question est de savoir qu'elle est l'influence du divorce sur ces avantages. Jusqu'en 1975 la règle était simple, l'époux coupable était de plein droit déchu de ses avantages et donations patrimoniales. L'époux victime les conservait. Entre 1975 et 2004 la loi opéraient une distinction, lorsque le divorce était prononcé contre un époux, celui perdait de plein le bénéfice de ses donations et avantages matrimoniaux, son conjoint conservait les siens. Dans tous les autres cas il appartenait au époux de décider de la révocation ou du maintien des donations et avantages matrimoniaux, d'en décider ensemble dans le cas de requête conjointe ou d'en décider séparément chacun pour ce qu'il a consenti dans les autres cas de divorce. En cas de silence les époux étaient réputés les avoir maintenu. Mais pour l'application de ces règles il fallait tenir compte d'une disposition législative relative aux donations entre époux et de deux jurisprudences. La disposition législative était celle de l'article 1096 du code civil qui prévoyait que les donations entre époux au cours du mariage était librement révocable par l'époux donateur, par conséquent l'époux contre qui le divorce avait été prononcé pouvait sur ce fondement révoqué la donation qu'il avait fait à son conjoint au cours de son mariage (pas dans le contrat de mariage). Cet article venait très fortement nuancé l'autre principes des articles 267 à 269 anciens. Cet règle de l'article 1096 était d'autant plus importante que la Cour de cassation avait décidé que les donations faites en cours de mariage et maintenu en cas de divorce l'était avec leur caractère révocable. Cette jurisprudence c'était fixé dans le cas où le maintient résultait d'un silence. En outre un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2006 a semblé exclure cette jurisprudence dans le cas d'une donation de bien et d'un divorce sur requête conjointe. Pour mesurer cette portée il faut connaître 2 jurisprudence. La première est relative aux présents d'usage, il s'agit des donations faits conformément à un usage et d'importance raisonnable eu égard aux ressources du donateur. Les présents d'usages sont entièrement soustrait au droit des libéralités, ils sont donc toujours maintenu en cas de divorce. La deuxième jurisprudence qui précise la portée des anciens articles, la Cour de cassation fait souvent jouer dans les relations entre époux la théories des donations rémunératoires, expression désigne des « donations » visant à rétribuer l'action de leur bénéficiaire et ne sont donc pas pour cette raison de

véritable donation et échappe donc aux régimes des libéralités. Cette solution est souvent retenue pour l'époux qui a collaboré à la profession de son conjoint ou qui a effectué un travail particulièrement important au domicile. Depuis la réforme de 2004 la loi ne distingue plus selon la cause du divorce mais suivant l'objet de la donation ou de l'avantage patrimonial. La nouvelle distinction repose sur cette idée que le divorce ne doit pas remettre en cause les actes juridiques qui ont déjà produit leur effet d'où l'article 265 nouveau. Au terme de l'alinéa 1 Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme. Au terme de l'alinéa 2 Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort

a) qu'elles sont les dispositions visés ?

Les donations de biens présents sont celles qui confèrent au donataire un droit immédiat, un droit certain. Les dispositions à cause de mort sont celles qui confèrent un droit éventuel dans une succession future (ex : legs ou donation de biens à venir). Mais les donations de biens présents à terme relèvent de la première catégorie même si le terme suspensif est le décès du donateur (ex : donation de somme d'argent payable à la mort du donateur). S'agissant des avantages matrimoniaux, ceux prenant effet au cours du mariage sont ceux qui résultent d'une clause relative à la composition de la communauté, d'une clause extensive de la communauté. Ces avantages matrimoniaux sont maintenus (ex : supposons qu'un individu adopte une communauté universelle à 75 ans, il tombe alors dans la communauté, sa femme part, il demande le divorce et l'obtient pour faute au tort exclusif de l'autre, la communauté reste universelle, elle part avec la moitié). Les avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution ou au décès de l'un des époux, il s'agit d'une clause relative au partage de la communauté. Ces avantages sont révoqués de plein droit.

b) le maintien des donations de biens présents est d'autant plus important que ces donations ont cessé d'être librement révocables, le

nouvelle article 1096 issue de la loi du 26 mai 2004 distingue désormais entre les donations de bien présent qui sont devenu irrévocable comme les donations ordinaires et les donations de bien à venir qui elle reste librement révocable. Simplement la loi du 23 juin 2006 est venu corriger la distinction de 2004, au terme du nouvelle article 1096 amendé en 2006 seul les donations de bien présent prenant effet au cours du mariage sont irrévocable. Les autres, sont de nouveau révocable comme les donations de bien à venir, du même coup leur maintien en cas de divorce est d'une portée faible. Il y a un retour au système 1975-2004.

c) on se demande si les règles nouvelles de l'article 265 sont ou non d'ordre public. La question de dédouble.

1. les époux peuvent ils au moment du divorce écarter les règles légales ?

→ peuvent ils écarter les règles de l'alinéa 1 c'est-à-dire décider de révoquer conventionnellement les donations de bien présent ou les avantages matrimoniaux ayants sorties leur effet au cours du divorce. La réponse est évidemment OUI sauf à qualifier cette révocation conventionnelle qui pourrait apparaître si il s'agit d'une donation comme une donation en sens contraire (ex : la femme avait fait donation à son mari d'un appartement. Le mari fiche le camp. La femme demande le divorce et l'obtient. L'article 265 le dit, la donation est maintenu, le mari doit conserver l'appartement, mais il peut avoir un peu de moral et rendre l'appartement. Dans ce cas on aura une révocation conventionnelle, d'un consentement mutuel. On peut également dire qu'il s'agit d'une donation en sens contraire (cela soutenu par l'administration fiscale et les créanciers du mari).

→ les époux peuvent ils écarter les dispositions de l'alinéa 2 c'est-à-dire maintenir les libertés à cause de mort et les avantages matrimoniaux ne prenant effet qu'à la dissolution ? La réponse est certaine, OUI, la loi le dit expressément dans l'article 265 alinéa 2 : sauf si les époux déclarent les maintenir. Mais attention cette volonté contraire doit être exercé devant le juge du divorce pour qu'il statue sur la prestation compensatoire en connaissance de

cause. En outre les dispositions maintenues deviennent irrévocables. Toutefois cette irrévocabilité ne se conçoit que pour les donations de bien à venir et non pas pour les legs car les legs sont irrévocables jusqu'à la mort. Puisque les donations de bien à venir deviennent irrévocables un homme ou une femme raisonnable ne les maintiendra pas car la personne ne pourra plus disposer de sa succession.

2. Les époux peuvent-ils par avance, dans la donation ou dans le contrat de mariage, écarter les règles légales ? Peuvent-ils stipuler pour le cas de divorce la révocation là où la loi prévoit le maintien, ou le contraire ? La deuxième hypothèse est purement théorique. En revanche la première hypothèse est très importante, surtout pour les avantages matrimoniaux. En effet, la clause qui subordonne le maintien de l'avantage matrimonial à la dissolution du mariage par décès est usuelle, il s'agit de la *clause de reprise des apports*. La validité de cette clause a été très discutée notamment après la loi de 2004. Un arrêt de 2004 un arrêt de la Cour de cassation a même paru la condamner. La loi de juin 2006 a donc ajouté un alinéa 3 à l'article 265 qui valide expressément la clause de reprise des apports en cas de divorce. Autrement dit cet alinéa valide la clause par laquelle les époux écartent le maintien de l'avantage matrimonial en cas de divorce. Par analogie on peut donc admettre la validité de la clause apposée à une donation de bien présent et stipulant sa révocation en cas de divorce.

D. LES DOMMAGES ET INTERETS

L'article 266 du code civil permet à un époux d'obtenir des dommages et intérêts à raison du préjudice que lui cause la dissolution du mariage par divorce. Ce texte le permettait déjà dans sa rédaction antérieure à 2004 mais à des conditions légèrement différentes. Précisons la règle actuelle. Le droit à dommages et intérêts est ouvert dans 2 cas : 1. au cas de divorce pour faute au tort exclusif de l'un des époux, cas dans lequel le droit est ouvert au conjoint innocent. 2. au cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal, le droit est ouvert au défendeur mais à la condition qu'il n'est pas formé de demande reconventionnelle car dans ce cas c'est qu'il aurait accepté le principe du divorce et donc qu'il ne subit pas de préjudice. Les dommages et intérêts

doivent être demandé au moment du divorce. Le préjudice doit être d'une particulière gravité. Enfin, le préjudice visé par l'article 266 est celui consécutif à la dissolution du mariage. Cela explique que le préjudice allégué soit le plus souvent moral car le préjudice matériel est le plus souvent réparé par la prestation compensatoire. Cela explique ensuite que des dommages et intérêts peuvent être demandé sur le fondement du droit commun de 1382 pour la réparation d'un préjudice autre que celui causé par la dissolution du mariage, notamment en réparation du préjudice causé par la faute cause du divorce (ex : le mari demande le divorce parce qu'il est battu par sa femme. Si il demande réparation du préjudice corporel, il n'est pas dans le domaine de 266 mais de 1382, la réparation pourra alors être demandé après le divorce sans que le préjudice ne soit d'une particulière gravité. Enfin, la loi de 2004 ne tranche pas difficulté sur laquelle la jurisprudence était divisé. Les d i peuvent ils être alloué sous la forme de bien en propriété ? Il s'agit le plus souvent d'un bien indivis ou commun. La 1^{er} chambre civil a répondu oui en 1983 et la 2^{ème} chambre à répondu non en 1993.

E. LA LIQUIDATION DU REGIME MATRIMONIAL

Le mariage une fois dissout que ce soit par divorce ou par décès, le régime matrimonial doit être liquidé. Sur le fond, la liquidation obéit aux mêmes règles, quelque soit la cause de la dissolution du mariage.

1. sur la procédure

La loi craint que la liquidation ne soit l'objet la source d'un contentieux après le divorce d'où des mesures qui incites les époux a procédé à cette liquidation le plus tôt possible et même avant la dissolution du mariage. Il faut distinguer. Dans le divorce par consentement mutuel, la liquidation est une condition même du divorce car un état liquidatif doit être annexé à la convention soumise à homologation. Dans les autres cas de divorce la loi contient deux séries de disposition.

- 1) l'article 265-2 valide les conventions liquidant le régime matrimonial au cours de la procédure. Ces conventions ne sont pas soumise à homologation et elles peuvent être sous sein privé sauf si il y a des

immeubles. Naturellement elles ne produiront d'effet que si le divorce est prononcé.

- 2) Les articles 267 et suivant prévoit en l'absence d'une telle convention que le juge qui prononce le divorce ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux et commet un notaire pour y procéder. Le notaire a un an pour y procéder, le juge pouvant lui accorder un délai supplémentaire de 6 mois. Ce dispositif qui vise à accélérer la liquidation n'aura qu'une efficacité relative car il permettra bien à un époux de vaincre la résistance de l'autre mais il ne permettra pas de vaincre l'inertie de l'autre.

2. sur le fond

La liquidation et le partage de la communauté sont souvent combinée avec une prestation compensatoire en capital.

III. LE PLAN PERSONNEL

Tous les rapports de réciprocité, tous les devoirs personnels cessent (fidélité, assistance, communauté de vie), corrélativement, les rapports d'égalité disparaissent faute d'objet qu'il s'agisse de la direction de la famille (les enfants mis à part), et chaque époux peut se remarier, même avec son complice d'adultère. Cependant, les modifications que le mariage avait apporté au statut personnel tiennent pour une part. L'émancipation reste acquise, la nationalité acquise est conservé. S'agissant du nom, l'article 264 alinéa 1 dispose que chaque époux perd l'usage du nom de son conjoint, mais l'alinéa 2 pose un tempérament, un époux peut conserver l'usage du nom de son conjoint si ce dernier lui permet ou si le juge l'y autorise à raison d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants. Enfin, la filiation des enfants n'est pas modifié par le divorce, donc les enfants de parent divorcé reste couvert par la présomption de paternité.

III. LA DATE DES EFFETS DU DIVORCE.

Le principe est que le mariage est dissout à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée : article 266 du Code civil. C'est donc à cette date que cessent en principe les obligations personnelles ou pécuniaires du mariage. C'est à cette date seulement que le devoir de secours cesse. Pour la mise en œuvre de ce texte, il faut tenir compte de l'effet suspensif ou non des voies de recours. 2 tempérament ce principe :

- 1) Date de dissolution du régime matrimonial, notamment de la communauté : correspond à la date à laquelle la communauté cesse d'être alimentée par les revenus des époux (revenus de leurs biens propres et de leurs travaux). Cette date là est antérieure à la date de principe.

La date varie selon la cause de divorce : article 262-1 du Code civil. Pour le divorce par consentement mutuel, cette date est celle du jugement d'homologation.

Dans tous les autres cas, cette date est la date de l'ordonnance de non-conciliation. Mais au cas de séparation de fait antérieure à l'ordonnance de non-conciliation, chacun des époux peut demander le report de la dissolution à la date de la séparation. La séparation de fait qui peut justifier ce report, selon le texte, suppose 1. une cessation de la cohabitation et de la collaboration. 2. La demande de report doit être formée au moment du divorce. 3 ;Le report est facultatif pour le juge, avant 2004 il était obligatoire. L'intérêt majeur de ce report est que les époux ont rétroactivement la propriété exclusive de leurs revenus professionnel et que les biens communs sont rétroactivement considéré comme indivis, on appliquera donc les règles de l'indivision, celui qui a occupé le bien devra donc payer une indemnité.

- 2) la date opposable au tiers est celle de la publication du jugement de divorce par mention en marge des actes d'état civil (acte de mariage et de naissance) : article 262 du Code civil.

CHAPITRE 3 : LA MORT D'UN EPOUX

C'est la cause naturelle d'une dissolution du mariage, c'est la « cause heureuse » de dissolution. Il peut s'agir d'une mort constatée, c'est le cas ordinaire, ou d'une mort judiciairement déclarée dans le cas d'une disparition. En outre, le Code civil assimile à la mort le jugement déclaratif d'absence : Ce jugement (art. 128) produit les effets d'un décès établi (al. 1) et le conjoint du déclaré absent peut donc se remarier (al. 2). Cette dissolution est définitive, ce qui signifie qu'elle reste acquise si l'absent refait surface (art. 132) donc si le conjoint c'est remarié, le second mariage est valable.

A. LA MORT FAIT EVIDEMMENT DISPARAITRE LES EFFETS PERSONNELS SUR MARIAGE

Le devoir de fidélité, d'assistance etc... disparaissent, toutefois le veuf ou la veuve conserve certains droits : la nationalité acquise par le mariage, l'usage du nom (sauf remariage). En outre la qualité de conjoint survivant attribue certains droits. C'est lui qui décidera du sort du corps, c'est également lui décide du lieu et du mode du sépulture et du rite des funérailles sauf si la personne c'est exprimé avant sa mort. Inversement le veuf continue de subir certaine contrainte. Ainsi son droit de se remarié est parfois limité par l'empêchement d'alliance. Il peut aussi être limité par une éventuelle clause de viduité que son défunt conjoints aura apposé à une libéralité qui lui aura consenti.

B. LA MORT EMPORTE DISPARITION DES EFFETS PECUNIAIRES DU MARIAGE

Mais cette disparition du total.

- 1) Le régime matrimonial doit être liquidé comme en cas de divorce.
- 2) Le conjoint survivant à droit à une quotité ou à la totalité de la succession suivant la qualité des parents laissés par le défunt. En présence de descendant commun le conjoint survivant recueille $\frac{1}{4}$ en

propriété ou la totalité en usufruit. En présence de descendants qui ne sont pas tous communs, le conjoint survivant recueille $\frac{1}{2}$ de la propriété. En présence des père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié (si les 2) ou $\frac{3}{4}$ en présence de l'un d'eux. Dans tous les autres cas, le conjoint survivant recueille toute la succession. Enfin en présence des frères et sœurs, le conjoint recueille toute la succession en propriété. Il dispose d'un droit viager d'usage et d'habitation sur l'immeuble servant de logement et sur les meubles le garnissant, quelques soient la qualité des parents survivants.

- 3) Le conjoint survivant tiens de son mariage des droits alimentaires ou quasi alimentaire qui s'exerce au décès de son conjoint. D'une part le conjoint survivant conserve une créance alimentaire contre les les descendant et ascendant de son conjoint décédé, mais à la condition que des enfants soient issus du mariage qui soient toujours en vie (Art. 206). Réciproquement il est tenu d'une obligation alimentaire envers eux. D'autre part Le conjoint survivant dispose de 2 créances alimentaires contre la succession. Tout d'abord il dispose d'un droit annuel au logement, qui lui permet d'exiger de la succession qu'elle lui finance son logement pendant 1 an soit si le bien dépend de la succession en lui laissant l'usage gratuit, soit si le bien est loué en lui accordant 1 an de loyer. En second lieu, le conjoint survivant dispose d'une créance alimentaire qui apparaît comme une survivance du devoir de secours : Suppose son état de besoin et est limité au minimum vital (obligation alimentaire pure et dure).

⇒ La mort met fin aux effets pécuniaires du mariage, mais il reste pas mal de chose à régler au lendemain de la mort.

TITRE 2 : LE COUPLE HORS MARIAGE

Collage du Poly (vérifié) :

La vie de couple hors mariage s'appelle concubinage. Ce sont d'abord des textes dispersés de la législation civile ou sociale qui l'ont visé pour lui attribuer certains effets.

Puis, la loi du 15 novembre 1999 sur le Pacte civil de solidarité est venue définir le concubinage au nouvel **article 515-8 du Code civil**. Il forme l'article unique du Chapitre II « Du Concubinage » du Titre XII « Du PACS et du Concubinage » du Livre Ier « Des personnes ».

L'article 515-8 du Code civil dispose que le concubinage est « une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent qui vivent en couple ».

Deux observations sur la définition :

- **Le concubinage suppose une vie commune qui soit une vie de couple.**

1 Il suppose une communauté de toit et une communauté de lit. Des cohabitants qui n'ont entre eux aucune relation sexuelle ne sont pas concubins.

2 Le concubinage suppose des relations stables et continues.

-Le concubinage peut être hétérosexuel ou homosexuel. La loi de 1999 a ainsi brisé la jurisprudence de la Cour de cassation.

La Cour de cassation avait défini les concubins comme des personnes ayant décidé de « vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut que concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme dans un arrêt de la Chambre sociale du 11 juin 1989 et de la Troisième chambre civile du 17 décembre 1997.

Cette loi de 1999 a créée deux variétés de concubinage :

-Le concubinage sans Pacte civil de solidarité que l'on peut appeler « union libre » car les concubins ne se dotent d'aucun statut juridique.

-Le concubinage avec Pacte civil de solidarité où les concubins se dotent d'un statut juridique.

Chapitre I : L'union libre

I. LA CONSTITUTION DE L'UNION LIBRE.

Le concubinage naît non pas d'un acte juridique, non pas d'un contrat mais des faits. Il ne naît pas comme le mariage d'un engagement de vie commune mais d'un vécu commun stable et continu. La constitution du concubinage est licite car les relations sexuelles entre personnes majeures et consentantes et plus généralement la vie de couple sont libres.

En principe, les relations hétérosexuelles et homosexuelles ne sont pas prohibées.

Exception : le concubinage adultérin est illicite car il est constitué en violation du devoir de fidélité.

Jadis, le concubin adultère s'exposait à des sanctions pénales. **Aujourd'hui, il ne s'expose plus qu'à des sanctions civiles : dommages et intérêts dus au conjoint ou divorce prononcé pour faute à ses torts exclusifs.**

Mêmes ces sanctions civiles s'émoussent aujourd'hui. L'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce depuis 1975.

Le tiers complice de l'adultère ne risque plus rien :

- La libéralité qui lui a été consentie par l'époux coupable n'est plus exposée à un risque de nullité pour cause immorale ou illicite.**
- Sa responsabilité civile ne peut plus être engagée envers le conjoint bafoué.**

II. LES EFFETS DE L'UNION LIBRE.

A. LE PLAN PERSONNEL.

L'union libre ne crée aucune obligation personnelle. Il n'y a ni obligation de vie commune, ni obligation de fidélité, ni même obligation d'assistance.

Quelques tempéraments :

- L'union libre peut faciliter une recherche en paternité ou une action à fins de subsides.**
- Les concubins ont accès à la procréation médicalement assistée après deux ans de vie commune.** Ils ne peuvent pas recourir à l'adoption.

B. LE PLAN PECUNIAIRE.

Le principe est l'union parce qu'elle est libre ne crée aucune obligation pécuniaire entre les conjoints et n'est la source d'aucun statut patrimonial.

Illustrations :

-Dans leurs relations réciproques : les concubins ne sont tenus d'aucun devoir de secours, d'aucune obligation de contribuer aux charges de la vie commune. D'où il suit que chacun supporte seul la charge des dépenses qu'il engage même pour la vie commune.

-Dans leurs relations réciproques : les concubins n'ont aucune vocation successorale. En droit fiscal, ils sont considérés comme étrangers. Le concubin paiera donc 70% de droits de successions.

-Dans leurs relations avec les tiers : les concubins ne sont pas solidairement tenus des dettes ménagères. La Cour de cassation l'a plusieurs fois rappelé.

Ce principe connaît des tempéraments assez nombreux :

-Certains de ces tempéraments ont une source conventionnelle : les concubins peuvent organiser leurs rapports pécuniaires par contrat, notamment pour se doter d'une sorte de communauté.

Ils peuvent par exemple apporter leurs biens à une même société, acquérir des biens indivisément avec le cas échéant la clause dite de tontine (ou clause d'accroissement).

C'est une clause dans un acte d'acquisition conjointe. Les personnes stipulent dans l'acte qu'au décès de l'un des acquéreurs, le deuxième acquéreur sera rétroactivement réputé avoir été le seul acquéreur. Ça présente des avantages civils et fiscaux importants.

Certains tempéraments ont une source légale ou jurisprudentielle :

1 La **législation sociale** assimile le plus souvent le concubin au conjoint. La **législation sur les baux d'habitation** le fait aussi pour le transfert du bail.

2. La jurisprudence fait jouer au profit des concubins différents régimes de faveur :

La jurisprudence fait jouer entre concubins la théorie des sociétés créées de fait lorsqu'il y a eu entre eux collaboration dans une entreprise commune.

La jurisprudence fait également jouer entre concubins la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cas de la contribution de l'un à la profession de l'autre.

La jurisprudence reconnaît aux concubins un droit à réparation du préjudice du fait du décès accidentel de l'autre.

IV. LA RUPTURE DE L'UNION LIBRE

Cette rupture est libre à la différence du mariage. Pas de cause dont il faut justifier, pas de conséquence à supporter. Plus précisément et s'agissant des effets de cette rupture, la rupture en elle-même n'ouvre pas droit à indemnité quand bien même il y aurait des enfants communs, tel est le principe. Un tempérament : la rupture peut en raison des circonstances constituer une faute justifiant l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Ces circonstances consisteront le plus souvent dans la brutalité de la rupture ou dans l'existence d'une promesse de mariage.

CHAPITRE 2 LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

Il a été introduit en droit français par la loi du 15 novembre 1999. Cette loi fut très certainement une des lois les plus controversées de toute la législation du 21^{ème} siècle. Il y eut des défilés, Christine Boutin pleura au Parlement. Le Conseil Constitutionnel rendit une décision exceptionnellement motivée et certains lui reprochèrent de refaire la loi : réserves d'interprétation. Cette loi a été profondément modifiée par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Elle a modifié la nature même du pacte. Le PACS est défini par l'article 515-1 du code civil (pas modifiée en 2006) qui dispose « 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 ». La suite apprend que les parties sont appelées des partenaires. 4 remarques sur cette définition :

- le PACS suppose un concubinage. La vie commune que l'article 515-1 est celle des concubins. Ce n'est pas la vie commune d'amis, de frères et sœurs. Lorsque l'on est partenaire, l'on est en même temps concubins. Jusqu'à la loi de 2006, le pacte ne créait aucune obligation personnelle. Il ne créait que des effets patrimoniaux. Ce n'était donc en rien un mariage car un mariage se définit fondamentalement par ces effets personnels. C'était simplement une sorte de régime matrimonial proposé aux concubins. Depuis la loi de 2006, le PACS produit des effets personnels très proches du mariage. Simplement, on y entre sans le cérémonial sociologique du mariage et on en sort sans devoir affronter la procédure juridique du divorce. Le PACS est donc depuis 2006 devenu comme un mariage allégé par rapport au mariage traditionnel.

- Le PACS n'a évidemment pas la même signification pour un couple hétérosexuel et un couple homosexuel. La loi offre un statut juridique complet à savoir le mariage au couple hétérosexuel et le PACS est pour ce couple une alternative au mariage. Autrement dit, les partenaires hétérosexuels sont des concubins qui refusent un mariage qui leur est accessible : un PACS de rejet du mariage. En revanche, s'agissant du couple homosexuel, la loi ne lui offrait jusqu'en 1999 aucun cadre juridique. Et la loi lui a toujours interdit et continue de lui interdire le mariage. De sorte que pour ce couple là, le PACS est un substitut du mariage. En d'autres termes, les partenaires homosexuels sont souvent des concubins qui aspirent au mariage mais à un mariage qui leur est fermé et ce n'est donc pas un PACS de refus du mariage mais c'est un PACS de repli en quelque sorte.

- En la forme, la loi de 1999 était affligeante. Sa rédaction était d'une médiocrité rarement atteinte. Les textes étaient presque toujours inélégants mais toujours confus ce qui est plus grave. Néanmoins, ce n'était pas une raison pour ne pas accueillir loyalement cette loi ; de manière générale en présence d'une loi nouvelle, il faut toujours essayer de l'interpréter d'une manière telle qu'elle ait un sens que d'une manière telle qu'elle n'en est aucun (article 1152 code civil règle d'interprétation des contrats appliquée à la loi). Or la doctrine n'a pas toujours fait ceci. L'on pratiquait la politique du pire : l'on

retenait l'interprétation absurde pour montrer qu'elle était mauvaise. Le législateur de l'époque a été obsédé par le souci de distinguer le PACS du mariage afin de ne pas laisser croire qu'il permettait une sorte de mariage homosexuel. Par conséquent, toutes les fois qu'il a voulu transposer aux partenaires une règle convenablement formulée pour des époux, il l'a reformulé en des termes obscurs. La loi de 2006 est restée soucieuse de ne pas confondre PACS et mariage. Néanmoins, ce n'est plus une obsession. De sorte que les règles de 2006 sont infiniment plus claires. La réglementation est en gros convenable.

- Le PACS a pris. Il n'est pas resté lettre morte comme l'avaient prédit ses adversaires. En 2001, 19 632. 2002, 25311. 2004, 40 093. 2005, 60 473 et en 2006, 57 543 PACS à la fin de l'année. Il y a un PACS pour 5 mariages. Les statistiques apprennent aussi que les PACS sont majoritairement hétérosexuels. Le PACS a connu un relatif succès donc c'est une institution que l'on a eu le mérite d'introduire. C'est une institution.

SECTION 1 LA CONCLUSION DU PACS

I. CONDITIONS DE FOND

Ces conditions sont prévues par les articles 515-1 et 515-2 du code civil. Elles sont relatives aux personnes à la convention et à l'objet de la convention.

A) CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES

5 :

- S'agissant du nombre de personnes : le PACS est un contrat conclu entre deux personnes (article 515-1). Cela ne serait pas évident si le PACS était un contrat passé avec quelques personnes pour ne pas être seule. La Catalogne a établi par la même loi 3 conventions : concubins hétérosexuels, homosexuels et une convention de vie commune où l'on peut être sept.

- S'agissant de la nature de ces personnes : il doit s'agir de personnes physiques et non pas de personnes morales compte tenu de l'objet de la convention (article 515-1) mais ce peut être des personnes du même sexe ou de sexe opposé (article 515-1). La Suisse a créé le partenariat enregistré et il n'est ouvert qu'aux couples homosexuels.

- Le PACS est un contrat entre deux personnes majeures dit l'article 515-1 et par conséquent, il est interdit aux mineurs. Le majeur en curatelle peut le passer avec l'assistance de son curateur mais attention avec l'assistance d'un curateur ad hoc si il se pacse avec son curateur : article 461 nouveau du code civil issu de la loi de mars 2007. Le majeur en tutelle peut aussi se pacser ce qu'il ne pouvait pas faire auparavant moyennant une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille après une audition des intéressés et avec l'assistance du tuteur pour la signature du pacte : article 462. Si il se pacse avec son tuteur, c'est un tuteur ad hoc.

- S'agissant du lien existant entre les deux personnes : il existe des empêchements à PACS pour cause de parenté ou d'alliance comme il existe des empêchements de mariage pour parenté ou alliance. Ils sont prévus par l'article 515-2 : pas de PACS entre ascendant et descendant ; pas de PACS entre alliés en ligne directe et ici la loi ne prévoit pas de dispense en cas de dissolution du mariage qui créait l'alliance par décès (un père dont le fils meurt peut épouser sa bru moyennant dispense mais ne pourra pas se pacser avec elle) ; pas de PACS entre collatéraux jusqu'au 3ème degré et là encore la règle est différente de celle du mariage.

- S'agissant maintenant de la situation juridique de chacun des partenaires potentiels, le PACS est interdit à une personne engagée dans les liens du mariage ou dans les liens d'un PACS antérieur (article 515-2) : PACS sur mariage ne vaut ; PACS sur PACS ne vaut. L'on retrouve ici d'une certaine

manière l'empêchement de bigamie et d'une certaine manière l'obligation de fidélité dans le mariage.

Ces conditions sont sanctionnées par la nullité du PACS et probablement d'une nullité absolue pour la 4ème et de la 5ème conditions (inceste ou bigamie).

B) CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DE LA CONVENTION

Suivant la définition même de l'article 515-1 la convention a pour objet l'organisation de la vie commune mais l'expression vie commune a posé et pose encore à certains un problème d'interprétation : cohabitation ? vie de couple ? Le gouvernement a soutenu devant le Conseil Constitutionnel que le PACS « n'implique pas nécessairement des relations sexuelles entre les partenaires ». Au soutien de cette interprétation, l'on peut invoquer un argument de texte tiré de l'article 515-8. Ce texte définit le concubinage et mentionne dans cette définition la vie en couple or cette mention n'apparaît pas dans la définition du PACS. Cet argument peut être combattu par d'autres arguments décisifs : le premier argument, le PACS et le concubinage appartiennent à un même titre qui figure au livre des personnes (c'est donc bien de la même chose dont il s'agit) et deuxième argument, les empêchements de l'article 515-2 de parenté et d'alliance qui ne se comprendraient pas si le PACS n'impliquait pas une vie de couple : troisième argument, la limitation à deux des partenaires. Aujourd'hui donc l'opinion dominante s'accorde à considérer que le PACS a pour objet l'organisation d'un concubinage. Cela a pour conséquence que si les partenaires étaient convenus dès le départ ab initio de ne pas mener une vie de couple, l'on se trouverait en présence d'un PACS simulé et l'on pourrait soutenir en pareil cas que le PACS est nul faute de consentement car le but poursuivi était un but étranger à l'organisation du concubinage.

II. CONDITIONS DE FORME

Elles sont énoncées pour l'essentiel par l'article 515-3 qui a été considérablement amélioré par la loi de 2006. Le texte prévoit que les partenaires déclarent leur PACS au greffe du tribunal d'instance de leur résidence commune. Lors de cette déclaration, ils produisent leur convention. Après quoi, le greffier enregistre la déclaration conjointe des partenaires puis il fait procéder aux opérations de publicité. Le déroulement concret des opérations sera donc le suivant : il y a 5 étapes :

- l'établissement de la convention, sa rédaction et sa signature et là les partenaires sont l'un en face de l'autre. Cette convention peut être établie sous seing privé ou par acte notarial.

- Le rassemblement d'un certain nombre de pièces qu'il faudra fournir au greffier : pièces d'état civil principalement.

- La déclaration conjointe au greffe. Sur cette troisième étape, deux remarques : la présence personnelle des partenaires est requise (c'est peut-être ce qui reste du mariage ; le greffe, c'est sinistre ; le greffe à un côté routine à la différence de la mairie) ; à ce stade-là aucune assistance n'est requise ni pour le majeur en curatelle ni pour le majeur en tutelle. Il s'agit de vérifier la véritable liberté des consentements.

- L'enregistrement du pacte : l'article 515-3-1 précise que la date de l'enregistrement est celle où le pacte prend effet entre les parties. Ce qui montre que le PACS est un acte juridique solennel non seulement il faut un écrit mais un écrit déclaré à l'autorité publique et enregistré. Ce même article précise que l'enregistrement donne une date certaine au PACS et cela on le savait déjà, la loi aurait mieux fait de se taire.

- La publicité du PACS qui se fait depuis 2006 par mention en marge des actes de naissance des partenaires avec indication de l'identité de l'autre. Deux remarques sur cette publicité : la date de la publicité est celle de l'opposabilité aux tiers du PACS ; l'organisation de cette publicité a été remaniée par la loi de 2006 car auparavant la publicité se faisait par mention

sur un registre spécial et sans indication de l'identité du partenaire. La mention en marge de l'acte de naissance qui a été décidée en 2006 donc d'un acte de l'état civil montre bien que le PACS de 2006 touche à l'état des personnes, qu'il a quelque chose du mariage. La mention de l'identité du tiers interdit désormais aux partenaires de tenir secrète leur orientation sexuelle (sauf si évidemment le partenaire s'appelle Dominique :D). L'on avait considéré que ce secret était commandé par le droit au respect de la vie privée mais il était incompatible avec certaines règles relatives aux effets du PACS notamment celle relative à la solidarité des partenaires aux dettes ménagères.

Les modifications seraient soumises aux mêmes conditions de forme.

SECTION 2 : LES EFFETS DU PACS

I. LES EFFETS PERSONNELS

Comme le mariage, le PACS depuis 2006 crée des obligations personnelles entre les partenaires : obligation d'assistance, obligation de communauté de vie (article 511-4). L'on retrouve ici les deux obligations fondamentales du mariage. Il ne manque que la fidélité voir même le respect. En revanche, le PACS à la différence du mariage ne modifie aucun élément essentiel du statut civil des partenaires. Le PACS n'a aucune incidence sur le nom. Il n'a aucune incidence sur la nationalité. Il n'a aucune incidence sur le droit d'adopter ni sur le droit de recourir à une procréation médicalement assistée (PMA). En effet, la loi réserve l'adoption conjointe aux couples mariés de sorte que les concubins ne peuvent jamais adopter ensemble un enfant si ils sont en union libre ou pacsés. Par ailleurs, la loi ne permet la PMA qu'en réponse dit-elle à un projet parental émanant d'un couple formé d'un homme et d'une femme : article 2141-2 du code de la santé publique. Il ne modifie pas le statut civil sous deux exceptions : la loi institue une priorité d'affectation au profit des fonctionnaires

séparés pour des raisons professionnelles de leur partenaire ; la conclusion d'un PACS fait partie des éléments d'appréciation que l'autorité administrative prend en compte pour délivrer des visas et des titres de séjour.

S'agissant des enfants, le PACS ne crée aucune présomption de paternité ce qui signifie que les enfants de la femme pacsée ne sont pas présumés avoir pour père le partenaire de leur mère. Dans certains pays étrangers, l'on a transposé la présomption de paternité dans le PACS. Au Québec, ils l'ont transposé aux couples lesbiens, l'autre femme est réputée être l'autre parent de l'enfant. De sorte que l'enfant a juridiquement deux parents de même sexe.

II. LES EFFETS PATRIMONIAUX

Le PACS produit de nombreux effets patrimoniaux. Il en produisait dans sa version de 1999, il en produit d'avantage encore dans sa version de 2006.

A. LE PACS CREE D'ABORD DES OBLIGATIONS A LA CHARGE DES PARTENAIRES

En premier lieu, le PACS crée une obligation réciproque d'entraide matérielle : article 515-4. Le texte prévoit que les modalités de cette entraide sont déterminées par la convention et qu'à défaut les partenaires sont tenus à proportion de leurs facultés respectives (// devoir de secours entre époux).

En second lieu, le PACS fait naître à la charge des partenaires une obligation à l'égard des tiers et cela par l'effet d'une solidarité des partenaires en matière de dettes ménagères (article 515-4) mais depuis 2006, cette solidarité est exclue en matière de dépenses excessives ce qui accuse d'avantage encore le

rapprochement avec la solidarité prévue par l'article 220 en matière de mariage.

B.

Depuis 2006, les créances entre partenaires sont comme les créances entre époux soustraites au nominalisme monétaire. Ce sont des dettes de valeur : article 515-7 dernier alinéa : texte qui renvoie à l'article 1469. Exemple : un partenaire prête à l'autre 500 000 euros pour que celui-ci s'achète un appartement. Le remboursement qui sera dû ne sera pas de 500 000 euros, il sera de la valeur au jour du remboursement du bien acquis grâce aux deniers prêtés. Cela peut être redoutable.

La loi prévoit un statut d'indivision pour les biens acquis par les partenaires en cours de PACS naturellement. C'est là que l'on trouve le régime matrimonial proprement dit des concubins. Mais ce régime matrimonial a été profondément remanié par la loi de 2006. Premièrement, auparavant, entre 1999 et 2006, ce statut d'indivision constituait le droit commun du PACS ce qui signifie que les concubins y étaient soumis sauf volonté contraire exprimée dans le PACS. Désormais, c'est l'inverse, les concubins ne sont soumis à ce statut d'indivision quant à leurs biens que si ils ont déclaré expressément dans le PACS vouloir y être soumis. Si donc ils n'ont rien dit, chacun a la propriété exclusive des biens qu'il acquiert en cours de PACS. Ils sont en quelque sorte séparés de biens. Article 515-5 alinéa 1er.

En termes communautaires, avant 2006, c'était opting out et maintenant, c'est opting in.

Cette évolution est logique compte tenu du changement de nature juridique du PACS. Dans la loi de 1999, le PACS n'était pas un mariage. Il avait pour seule finalité de doter les concubins d'un régime matrimonial et il était donc normal que ce régime matrimonial fût en principe associatif, communautaire puisqu'à

défaut de PACS, les concubins sont séparés de biens. Avec la loi de 2006, le PACS devient un mariage. Il devient principalement une union personnelle avec accessoirement des effets patrimoniaux mais c'est un mariage moins dense que le mariage traditionnel et il est donc normal que le régime légal des partenaires soit la séparation de biens par différence avec le mariage traditionnel qui est plus lourd dans le régime légal est la communauté.

Deuxièmement, la nature juridique de cette indivision a été heureusement clarifiée en 2006. Il résulte de l'article 515-5-1 que chaque partenaire est propriétaire de la moitié des biens acquis ensemble ou séparément et cela même si le prix a été payé par un seul et dans ce dernier cas, il n'y a ni libéralité ni aucun règlement pécuniaire auquel il faille procéder entre les partenaires. C'est que cette copropriété trouve sa raison d'être dans la communauté de vie. En d'autres termes, cette indivision entre partenaires s'explique comme la communauté entre époux. Par conséquent, il ne faut en aucun cas assimiler l'indivision générale entre partenaires résultant d'une stipulation du PACS avec les indivisions particulières qui peuvent résulter entre partenaires d'acquisitions conjointes dont le PACS ne contient pas de clause d'indivision. Dans ce dernier cas, si un seul des partenaires a financé l'acquisition, il peut réclamer à l'autre le paiement de sa part sauf naturellement si il y a eu libéralité mais alors avec le régime fiscal et civil applicable aux libéralités. Au lendemain de la loi de 1999, l'on a disserté sur cette indivision. Il faut donc se garder du raisonnement suivant : pourquoi adopter d'entrée de jeu un régime d'indivision alors qu'il nous suffira en cours de PACS d'acheter des biens en commun. Ils se constituent un patrimoine indivis mais sur le régime général.

Troisièmement, l'indivision entre partenaires est soumise depuis 2006 à des règles qui rappellent très fortement la communauté légale. C'est ainsi que sont exclus de l'indivision comme le sont de la communauté légale les biens recueillis par succession ou libéralité ainsi que les biens présentant un caractère personnel : article 515-5-2 alinéa 1er troisièmement et cinquièmement. C'est ainsi encore que la loi de 2006 a prévu des mécanismes à

ceux du remploi ou des récompenses : même article alinéa 1er 4ème et alinéa 2.

Quatrièmement, l'indivision entre partenaires est tout de même plus restreinte que la communauté légale, certains acquêts qui seraient communs s'il s'agissait d'époux sont exclus. Deux principaux : les biens créés en cours de PACS (article 516-5-2 alinéa 1er 2ème exemple du fonds de commerce), les deniers i.e l'argent (les revenus, les gains et salaires) ne sont pas dans l'indivision (1èrement).

Cinquièmement, la gestion des biens indivis entre les partenaires obéit aux règles gouvernant la gestion des biens communs des époux : article 515-5-3.

Cette indivision c'est une quasi-communauté.

C. LE PACS PRODUIT CERTAINS EFFETS AU REGARD DES LOIS SOCIALES ET FISCALES.

S'agissant de la fiscalité, l'idée à retenir est que les partenaires sont mieux traités que des concubins en union libre mais ils sont moins bien traités que des époux. Exemple des droits de mutation à titre gratuit : les libéralités entre partenaires bénéficient d'un abattement de 57 000 euros (pas de droit si le bien légué vaut moins de 57 000 euros) et elles sont sujettes à un taux d'imposition de 40% jusqu'à 15 000 euros et de 50% au-delà. Les libéralités entre non partenaires donc entre concubins en union libre sont taxées plus lourdement : sans aucun abattement et un taux de 60% à compter du 1er euro. Les libéralités entre époux bénéficient d'un abattement de 76 000 euros et d'une progressivité beaucoup plus favorable.

Quant au régime social, les partenaires sont assimilés à des époux pour l'ouverture du droit à certaines prestations sociales comme les assurances maladies, maternité ou décès mais cela dit les concubins partenaires le sont souvent également.

III. LE PLAN SUCCESSORAL

La loi ne confère toujours pas au partenaire survivant la qualité d'héritier. Sauf 2 précisions :

- l'on peut toujours léguer ses biens à son partenaire en faisant un testament à son bénéfice. En effet, le PACS ne confère aucune vocation légale mais le concubinage et moins encore le PACS ne crée aucune incapacité de recevoir à titre gratuit (libéralités).

- La loi de 2006 marque tout de même l'entrée du partenaire dans le champ successoral. Certes, elle ne lui confère pas la qualité d'héritier mais elle lui reconnaît le bénéfice du droit annuel au logement, droit de créance contre la succession de l'article 763. Cette même loi permet au partenaire survivant de demander l'apposition de scellés. Elle lui permet aussi de réclamer l'établissement d'un inventaire et elle l'oblige à ce qu'il soit appelé à inventaire.

SECTION 3 : L'EXTINCTION DU PACS

I. LES CAUSES DE L'EXTINCTION

Elles sont prévues par l'article 515-7 ; elles sont au nombre de 4 :

- volontaire : le consentement mutuel des partenaires. En ce cas, les partenaires procèdent à une déclaration conjointe qu'ils remettent au greffe du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du PACS. Le greffier enregistre cette dissolution et il fait procéder aux formalités de

publicité en marge des actes de naissance. Le PACS s'éteint à la date de l'enregistrement de la dissolution dans les rapports entre les partenaires. Il s'éteint à la date de la publicité de la dissolution à l'égard des tiers.

- Volontaire : la volonté unilatérale de l'un des partenaires : il en a assez, il est lassé. Celui-ci qui prend donc l'initiative doit signifier son intention et adresser une copie de cette signification au greffe au lieu où le PACS avait été enregistré puis les choses se passent exactement comme dans le cas précédent. Tout de même 3 observations : la loi de 2006 a supprimé le préavis de 3 mois qui avait été prévu par la loi de 1999 (cela ressemblait au contrat de travail/licenciement) ; cette cause de dissolution a été très critiquée par les adversaires du PACS et de manière générale par les adversaires de l'évolution du droit de la famille, l'on était en présence d'une répudiation attentatoire à la dignité de la personne humaine. Cette critique peut paraître mal fondée dans la mesure où cette dissolution apparaît comme l'exercice d'une liberté que chacun a reconnu à l'autre au moment même du PACS lors de leur engagement. Depuis la loi de 2006, la rupture unilatérale de la vie commune est une faute si son auteur ne respecte pas le formalisme qui vient d'être dit. C'est la conséquence de la création d'une obligation de vie commune mais ce formalisme qu'il faut respecter est beaucoup plus léger que le formalisme du divorce. Il n'y a pas de procédure judiciaire : il suffit de signifier et de transmettre au greffe.
- Volontaire : le mariage de l'un des partenaires qui peut se marier soit avec l'autre soit avec un tiers. En pareil cas, l'officier d'état civil devant lequel le mariage est célébré informe le tribunal d'instance du lieu d'enregistrement et les choses se passent comme il a été déjà dit mais attention ici, le PACS est dissous dès la date du mariage et il l'est non seulement dans les rapports entre les partenaires et avec les tiers (coup de chapeau au mariage). Il y a une hiérarchie qui est établie par la loi.
- Fortuite : la mort de l'un des partenaires : l'officier d'état civil auquel le décès a été mentionné informe le greffier, etc. Le PACS est dissous dès l'instant dans la mort dans les rapports entre les partenaires et à l'égard des tiers.

II. SUITES DE L'EXTINCTION

Premièrement, les effets personnels du PACS cessent : plus d'obligation d'assistance, plus d'obligation de communauté de vie.

Deuxièmement, les effets patrimoniaux cessent aussi : plus d'obligation d'entraide, plus de solidarité à l'égard des tiers pour les dettes ménagères et ici, il n'y a lieu à aucune prestation compensatoire à la différence du mariage.

Troisièmement, il y a lieu à liquidation des droits et obligations des partenaires notamment à la liquidation et au partage des indivisions pouvant existées entre les partenaires : article 515-7 alinéa 10. Le texte précise que les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation et que leur différend est tranché par le juge : bel exemple d'une loi bavarde : cela relève de la pur évidence. Plus intéressant, la loi prévoit dans le partage des biens indivis la possibilité d'attributions préférentielles mais cela uniquement en cas de dissolution du PACS par décès.

Quatrièmement, la loi réserve le jeu de la responsabilité civile de l'un des partenaires : article 515-7 alinéa 10. On songe ici à l'article 266 relatif aux effets du divorce que nous avons rencontré plus haut. La loi songe ici aux préjudices qui pourraient être causés par la dissolution fautive du PACS en raison des circonstances, par la manière et non en elle-même. Il pourrait y avoir lieu à dommages et intérêts alors même que le PACS serait dissous du fait du mariage avec un tiers : il reçoit l'acte de mariage de l'autre.

Conclusion sur le PACS :

L'avenir du PACS est relativement incertain mais il semble que l'alternative soit la suivante : ou bien on ouvre le mariage aux homosexuels et alors l'on pourra en rester là avec le PACS, la loi offrira à tous les couples sans discrimination deux formes d'union (le mariage plus dense et le PACS plus léger) ; ou bien le mariage restera interdit aux homosexuels et alors il est probable que cela lutteront pour un accroissement des effets du PACS sur 3 points :

- adoption
- prestation compensatoire
- vocation successorale

Le problème du pouvoir législatif sera que si il cède sur ces revendications c'est qu'il ouvre sous un autre nom le mariage.

SECONDE PARTIE : L'ENFANT

L'enfant est uni à son auteur par un lien juridique de filiation. Ce lien juridique peut exprimer un lien du sang, un lien issu de la procréation et l'on parle alors de filiation par le sang. Mais ce lien peut aussi résulter en l'absence de tout lien du sang d'un acte de volonté et l'on parle alors de filiation adoptive. Ces deux types de filiations obéissent à des règles profondément différentes qu'il s'agisse de l'établissement des liens ou de ses effets.

TITRE PREMIER : L'ETABLISSEMENT DU LIEN

CHAPITRE 1 : LA FILIATION PAR LE SANG

Deux observations liminaires :

a) En matière de filiation, il a toujours existé et il existera toujours deux vérités : d'un côté, la vérité biologique qui relie l'enfant à son auteur, à celui qui l'a fait (à son géniteur). Cette vérité est la vérité du sang c'est donc une vérité scientifique froide. Cette vérité là présente deux caractères :

- quant au fond, elle est unique et elle est immuable. Le lien du sang en effet relie l'enfant à un seul homme et à une seule femme et il l'y relie pour toujours.

- quant à la preuve, ce lien du sang a longtemps été beaucoup plus facile à établir à l'égard de la mère qu'à l'égard de la père car la maternité présente des signes extérieurs publics (grossesse et accouchement). Aujourd'hui, les expertises sanguines et les génétiques permettent de l'établir aussi sûrement du côté paternel que maternel.

La seconde vérité est la vérité sociologique qui relie l'enfant à son éducateur, celui qui l'élève. C'est dit-on parfois la vérité du cœur, affective. En termes techniques, c'est la possession d'état. Cette vérité là présente elle aussi deux caractères qui la distinguent de la première vérité :

- Quant au fond, cette vérité sociologique peut être plurielle et changeante. Le lien de l'éducation, le lien de l'entretien peut relier l'enfant à plusieurs hommes comme à plusieurs femmes et ce lien est sujet à disparition et à renaissance, à éclipses (pensons aux familles recomposées, la mère qui change de compagnons tous les 3 ans...).
- Quant à la preuve, cette vérité est devenue plus difficile à établir aujourd'hui qu'il ne l'était hier. Il est plus difficile à établir dans une société industrielle, mobile et individualiste que dans une société rurale, stable et collective.

Le droit civil français a toujours accueilli ces deux vérités et il les a accueilli à partir de trois idées :

- Dans l'opinion commune, la filiation se définit comme le lien du sang. Chacun est l'enfant de celui qui l'a fait. Conséquence juridique : le lien juridique de filiation doit en principe exprimer la vérité biologique.

- Le plus souvent et heureusement, les deux vérités coïncident. Conséquence juridique : la loi présume que l'enfant a été fait par ceux qui l'élèvent. La vérité sociologique est une présomption légale de la vérité biologique. La possession d'état est un mode de preuve de la filiation définie comme liant l'enfant à celui qui l'a fait.
- Lorsque la vérité sociologique a acquis une certaine consistance par l'écoulement du temps, l'intérêt de l'enfant est que sa filiation ne puisse plus être contestée au nom de la vérité biologique. Au bout d'un certain temps de vérité sociologique, la loi interdit le débat sur la vérité biologique. L'on dira qu'une filiation établie par une possession d'état prolongée ne peut plus être contestée ou encore l'on dira qu'une possession d'état prolongée emporte prescription de l'action en contestation de la filiation.

Lire Pagnol pour comprendre la filiation : Marius, Fanny, etc. « quand l'enfant est né, il pesait 3 kg maintenant il en pèse 10, il y en a 3 à toi (la vérité du sang) et 10 (vérité biologique) ».

b) Pendant très longtemps, les règles d'établissement de la filiation ont été différentes selon que l'enfant ait été issu d'un mariage ou non : filiation légitime dans le 1er cas/filiation naturelle. Une telle différence peut s'expliquer par deux considérations :

- par un principe que l'on attend qualifier de principe de hiérarchie des filiations : la filiation légitime doit être favorisée par rapport à la filiation naturelle. Ce principe si on l'accueille conduit à ce que la filiation légitime est plus facile à établir que la filiation naturelle et plus difficile à contester. Ce principe avait été accueilli par le Code de 1804. C'est ainsi que la possession d'état était une preuve de la filiation légitime mais non naturelle. C'est ainsi encore que la contestation de la paternité légitime était très difficile puisqu'elle n'était ouverte qu'au mari. Elle était fermée à l'enfant, à la mère et au véritable père. Cette première explication a aujourd'hui disparu : le principe de

hiérarchie des filiations a été abolie en 1972 mais la différence pouvait s'expliquer par une seconde considération :

- il existerait une différence de nature entre les deux filiations. Différence qui tient à l'état matrimonial des parents. La filiation légitime présuppose un mariage or d'une part, le mariage vaut acceptation anticipée par les époux des enfants qui en naîtront (article 212). De sorte qu'il n'y a pas à exiger une manifestation de volonté des parents au moment de la naissance des enfants. Et d'autre part, la preuve du mariage emporte naturellement celle de la paternité car le mariage désigne pour père le mari de la mère. En revanche, la filiation naturelle ne présuppose elle aucun engagement des parents. Par conséquent, d'une part, il n'y a pas d'acceptation anticipée des enfants ce qui peut justifier que l'on subordonne l'établissement de la filiation à un acte d'acceptation et d'autre part, faute de mariage, l'établissement de la filiation maternelle ne préjuge en rien de la filiation paternelle. Cette 2ème considération était très présente dans le Code civil de 1804 et elle se retrouvait dans la loi de 1972 d'où des modes d'établissement différents de la filiation légitime et de la filiation naturelle. Cette deuxième considération ne se retrouve plus que très faiblement dans l'ordonnance de juillet 2005. La distinction entre les deux filiations a disparu et les modes d'établissement se sont considérablement rapprochés.

***** Fin du rattrapage *****

SECTION 1 : LES MODES DE PREUVES NON CONTENTIEUX DE LA FILIATION

L'article 310-3 alinéa 1 énonce 3 modes de preuve non contentieux, l'acte de naissance, l'acte de reconnaissance et l'acte de notoriété constatant la possession d'état. Mais d'une part il faut tenir compte de la présomption de paternité qui est également un mode de preuve non contentieuse par effet de la loi. D'autre part parmi ces 4 modes de preuve certains sont propres à la filiation maternelle ou propres et d'autre sont communs aux deux filiations.

I. LES MODES DE PREUVES PROPRES A LA FILIATION PATERNELLE OU MATERNELLE

A. L'ACTE DE NAISSANCE

Il est un acte de l'état civil qui est prévu aux articles 55 et suivant, c'est l'acte qui relate la déclaration de naissance d'un enfant. Cette déclaration est fait dans les 3 jours suivant la naissance, soit par le père, soit par l'établissement dans lequel la mère à accouché. Il s'agit d'une obligation. Dans le cas d'un enfant trouvé, l'inventeur, doit déclaré sa découverte a l'officier d'état civil qui en dresse un PV et établi un acte tenant lieu d'acte de naissance (58). Au terme de l'article 311-25 la filiation maternelle est établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance. Cette règle appelle quelque observations. Premièrement cette règle est nouvelle pour l'enfant né hors mariage, avant il fallait une reconnaissance de la mère, c'est-à-dire un acte qui soit à la fois un aveu de maternité et une acceptation de l'enfant. Mais cette exigence de la reconnaissance de l'enfant avait été jugé contraire à la CEDH dans un arrêt Marx du 13 juin 1979 de la cour de Strasbourg. La cour avait jugé que le droit de l'enfant au respect de sa vie familiale impliqué l'intégration de l'enfant a sa famille dès sa naissance. Deuxièmement, l'acte de naissance n'est pas une preuve complète de la filiation maternelle. En effet, la preuve de la filiation maternelle suppose une double preuve. La première preuve est celle de l'accouchement de la femme dont la maternité est en cause. La seconde preuve est ce qu'on appel la preuve de l'identité de l'enfant, c'est-à-dire la preuve que l'enfant dont la femme a accouché est bien celui dont la filiation maternelle est en cause. Or l'acte de naissance en lui même ne prouve que l'accouchement, non l'identité de l'enfant. Mais en fait, l'identité n'est jamais contesté, si elle venait a l'être elle pourrait être prouvé par tout moyen. Donc en pratique l'acte de naissance est une preuve complète de la filiation. Troisième observation, l'acte de naissance n'établi évidemment pas la filiation maternelle lorsqu'il ne comporte pas le nom de la mère, donc dans quelle cas l'acte de naissance peut il taire le nom de la mère. Dans 2 cas :

- Enfant abandonné et trouvé
- Accouchement sous X, ce cas est prévu par l'article 326 selon lequel lors de l'accouchement la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. Ce texte permet donc qu'une femme accouche dans un établissement médical sans révéler son nom. Cette faculté est une spécificité Française, elle se justifie par plusieurs

raisons de valeur inégale : crainte de l'infanticide, crainte des accouchements a domicile dangereux, volonté inavoué d'alimenter le parc des enfants adoptables. Cette faculté ainsi justifié, est d'une conventionalité douteuse d'abord au regard de la convention de New York sur les droits de l'enfant qui consacre le droit de chacun à la connaissance de ses origines personnelles. Ensuite au regard de la CEDH qui interdit toute discrimination lié au sexe, discrimination qui semble exister ici car l'homme ne peut pas avoir d'enfant sous X. La CEDH dans un arrêt du 13 février 2003, a refusé de condamné la France, mais elle c'est prononcé au regard de l'article 8, droit au respect d'une vie familiale.

Quatrième observation, la définition de l'acte de naissance montre qu'il ne contient aucune déclaration de la mère, tout ce qu'il retient c'est la déclaration par un tiers de l'accouchement de la mère, c'est pourquoi le code civil le classe parmi les preuves de filiation par effet de la loi.

Cinquièmement, l'acte de naissance alors même qu'il indique le nom du père n'établi pas la filiation paternelle. Pour la raison que le plus souvent l'acte de naissance est dressé sur une déclaration de l'établissement où la mère a accouché et sur les informations de celle-ci. Or la loi ne veut pas, ne permet pas que la mère puisse attribuer la paternité de son enfant à l'homme de son choix, cela dit beaucoup de pays ont un législation contraire.

B. LA PRÉSOMPTION DE PATERNITÉ

Cette présomption est posé par l'article 312 du code civil. Au terme de ce texte la loi présume que l'enfant né d'une femme marié a pour père le mari de sa mère, c'est la présomption de paternité.

1. Domaine

Principe - La présomption de paternité s'applique a tout les enfants qui peuvent être rattaché au mariage, c'est-à-dire au enfant conçu ou né pendant le mariage. Ce texte conduit a distinguer trois situations.

Premièrement, celle de l'enfant né pendant le mariage. Cette enfant est couvert par la présomption de paternité quelque soit la date de sa conception, la règle s'applique donc sans aucune difficulté au seul vu de l'acte de naissance et de l'acte de mariage.

Deuxièmement, celle de l'enfant conçu pendant le mariage, cette enfant est couvert par la présomption de paternité quelque soit la date de sa naissance, même si il est né après la dissolution du mariage. Simplement, dans ce dernier cas, il faut connaître la date de sa conception. Or cette date est établi par deux présomptions légales énoncé par l'article 311 et qui sont connu comme les présomptions légales de durée de la grossesse. La première est énoncé par l'alinéa 1 qui présume que la grossesse dure au moins 180 et au plus 300. Donc tout enfant est réputé conçu entre le 300^{ème} et le 180^{ème} jour précédent sa naissance, on peut ainsi déterminé une période de 121 jours dite période légale de la conception. La seconde présomption est posé par l'alinéa 2, l'enfant est réputé conçu le jour de la période légale de conception le jour qui lui est le plus favorable. Il suffit donc qu'un seul de ses 121 jours se situe dans le mariage pour que l'enfant soit réputé avoir été conçu ce jour là et qu'il soit du même coup couvert par la présomption de paternité. Si l'on combine ses deux présomptions ont abouti au résultat que l'enfant né après la dissolution du mariage bénéficie de la présomption de paternité si il est né dans les 300 jours suivant la dissolution du mariage. Ces deux présomptions sont elles simple ou irréfragable ? Avant 1972 la Cour de cassation avait jugé qu'il s'agissait de présomption irréfragable. La loi de 1972 a brisé cette jurisprudence, les deux présomptions sont devenues simples, elles souffrent la preuve contraire, d'où naturellement un risque de contentieux, faible sur la première présomption mais beaucoup plus important sur la deuxième.

La troisième situation, celle de l'enfant conçu avant la célébration du mariage et né après sa dissolution. Il faut raisonner sur une époque où il fallait mieux être un enfant légitime, l'hypothèse est celle de l'enfant conçu hors mariage et le père est victime d'un accident tel qu'on sait qu'il va mourir, il va donc se marier avec la mère avant de mourir. Ce cas n'est pas prévu par l'article 312. Néanmoins il est absolument certain que l'enfant est couvert par la présomption de paternité, la Cour de cassation l'a admis dans un arrêt toute chambre réunie le 8 mars 1939. La Cour de cassation l'avait admis par des

raisons qui conservent aujourd'hui toutes leur valeur. Dès lors en effet que le rattachement au mariage peut résulter non seulement de la conception dans le mariage mais aussi de la naissance dans le mariage il doit aussi résulter de la simple gestation en mariage.

Synthèse, aujourd'hui la présomption de paternité s'applique à tout enfant où la mère a été mariée fût un temps au cours de la grossesse.

Dernière observation, lorsque la filiation paternelle de l'enfant résulte ainsi de la présomption de paternité on peut dire qu'elle est établie par un titre à savoir par l'acte de naissance. Acte de naissance qui en indiquant le nom de la mère déclenche la présomption de paternité et désigne ainsi indirectement le mari de la mère pour père.

Exception - Dans certains cas, l'enfant quoi que rattaché au mariage n'est pas couvert par la présomption de paternité. Ces cas sont au nombre de 2 :

- En cas l'enfant conçu pendant une période de séparation légale des époux, cas prévu par l'article 313. Il s'agit de la période pendant laquelle les époux étaient dispensés de l'obligation de cohabiter. Cette dispense peut résulter soit d'une séparation de corps prononcée, soit d'une autorisation de résidence séparée accordée lors d'une instance en divorce ou en séparation de corps au titre des mesures provisoires dans l'ordonnance de non conciliation. L'enfant conçu pendant cette période n'est pas couvert par la présomption de paternité. Naturellement la présomption retrouve son empire pour l'enfant conçu après la fin de cette période, soit par la réconciliation, soit par le rejet de la demande en divorce ou en séparation de corps. Dans ce cas, pour savoir si l'enfant a été conçu ou non pendant la période de séparation légale, on applique les présomptions de durée légale de la grossesse. C'est ce qui explique que l'article 313 qui énonce cette première exception vise très précisément l'enfant né plus de 300 jours après le début de la période de séparation légale et moins de 180 jours avant sa fin. En outre, si l'enfant a été conçu pendant la période de séparation légale, la présomption de paternité retrouve son empire si il a la possession d'état d'enfant des deux époux. Ce rétablissement de la présomption de paternité peut s'expliquer de deux façons, soit par la vraisemblance de la paternité (si le mari élève l'enfant, c'est qu'il en est le père), soit par le souci de la vérité sociologique (il s'agit de consacrer un

lien affectif). Mais attention se rétablissement est souci à la condition que l'enfant n'est pas une filiation paternelle établie a l'égard d'un tiers. Si donc l'enfant a été reconnu par son véritable père le mari ne peut pas tenir en échec cette reconnaissance en élevant l'enfant. Si en revanche le père n'a pas de filiation établi, le fait que les époux se sont réconcilié et élève l'enfant ensemble, il y aura une présomption de paternité.

- Le second cas est celui de l'enfant déclaré a l'état civil sans indication du nom du mari de la mère en qualité de père et qui n'a pas de possession d'état a l'égard de celui-ci. Ce cas est visé par l'article 324. L'hypothèse visé est celle des époux séparés de faits. En effet, l'absence d'indication du nom du mari en qualité de père et l'absence de possession d'état permet de penser que la mère ne vit pas avec son mari, l'exclusion de la présomption de paternité se justifie tout a fait. L'absence de cohabitation rend la paternité douteuse.

Observation commune a ces deux cas, lorsque l'enfant a la possession d'état d'enfant du mari sa filiation paternelle est établi par cette possession, donc a quoi sert il de rétablir la présomption de paternité. L'intérêt est que la filiation paternelle de l'enfant est alors établi et par la possession d'état et par un titre ce qui la rend beaucoup plus difficile a contester.

2. Nature et fondement

Cette présomption remonte au droit romain, mais sa nature et son fondement ont profondément évolué depuis le code napoléon. Dans le code napoléon, la présomption de paternité était quasi irréfragable, seul le mari pouvait la renverser et il ne le pouvait qu'a des conditions de preuve et de délai très stricte. La présomption était donc à l'époque comme toute présomption irréfragable une règle de fond voilé sous une règle de preuve. L'article 312 attribué simplement au mari la paternité des enfants de sa femme, cela était justifié par l'intérêt de la famille, c'est-à-dire tantôt par l'intérêt de l'enfant, tantôt par le repos des familles, la paix des familles. Avec la loi du 3 janvier 1972 et l'ordonnance de 2005 la présomption est devenu simple, la preuve contraire est libre. Dès lors, comme toute présomption simple la présomption de paternité est devenu une pure règle de preuve, précisément elle est devenu un dispense de preuve justifié par la vraisemblance du fait considéré. Aujourd'hui donc si ce texte dispense d'avoir a établir la paternité du mari c'est

parce que la plupart des enfants nés de femme marié ont pour père le mari de leur mère. On considère qu'il y aurait environ 10% d'adultérin en France.

II. LES MODES DE PREUVE COMMUN A LA FILIATION MATERNELLE ET PATERNELLE

A. LA RECONNAISSANCE

La reconnaissance est l'acte par lequel un homme ou une femme reconnaît sa paternité ou sa maternité à l'égard d'un enfant. Cet acte a toujours eu une nature juridique mixte. Elle est d'abord un aveu qui prouve la filiation, on parle parfois de reconnaissance confession. C'est également un acte qui exprime une volonté de reconnaître l'enfant. Cette double nature juridique explique son régime.

1. Conditions de validité

Conditions de fond- Une première série de condition est relative a l'auteur de la reconnaissance.

1. Elle doit être fait personnellement par le père ou par la mère, si le père ou la mère est un mineur ou un majeur en tutelle son représentant légal ne peut pas reconnaître l'enfant. Ici c'est l'idée d'aveu, on ne confesse par pour autrui.

2. Le consentement de l'auteur de la reconnaissance doit être réel ainsi que libre et éclairé. La reconnaissance est donc nulle si son auteur était en état de démence ou que son consentement a été vicié notamment extorqué par violence ou par dol.

3. Il faut être capable, mais il faut et il suffit qu'il ait une capacité naturelle, il faut qu'il est le discernement de ses actes, on exige pas la capacité juridique. Donc un mineur peut reconnaître son enfant.

Deuxième série de condition, elles sont relatives a l'enfant reconnu. Il y en a 3.

1. La reconnaissance suppose que la filiation de l'enfant ne soit pas déjà établie soit par son acte de naissance, soit par la présomption de paternité. En revanche, elle est possible même si la filiation de l'enfant est déjà établie par la possession d'état. Autrement dit, la reconnaissance est un mode de preuve subsidiaire par rapport à l'acte de naissance et à la présomption de paternité,

mais non par rapport à la possession d'état. La raison est que la reconnaissance est un titre qui n'ajoutera rien à un autre titre. Mais elle ajoute à la possession d'état d'autant l'enfant d'une filiation établi par titre ou par possession d'état. La reconnaissance sera surtout utilisé pour établir la filiation des enfants nés or mariage. En effet, la filiation paternelle n'est jamais établie par l'acte de naissance, et elle ne peut l'être par la présomption de paternité en l'absence de mariage de la mère. Cependant dans certains cas la reconnaissance établira la filiation paternelle ou maternelle d'un enfant né en mariage. Ainsi une femme marié pourra reconnaître son enfant si son nom ne figure pas sur l'acte de naissance . Le mari de la mère pourra reconnaître l'enfant si la présomption de paternité ne joue pas, soit parce que l'acte de naissance ne comporte pas le nom de la mère, soit parce qu'il ne comporte pas le nom mari, soit parce que l'enfant a été conçu pendant une période de séparation légale.

2. L'enfant ne doit pas être doté d'une filiation contraire. Un homme ne peut donc pas reconnaître un enfant doté d'une autre filiation paternel, pareil pour une femme. Le but est d'éviter les autant que possible les conflits de filiation.

3. il s'agit d'une condition propre aux enfants issus d'un inceste absolue, c'est-à-dire issus des relations au mariage duquel il existe un empêchement d'inceste ne pouvant faire l'objet de dispense. La filiation ne peut être établi que d'un côté. Dès qu'un des parents l'a reconnu, l'autre ne peut plus.

Les conditions de formes – La reconnaissance n'est soumise à aucune condition de délai, elle peut intervenir pendant toute la vie de l'enfant. Elle est même possible avant la naissance de l'enfant (316 alinéa 1), on parle alors de reconnaissance prénatal, c'est ainsi que la présomption de paternité du mari peut être tenu en échec. Enfin, elle peut également intervenir après le décès de l'enfant. Mais la reconnaissance doit être faite en la forme authentique (316 al. 3). Il s'agit d'un acte solennel car il faut protéger le consentement de l'auteur de la reconnaissance et assurer la conservation de l'acte. Plus précisément, cet acte solennel peut revêtir 3 formes selon la qualité de l'officier public qui reçoit la reconnaissance. En premier lieu, la reconnaissance prend la forme d'acte d'état civil lorsqu'elle est reçu par un officier d'état civil, dans ce cas la reconnaissance peut être contenu dans l'acte de naissance ou faire l'objet d'un acte séparé, mais dans toute hypothèse se sont deux

negocium différents. En second lieu la reconnaissance peut prendre la forme d'un acte notarié. Cet acte notarié peut avoir pour objet exclusif la reconnaissance de l'enfant, le plus souvent la reconnaissance est inséré dans un testament, l'inconvénient de cette forme de reconnaissance est que par hypothèse est que la reconnaissance reste secrète jusqu'au décès du reconnaissant. En troisième lieu la reconnaissance peut prendre la forme d'une déclaration faite en justice lorsque la reconnaissance est reçu par un greffier.

2. Les caractères de la reconnaissance

Ils procèdent de l'idées la reconnaissance est un aveu. Il faut retenir 3 caractères. Premièrement elle a un caractère déclaratif, elle ne fait que constater un état préexistant, elle est donc rétroactive. Deuxièmement la reconnaissance est irrévocable comme tout aveux. Cela signifie que l'auteur de la reconnaissance ne peut pas la retirer par un acte de libre volonté, si il veut la faire tomber, il doit l'attaquer devant le tribunal. Enfin, la reconnaissance a un caractère individuel, elle n'établie la filiation de l'enfant qu'a l'égard de son auteur et non à l'égard de l'autre parent. Certains parents ignorent se caractère individuel de la reconnaissance, il croit que la mention du nom de l'autre parent dans l'acte de reconnaissance permet d'établir la filiation a l'égard des deux. D'où l'information prévu par l'article 316 alinéa 4. L'acte de reconnaissance doit mentionner que l'auteur de la reconnaissance a été informé de ce que la reconnaissance ne produisait d'effet qu'a son égard.

B. LA POSSESSION D'ÉTAT

Jusqu'à la loi du 3 juillet 1972 la possession d'état n'établissait que la filiation légitime, le Cour de cassation avait refusé qu'elle n'établisse la filiation illégitime dans deux arrêts de 1851 et 1872. Au lendemain de la loi de 1972, en présence de texte ambiguë la question fut de nouveau controversé. La première chambre civile maintien la position traditionnelle dans un arrêt du 8 mai 1979, Law-King. Mais une loi deux 25 juin 1982 renversa la solution, la Cour de cassation statuant en assemblée plénière dans la même affaire Law king désavoua la 1^{er} chambre civil et jugea en application des textes de 1972. Aujourd'hui, il n'y a plus d'hésitation, l'ordonnance de 2005 pose une preuve

générale de la filiation où obligation on ne distingue plus entre la filiation légitime et la filiation naturelle.

1. Définition

V.311-1

Ce texte énonce les éléments constitutifs de la possession d'état.

Élément constitutif – l'ordonnance de juillet 2005 a modifié leur ordre de présentation. Vient en premier le *tractatus*, qui avant n'était que second.. Il suppose que les intéressés se sont toujours réciproquement traité comme parent et enfant. Le prétendu parent a pourvu à l'entretien, à l'éducation ou à l'installation de l'enfant. L'installation, c'est l'installation dans la vie, comme par exemple le paiement de la dote, l'achat d'un fond de commerce, d'une clientèle etc... Cet élément est aujourd'hui l'élément majeur de la possession d'état. On retiendra qu'il peut exister dès avant la naissance (achat du berceau) , on parle alors de *tractatus prénatal*. Le deuxième élément est *fama*. Il s'agit de la réputation, de l'opinion public, les intéressés sont tenus pour parent et enfant par la société, par l'autorité publique. Cet élément est important notamment quand le prétendu parent est décédé car alors le *tractatus* cesse pour l'avenir alors que la *fama* elle demeure. Enfin, troisième élément le *nomen*, il s'agit du cas où l'enfant porte le nom du prétendu parent, l'importance de cette élément a largement diminué car aujourd'hui le nom n'est plus un élément caractéristique du rapport de filiation qui peut être établi par la possession d'état, jadis la possession d'état n'établissait que la filiation légitime et l'enfant légitime portait toujours le nom de son père, aujourd'hui plus aucun de ces éléments n'est vrai. Attention, la possession d'état ne suppose pas forcément la réunion de tous ces éléments, l'article 311 n'impose qu'une réunion suffisante de fait.

Caractères – premièrement la possession d'état doit être continue ce qui signifie que les faits qui la constitue doivent s'inscrire dans la durée, dans l'habitude, des comportements épisodiques ne suffisent pas. Deuxièmement, la possession d'état doit être publique, paisible, non équivoque. La possession d'état violente est sans aucun effet. La possession d'état secrète est entaché de contradiction interne en ce qu'il manque la *fama* elle ne peut donc rien prouver. Enfin, la possession d'état équivoque peut correspondre à deux

hypothèses assez différentes. 1. Les faits peuvent s'expliquer par autre chose qu'un rapport de filiation, par exemple l'enfant est élevé par le mari de la mère mais il est né dans un ancien mariage. On peut ainsi avoir un *tractus, une fama* mais la possession d'état ne produira pas d'état car elle est équivoque. 2. Les faits désignent deux hommes ou deux femmes. L'un vient chercher l'enfant le lundi, le mardi, et un autre homme vient les autres jours de la semaine. Dans ce cas, ces deux possessions d'états se neutralisent. Les juges du fond ont un très large pouvoir d'appréciation.

2. Rôle de la possession d'état

La possession d'état est définie par la loi comme une présomption, les articles 311 à 311-2 figurent dans une section intitulée des preuves et présomptions. La loi présume que l'apparence est conforme à la réalité. Que la vérité biologique est conforme à la vérité sociologique. En outre la possession d'état est une preuve complète et directe de la filiation. S'agissant de la filiation maternelle, elle la prouve dans son double élément, accouchement et identité, la possession d'état est donc plus probante que l'acte de naissance, c'est une preuve complète. S'agissant de la filiation paternelle, elle prouve la filiation directement sans qu'il soit nécessaire de recourir à la présomption de paternité. Les enfants de femme mariée pourront donc invoquer l'acte de naissance et la possession d'état.

3. Preuves

Depuis l'ordonnance de 2005, la possession d'état n'établit la filiation que si elle a été officiellement constatée par un acte de notoriété. L'article 310-3 dispose que *la filiation s'établit par l'acte de notoriété constatant la possession d'état*. Précisons :

1. Avant 2005 la possession d'état pouvait être établie par un acte de notoriété mais ce n'était pas nécessaire. Donc un notaire pouvait retenir la filiation d'un enfant dont la possession d'état n'est pas contestée par les autres héritiers sans exiger d'acte de notoriété, aujourd'hui il ne le peut plus.

2. L'acte de notoriété est établi par le juge d'instance, uniquement à la demande de l'enfant ou des parents (317 al.1), il ne peut pas l'être plus de 5 ans après la cessation de la possession d'état alléguée, c'est-à-dire plus de 5 ans

après la mort de l'enfant ou du prétendu parent (al.3). Le juge d'instance apprécie les éléments de preuve qui lui sont apportés. La décision que rend le juge d'instance n'est susceptible d'aucun recours. Mais si elle est positive, que le juge établit un acte de notoriété, il est fait mention de cet acte en marge de l'acte de naissance de l'enfant, mais attention, la filiation de l'enfant reste établie par la possession d'état, elle ne devient pas une preuve établie par l'acte de naissance. Ainsi, l'acte de notoriété est dressé en dehors de tout litige, donc de manière non contradictoire. **Il est un mode de preuve non contentieux de la possession d'état, il en est une preuve préconstitué.**

3. s'agissant de sa force probante, l'acte de notoriété n'est pas une preuve définitive de la possession d'état, il souffre la preuve contraire (317), c'est dire que celui auquel on l'oppose peut démontrer l'inexistence de la possession d'état qu'il constate en exerçant une action en contestation de possession d'état.

4. l'acte de notoriété est la seule preuve non contentieuse de la possession d'état, mais il existe une preuve contentieuse de la possession d'état à savoir le jugement qui accueille l'action en constatation de la possession. Cette action sera exercée notamment dans le cas où le juge d'instance refuse de délivrer l'acte de notoriété.

SECTION 2 : LA PREUVE CONTENTIEUSE DE LA FILIATION

Le contentieux existe là où il y a action en justice or la preuve de la filiation peut donner lieu à deux sortes d'action en justice. Certaines actions portent directement sur la filiation de l'enfant, soit pour l'établir, soit pour la contester. D'autres, ne portent qu'indirectement sur la filiation, elles ont pour objet direct un mode de preuve non contentieux de la filiation comme par exemple la possession d'état, dont elles tendent à établir ou contester l'existence.

SOUS SECTION 1 : LES REGLES COMMUNES AUX ACTIONS EN JUSTICE RELATIVE A LA FILIATION

I. LA PROCÉDURE

A. S'AGISSANT DE LA COMPÉTENCE

Compétence matérielle – la compétence du TGI statuant en matière civil est exclusive (318-1). Corrolaire, en cas d'infraction pénale mettant en cause une question de filiation le juge pénale doit sursoire a statuer jusqu'au jugement civil.

B. S'AGISSANT DE L'ÉTAT DE L'ENFANT

Aucune action n'est recevable si l'enfant n'est pas né viable. (318) Dès lors que l'enfant n'a pas eu la personnalité juridique sa filiation est indifférente.

C. S'AGISSANT DES CARACTERES DE L'ACTION.

Premièrement, l'action est indisponible, aucune renonciation n'est possible (323)

Deuxièmement l'action est personnelle, elle ne peut pas être exercé par les créanciers suivants la voie oblique. Mais attention, cela n'empêche pas la transmission de l'action aux héritiers pourvues bien sur que le défunt soit né dans le délai pour agir ou après avoir exercé l'action.

Troisièmement, l'action est prescriptible, jusqu'à la loi du 3 janvier 1972 la règle était inverse. La loi de 1972 a soumis ces actions a la prescription trentenaire, l'ordonnance de 2005 abrège la prescription a 10 ans (321). Il s'agit d'un délai de principe, la loi prévoit parfois un délai plus court. Il s'agit également d'un véritable délai de prescription et non pas un délai préfixe, la loi prévoit d'ailleurs expressément la suspension de l'action qui appartient a l'enfant pendant tous le temps de sa minorité. Enfin, pour le point de départ il faut distinguer, pour une action relative a la constatation direct ou indirect de la filiation (ex : recherche de paternité, recherche de maternité, action en constatation de possession d'état) le délai court du jour où l'enfant a été privé de l'état litigieux, de l'état qu'il s'agit de constater (ex : du jour de sa naissance si il s'agit d'une recherche de paternité ou de maternité). Pour une action relative a la contestation (et non pas la constatation) direct ou indirect de la filiation le délai court a compté du jour où l'enfant a commencé a jouir de l'état qui est contesté, ce qui signifie que lorsque la vérité sociologique a laquelle

correspond la jouissance de l'état a acquis l'épaisseur de 10 ans le droit se ferme, l'enfant qui possède un état depuis 10 ans ne peut plus de le contester.

D. LES CARACTÈRES DU JUGEMENT

Il s'agit d'un jugement déclaratif car il constate un état de fait préexistant, il s'en suit qu'il est rétroactif. Enfin, deuxième caractère le jugement rendu est opposable a tous, c'est ce que dit l'article 324 qui déroge au droit commun de l'autorité relative de la chose jugée sauf un tempérament, les tiers peuvent former tiers opposition au jugement et provoqué ainsi un nouvel examen de l'affaire. Mais pour éviter ce risque, le juge peut avant de statuer sur l'action ordonner la mise en cause de toute personne a laquelle il estime que le jugement doit être rendu commun.

II. LA PREUVE

Le principe est que la preuve est libre. La preuve de la paternité, de la maternité, de la non paternité, de la non maternité ou de l'existence ou de l'absence de position d'état peut être apporté par tous moyen (310-3 al. 2). On peut donc amener des temoins, des indices ou des présomptions. Lorsque le procès porte directement sur la paternité ou la maternité les expertises biologiques, sanguines ou génétiques, présentent évidemment une importance particulière puisqu'elles permettent d'établir avec certitude la réalité biologique. Ces expertises obéissent a 3 règles

- Une expertise génétique (≠ sanguine) n'est permise que si elle a été ordonné par le juge (16-11 alinéa 2). Si une expertise génétique avait été réalisé elle serait irrecevable.
- Les expertises biologiques sont de droit sauf motif légitime (Cour de cassation, 1^{er} civil 28 mars 2000). Par conséquent le juge doit les ordonner si elles sont demandées. Le motif légitime est très difficile a circonscrire, il existe une grande incertitude. L'exception a été reconnu dans un cas où l'examen demandé apparaissait superflu, la filiation étant suffisamment établi. De même dans une hypothèse où la preuve n'avait pas été rapporter de relation intime entre la mère de l'enfant et le défendeur. Dans un arrêt du 6 décembre 2005 la Cour de cassation

refuser le recours a une telle expertise dans une action en possession d'état pour la simple et bonne raison qu'elle serait hors de propos.

- Tout ces expertises biologiques, sanguines et génétiques, supposent le consentement libre des intéressés. On ne peut contraindre ni directement, ni indirectement, un des intéressés, c'est l'application du principe de l'inviolabilité du corps humain. Mais attention, celui qui se refuse à la mesure d'expertise s'expose a une appréciation défavorable du tribunal qui peut retenir son refus indice du mal fondé de sa thèse. Enfin, il faut préciser que pour l'expertise génétique le consentement doit être donné préalablement a l'examen, si l'intéressé est mort, l'examen génétique n'est possible que si il y avait expressément consenti de son vivant (article 16-11 alinéa 2 modifié par la loi du 6 août 2004).

SOUS SECTION 2 : LES ACTIONS EN JUSTICE PORTANT DIRECTEMENT SUR LA FILIATION

Les unes vises a doté l'enfant d'une filiation dont il est dépourvu, ce sont les actions en constatation de filiation, les autres vises au contraire a priver l'enfant d'une filiation dont il est pourvu, ce sont les actions en contestation de filiation.

I. L'ACTION EN CONSTATATION

A. LA CONSTATATION DE LA FILIATION MATERNELLE

Elle est prévu à l'article 325 et obéi a 5 règles particulières.

- L'action en recherche de maternité suppose que l'enfant n'est pas déjà une preuve de sa filiation maternelle, acte de naissance, reconnaissance ou possession d'état (325). Toutefois l'action devrait être admise lorsque l'enfant n'a qu'une possession d'état et cela pour permettre à l'enfant de se doter d'une preuve plus solide.
- La recherche de maternité est irrecevable en cas d'accouchement sous X (326)
- En demande l'action est attitré, elle n'appartient qu'a l'enfant (325 alinéa 2), la mère n'a qu'a reconnaître l'enfant si elle veut établir sa

filiation maternelle, quant au tiers l'affaire ne les regarde pas. Si l'enfant est mineur, il est représenté soit par son père (même si celui-ci est mineur), à défaut de père il sera représenté par son représentant légale (328).

- En défense, l'action est exercé évidemment contre la mère prétendu ou si elle est décédé contre ses héritiers, à défaut d'héritiers contre l'état (328 al 3)
- L'enfant doit prouver la filiation maternelle dans son double élément, accouchement et identité, mais il est évident qu'une preuve biologique établi en bloque les deux éléments.

B. LA CONSTATATION DE LA MATERNITÉ

D'une manière assez curieuse la loi prévoit deux actions.

L'action en recherche de paternité – elle est prévue par l'article 327, elle concerne l'enfant né hors mariage ou né de mère inconnu. En demande cette action est attitré, elle n'appartient qu'à l'enfant, représenté si il est mineur suivant les règles de l'article 328 vu plus haut. En défense, l'action est exercé contre le père prétendu, à défaut contre ses héritiers, à défaut contre l'État. Quant à la preuve à rapporter, le demandeur doit établir la paternité du défendeur.

L'action en rétablissement de la présomption de paternité – cette action concerne l'enfant né d'une femme marié mais qui n'est pas couvert par la présomption de paternité en application de l'article 313 et 314. En demande, cette action appartient à la mère et à son mari pendant la minorité de l'enfant, puis à l'enfant pendant les 10 années qui suivent sa majorité. En défense l'action est exercé soit contre l'enfant, c'est l'hypothèse où le demandeur est le mari, soit contre le mari père prétendu, c'est l'hypothèse où l'action est exercé par la mère ou par l'enfant. Quand à la preuve à rapporter, l'article 329 dit qu'il s'agit de la preuve de la paternité du mari. Première observation cette action est mal dénommé, elle ne vise pas à rétablir la présomption de

paternité, mais a établir la paternité du mari, en effet si l'action réussit, c'est que la paternité du mari aura été établie et elle n'aura donc plus à être présumée. En d'autres termes l'action de l'article 329 a la même nature que l'action de l'article 327. Deuxième observation, liée à la précédente, la recherche de la paternité en mariage obéit ainsi à un régime différent de celui de la recherche de paternité hors mariage (327). D'une part elle est ouverte au mari qui peut ainsi revendiquer les enfants de sa femme. D'autre part, la recherche de paternité en mariage est ouverte à la mère agissant en son nom personnel ce qui permet d'imposer la paternité au père qui refuse de reconnaître les enfants. C'est ici la traduction de l'engagement pris par les époux lors du mariage.

Observation commune à toute les actions en constatation de filiation - elle est irrecevable si elle vise à établir une filiation contraire à celle dont l'enfant et le cas échéant légalement doté. Cette filiation là doit d'abord être contestée.

II. LES ACTIONS EN CONTESTATION DE FILIATION

Il s'agit des actions visant à démontrer l'inexactitude d'une filiation légalement établie. C'est-à-dire la non maternité de la femme désignée dans l'acte de naissance. La non paternité du mari de la mère désignée par la présomption de paternité. La non paternité ou maternité de l'auteur de la reconnaissance. Enfin, la non paternité ou non maternité de celle ou de celui à l'égard duquel l'enfant a la possession d'état constaté par un acte de notoriété.

A. LA PREUVE A RAPPORTEUR

La contestation de la maternité – elle suppose pour aboutir que soit établi (par tous moyens) soit le défaut d'accouchement de la femme, soit le défaut d'identité de l'enfant. La première hypothèse est celle de la supposition d'enfant (une personne accouche sous X et une autre prend l'enfant). La seconde hypothèse est celle de la substitution d'enfant.

La contestation de la paternité – on recherche à établir la non paternité du père. Lorsque la filiation est établie par une reconnaissance l'inexactitude de

celle-ci peut résulter soit d'une erreur, soit d'un mensonge. Elle est erroné lorsque l'auteur était de bonne foi. Elle est mensongère lorsque l'auteur est de mauvaise foi, ces reconnaissances mensongères sont relativement fréquente, il s'agit le plus souvent de reconnaissance de complaisance envers la mère qui en fait une condition du mariage ou de la vie commune.

B. LE RÉGIME DE L'ACTION

Ce régime est assez complexe car l'action obéi a des règles différentes suivant la façon dont la filiation contesté est légalement établi. On peut distinguer trois hypothèse.

La filiation contesté est établi par un titre et une possession d'état conforme – (333) reconnaissance, acte de naissance etc... l'action est attitré, elle l'appartient qu'a l'enfant, a son père ou à sa mère et au tiers qui se prétend le véritable parent. C'est ainsi par exemple que la paternité du mari de la mère peut être contesté par l'enfant, par la mère, par la mari lui-même et par celui qui se prétend le véritable père. En outre l'action se prescrit par 5 ans de possession d'état, ce délai commence a courir a compté de la naissance ou de la reconnaissance.

La filiation est établi par un titre nu (sans possession d'état) - l'action est ouverte a tous intéressé et elle ne se prescrit que par un délai de 10 ans, le régime est donc beaucoup plus libérale (334)

La filiation établie par la seule possession d'état – l'action est ouverte a tout intéressé et elle se prescrit par 5 ans a compté de l'établissement de l'acte de notoriété (335). Cette dernière hypothèse permet une observation sur la rôle de la possession d'état, on constate que la possession d'état abrège la prescription par souci du respect de la vérité sociologique, mais elle ne suffit pas pour attitrer l'action, pour cela il faut et la possession d'état et le titre.

Enfin, l'article 336 autorise le ministère public a agir dans deux cas, le premier est celui où l'inexactitude de la filiation résulte des termes mêmes de l'acte, par exemple une différence d'âge insuffisante entre le père et la mère, c'est également l'hypothèse d'une rafale de reconnaissance simultanée. Le second

cas est celui de fraude a la loi, l'exemple type est la reconnaissance du concubin ou de la concubine (adoption de son concubin).

C. LES RÉSULTATS DE L'ACTION

Si l'action échoue, la filiation contesté reste debout, l'enfant conserve sa filiation. Si l'action réussi, la filiation contesté est anéantie, abolie, mais attention, suivant une jurisprudence importante la contestation d'une reconnaissance mensongère par son auteur même peut engager la responsabilité civile de celui-ci sur le fondement de 1382. Sa faute sera d'être revenu sur l'engagement de subvenir au besoin de l'enfant qu'il avait nécessairement prit lors de la reconnaissance. Il devra donc réparer le préjudice et matériel et moral, causé et à l'enfant et à la mère. Plus précisément cette obligation de réparation se traduit soit par l'impossibilité d'obtenir restitution des aliments versés pour les besoins de l'enfant, soit même par une obligation de verser une certaine somme supplémentaire. Cette jurisprudence s'applique dans le cas des reconnaissances de complaisances suivies d'une séparation de l'auteur de la reconnaissance et de la mère.

SOUS SECTION 3 : LES ACTIONS EN JUSTICE NE PORTANT QU'INDIRECTEMENT SUR LA FILIATION.

I. L'ACTION EN NULLITE DE LA RECONNAISSANCE

Cette action ne doit en aucun cas être confondu avec l'action en contestation de la reconnaissance. L'action en nullité sanctionne les conditions de validité de la reconnaissance et non pas son exactitude. On dit parfois que la reconnaissance est prise ici en tant qu'acte juridique entraînant admission de l'enfant et non pas comme aveux. Elle obéit au droit commun de la nullité.

Nullité absolue – deux cas. 1. Violation des conditions de forme, la reconnaissance a par exemple était faite par acte sous sein privé. 2. Violation des conditions de fond. C'est par exemple le cas de la reconnaissance d'un enfant qui fait déjà l'objet d'une présomption de paternité. La nullité absolue se prescrit sans doute par 30 ans, mais on en est pas sur.

Nullité relative – il s’agit pour l’essentiel des vices du consentements, dol ou violence. Conformément au droit commun, l’action n’appartient qu’a l’auteur de la reconnaissance.

Observation commune - lorsque la cause de nullité est avéré, la reconnaissance est annulé alors même qu’elle serait exact. La véracité de la reconnaissance est ici indifférente.

II. LES ACTIONS RELATIVES A LA POSSESSION D’ETAT

Une seule est prévu par les textes.

A. L’ACTION EN CONSTATATION DE POSSESSION D’ETAT

Ce n’est pas une action en réclamation d’état, ce n’est pas action en recherche de paternité ou de maternité, c’est une action visant a constater l’existence d’une preuve légale, non contentieuse, de la filiation maternelle ou paternelle, la possession d’état.

Cas d’ouverture – cette action est ouverte à l’enfant qui n’a aucune preuve légale de sa possession d’état, c’est-à-dire l’enfant dépourvu d’acte de notoriété. Dans ce cas, l’action est le plus souvent exercé lors du décès du père. L’action devrait être fermé a un enfant qui a déjà un acte de notoriété, mais la question est discuté.

Régime - l’action est ouverte a tout intéressé, le délai de prescription de 10 ans court à partir de moment où la possession d’état a cessé, ce qui est très important puisque l’action sera souvent exercé lors du règlement de la succession du père prétendu. Enfin, il faut ajouter que les expertise biologique sont ici hors de propos, il roule sur la seule vérité sociologique.

Porté du jugement – Il faut évidemment distinguer deux hypothèses. Premièrement, le jugement rejette l'action, il décide que l'action est dépourvue de la possession d'état litigieuse. Dans un tel cas, la paternité ou la maternité qui est en cause n'est donc pas établie par la possession d'état, elle n'est donc pas légalement présumée. Mais il reste possible d'agir en constatation de paternité ou de maternité, en recherche de paternité ou de maternité.

Manque quelques lignes

B. L'ACTION EN CONTESTATION

Cette action est symétrique de la précédente, de l'action en constatation de la possession. Ce n'est donc pas une action en contestation d'état, de paternité ou de maternité, l'action vise à établir que l'enfant ne dispose pas d'une preuve légale de sa filiation. En d'autres termes, elle vise à établir non pas que sa filiation est inexacte mais qu'il ne la possède pas et que donc se n'est pas la sienne légalement

Cas d'ouverture – l'enfant doit posséder une preuve légale de sa possession d'état donc d'un acte de notoriété.

Régime - l'action est ouverte à tout intéressé et probablement aussi au ministère public dans les mêmes cas que plus haut.

Portée du jugement – première hypothèse, le jugement rejette l'action, il décide que l'enfant a la possession d'état litigieuse, l'enfant conserve donc une preuve légale de sa filiation, elle reste légalement présumée. Pour autant, l'exactitude de sa filiation n'a pas été légalement établie, la présomption attachée à la possession d'état est simple, il reste donc possible d'exercer l'action en contestation de la maternité ou de la paternité si il est dans les délais. Deuxièmement, le jugement accueille l'action, il décide que l'enfant n'a pas la possession d'état, dans ce cas l'enfant n'a plus la preuve légale de sa filiation

mais l'inexactitude de sa filiation n'a pas été établi, il lui reste possible d'exercer son action en recherche de paternité ou de maternité.

SECTION 3 : LES REGLES PARTICULIERES AU CAS DE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE (PMA)

I. LES CONDITIONS DE LA PMA

Les procréations médicalement assistés sont extrêmement divers. Elles peuvent être diversement classée. Le plus souvent on retient un critère qui conduit à distinguer ce que l'on appelle les PMA endogène des PMA exogène. Les PMA endogène, sont des PMA sans donneur, il en existe deux variétés principales : 1. L'insémination artificielle. 2. Fécondation *in vitro* suivie d'un transfert de l'embryon. Une troisième variété est concevable, c'est la mère gestatrice, c'est-à-dire qu'il y a fécondation *in vitro* et transfère d'embryon mais chez une mère porteuse. Les PMA exogène, sont des procréation médicalement assisté avec donneur, il y a deux variétés : 1. PMA avec un seul donneur, l'homme, cette PMA existe sous deux espèces qui sont l'insémination artificielle avec donneur et les fécondations *in vitro* avec donneur et transfère d'embryon. On pourrait y ajouter une troisième espèce avec la mère de substitution, autre variété de mère porteuse. La même PMA existe sous une autre variante avec deux donneurs, c'est le don d'embryon, c'est le don d'embryon qui fait suite à une fécondation *in vitro*. L'embryon sera transféré chez la femme qui veut un enfant.

La loi Française ne permet pas des fécondations *in vitro* en vue de constituer des stocks d'embryon qui seront ensuite offert à des femmes. La loi permet simplement la conservation des embryons en surnuméraires (embryon en trop parce qu'une femme ne veut pas tous les utilisés). Tous n'est pas permis en droit français, les PMA sont encadrés par des principes et des règles que l'on peut répartir en 4 catégories.

A. LES PERSONNES QUI RECOURENT A LA PMA

Elles doivent remplir plusieurs conditions. Premièrement, il doit s'agir d'un couple composé d'un homme et d'une femme qui sont ou bien marié et non

engagé dans une procédure de divorce, ou bien concubin depuis au moins 2 ans. Donc pas de PMA sur demande unilatérale. Pas de PMA sur demande d'un couple de rencontre. Pas de PMA sur demande d'un couple séparé. Pas de PMA sur demande d'un couple séparé. Deuxièmement, il doit s'agir d'un couple vivant au moment de l'opération médicale. Donc pas d'insémination *post mortem*, ni d'implantation d'embryon *post mortem*. Troisièmement, il doit s'agir d'un couple en âge de procréer, donc pas de PMA pour une femme ménopausée. Ces trois premières conditions sont posés à l'article 2141-2 du code de la santé publique. Enfin, il faut que le couple est consenti à la PMA devant un notaire ou un juge qui devra les avertir de la filiation de l'enfant espéré.

B. LES CAUSES DE LA PMA

Seul 2 causes sont admises :

- Stérilité
- La prévention de la transmission d'une maladie grave.

Il faut donc retenir que la PMA est exclu pour raison de convenance.

C. LES MÉTHODES

Quant au méthode de la PMA, la loi interdit les conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui (16-7). C'est la condamnation des mères porteuses sous leur deux visages, mère gestative ou de substitution, le loi à donc consacré la jurisprudence de la Cour de cassation. Reste donc possible l'insémination artificielle avec ou sans donneur et la fécondation *in vitro* endogène ou exogène, suivie de l'implantation d'embryon.

D. QUANT AU TIERS DONNEUR DES GAMETES

- La gratuité est obligatoire, on ne vend pas ses gamètes (16-5).
- Le secret est imposé au tiers, c'est le principe de l'anonymat du donneur (1211-5 et 16-8), sauf en cas de nécessité thérapeutique pour l'enfant,

l'identité du donneur peut être révélée par son médecin au médecin de l'enfant.

- Le tiers doit avoir procréé, il faut être père (1244-2 du code de la santé publique)
- Le tiers doit donner son consentement par écrit, le consentement de son conjoint est également requis si il vit en couple.

II. LA FILIATION DE L'ENFANT ISSU D'UNE PMA

Article 311-19 et 311-20

La première règle est une protection du donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'enfant et le tiers donneur, mais attention ce tiers doit disposer de la preuve qu'il a bien été un donneur et non pas « un ami », d'où l'exigence que son consentement soit établi par écrits.

Deuxième règle, il s'agit de protéger l'enfant, la filiation de l'enfant à l'égard du couple qui a eu recours à la PMA ne peut pas être contesté sauf deux cas. Le premier cas est celui dans lequel le consentement qui avait été donné était caduque au moment de la PMA. Le second est le cas où il est contesté le fait que l'enfant soit véritablement issue de la PMA, mais plutôt « d'un ami ». Enfin, la troisième règle vise à protéger l'enfant et la mère. Si l'homme refuse de reconnaître l'enfant et que la reconnaissance est nécessaire à l'établissement de la filiation, d'une part il engage sa responsabilité à l'égard de la mère et de l'enfant, il peut devoir des dommages et intérêts, d'autre part sa paternité peut même être judiciairement déclaré sur le fondement de l'article 328 (action en recherche de paternité).

La situation des enfants qui naissent de PMA interdites, tout spécialement de mère porteuse de proposition. Leur filiation à l'égard de la mère de commande ne peut pas être établi, ni par adoption plénière ou simple car la Cour de cassation y voit un détournement de l'adoption. La filiation peut par contre

être établi à l'égard de la mère porteuse car c'est elle qui a accouché de l'enfant, peu importe qu'elle n'est pas mère génétique de l'enfant. Mais le problème c'est que la mère porteuse abandonne quasiment toujours l'enfant, l'enfant sera donc sans filiation établie.

SECTION 4 : LES CONFLITS DE FILIATION

Il y a conflit de filiation lorsqu'un même enfant se trouve par l'effet de la loi doté de deux filiations contradictoires, il a légalement deux pères ou deux mères. Le droit antérieur à 2005 organisait une prévention partielle des conflits de filiation. C'est ainsi qu'une reconnaissance interdisait l'établissement d'une filiation naturelle contraire, la seconde reconnaissance était nulle et toute action en recherche de paternité ou de maternité était irrecevable. En revanche, toujours le droit antérieur, l'enfant doté d'une filiation légitime établie par un titre nu, donc sans possession d'état pouvait être reconnu par son soit-disant père naturel. Il y avait alors un conflit de filiation, cette enfant avait deux pères. Ce conflit résultait de l'article 334-9 interprété à contrario. Du même coup ce même droit prévoyait une solution pour les conflits puisqu'ils ne les prévenaient pas tous, au terme de l'article 312 le juge devait trancher dans le sens favorable à la filiation la plus vraisemblable. En cas de doute invincible sur la filiation biologique le juge avait égard à la possession d'état. L'ordonnance de 2005 a pris un parti différent en ce qu'elle organise une prévention générale des conflits de filiation, elle ne prévoit donc plus de règle en cas de conflit. La prévention des conflits résulte de l'article 320 qui pose un principe chronologique, à savoir qu'une filiation légalement établie fait obstacle tant qu'elle n'a pas été contestée à l'établissement d'une filiation contraire. Si on y regarde de plus près ce principe prévient sans difficulté les conflits qui pourraient naître de deux titres contradictoires. Par exemple, l'acte de naissance qui établit la filiation maternelle rend nulle toute reconnaissance maternelle et rend irrecevable toute action en recherche de maternité même si le titre est nu. C'est donc un renversement de la position d'antan. Deuxième exemple, la présomption de paternité qui établit la paternité du mari de la mère et constitue un titre rend nulle toute reconnaissance paternelle et rend irrecevable toute recherche de paternité,

même si le titre est nu. Troisième exemple, une reconnaissance paternelle ou maternelle rend nulle toute autre reconnaissance et irrecevable toute recherche de paternité ou de maternité. Dernière exemple, un jugement constant une paternité ou une maternité rend nulle toute reconnaissance paternel ou maternel. Dans tous ces cas là il faut préalablement exercer et avec succès une action en contestation de filiation ou alors dans le dernier cas former tiers opposition au jugement.

En revanche, ce même principe préviendra avec plus de difficulté les conflits entre un titre et une possession d'état. Par exemple, un enfant né d'une femme marié dont l'acte de naissance indique le nom du mari en qualité de père est élevé par la mère qui séparé de son mari vit avec un autre homme qui élève un enfant comme le sien. Deuxième exemple, un enfant est reconnu par un homme et élevé par un autre. Dans de tels cas l'application de l'article 320 implique de fixer la date a laquelle la possession d'état a été constitué, date qui il semble au prof n'est pas celle de date de notoriété ou du jugement qui la constate. Cette date peut être difficile a établir.

Enfin, il ne semble pas que l'on puisse concevoir un conflit entre deux possessions d'état car il semble que l'existence même de ce conflit enlèverait à chacune d'elle les critère requis pour qu'elle soit établi (non équivoque).

CHAPITRE 2 : LA FILIATION ADOPTIVE

I. DÉFINITION

La filiation adoptive est une filiation juridique qui est détache de toute données biologiques. Elle est une filiation fictive qui procède d'un acte de volonté, d'un pure acte de volonté. En d'autre termes, avec la filiation adoptive le droit permet a des volontés privés, individuelles, de créer un rapport juridique plus ou moins analogue a celui qui résulte de filiation charnelle. Mais cette analogie peut être plus ou moins forte, c'est ainsi qu'il existe en droit une adoption plénière et une adoption simple, or l'adopté plénièrement est complètement

assimilé à un enfant par le sang alors que l'adopté simple ne l'est que partiellement.

II. HISTOIRE DE LA FILIATION ADOPTIVE

Le droit romain la connaissait et la favorisait. L'ancien droit lui vit l'adoption tomber en décadence, elle était difficile et n'avait que des effets limités. Le droit révolutionnaire voulait la réhabiliter par amour de l'antiquité. Le code civil de 1804 admit l'adoption sous l'influence personnelle de Bonaparte. Mais les conditions de l'adoption étaient très strictes, on ne pouvait adopter qu'un majeur et de surcroît elle ne produisait que des effets très limités, notamment l'enfant adopté restait lié à sa famille par le sang, il n'entrait pas pleinement dans la famille de l'adoptant. Postérieurement au code civil, l'évolution se fait en 3 grandes étapes. Loi du 3 juin 1923 libéralise les conditions de l'adoption en permettant l'adoption d'un mineur, mais les effets restent très limités, ni rupture avec la famille d'origine, ni véritable intégration avec la famille d'origine. La deuxième étape vient avec un décret loi du 29 juillet 1939, il crée une nouvelle forme d'adoption, l'adoption traditionnelle demeure avec ses conditions libéralisées en 1923 et ses effets limités, mais à côté le décret loi crée la légitimation adoptive qui crée des effets très énergiques, positivement intégration à la famille adoptive, négativement rupture avec la famille d'origine, mais cette nouvelle forme était soumise à des conditions très strictes notamment elle ne pouvait émaner que d'un couple marié, qu'au profit d'un enfant en bas âge et dépourvu de toute famille. À la suite de cette réforme, le nombre d'adoption s'accroît énormément, mais on continue de reprocher au droit positif le caractère trop strict des conditions de la légitimation adoptive et le fait qu'il était trop facile aux parents par le sang de reprendre l'adopté ou l'enfant en cours d'adoption. Ces deux reproches conduisirent à la réforme du 11 juillet 1966 qui reforme encore le droit positif de l'adoption. Cette réforme est caractérisée par 3 traits. Premièrement, elle change les mots, la légitimation adoptive devient l'adoption plénière et l'adoption traditionnelle devient l'adoption simple. Deuxièmement, l'adoption plénière reçoit un élargissement considérable notamment dans le fait qu'elle est désormais permise non seulement à un couple mais à une personne seule. Troisièmement, le législateur s'est efforcé de faire disparaître les conflits famille adoptive / famille d'origine, à cette fin il a précisé très clairement quelles sont les enfants

adoptables et il a défini les enfants adoptables comme des enfants dont les parents avaient manifesté une volonté d'abandon très ferme. Cette définition a permis de rendre l'adoption inattaquable une fois prononcée.

SECTION 1 : L'ADOPTION PLENIERE

La loi de 1966 a fait de cette adoption le modèle de l'adoption. Cette loi a depuis été retouchée à de multiples reprises. Mais pour l'essentiel les grandes lignes de cette loi demeurent. Simplement, c'est le contexte sociologique qui a évolué. D'un côté le nombre de candidats à l'adoption augmente cependant le nombre d'enfants adoptables diminue en France. D'un autre côté l'adoption internationale explose.

I. LES CONDITIONS DE FOND

Une première condition d'importance majeure, l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant (353), seul compte cet intérêt à l'exclusion de celui de ses parents par le sang et des candidats à l'adoption. L'appréciation de cet intérêt est une question d'opportunité qui implique l'examen de la personnalité de l'enfant, des parents par le sang et des candidats à l'adoption. À côté de cette condition il en existe plusieurs autres.

A. CONDITION RELATIVE A LA PERSONNE DE L'ADOPTANT

L'adoption plénière depuis 1966 peut être l'œuvre d'une seule personne ou d'un couple, dans le premier cas on parle d'adoption individuelle, elle peut émaner d'un célibataire ou d'une personne mariée dont le conjoint ne veut pas participer à l'adoption. Dans le deuxième cas, l'adoption est nécessairement conjugale, elle ne peut être l'œuvre que d'un couple marié. Il n'y a donc pas d'adoption possible de la part d'un couple de concubins même pacsés et cela que le couple soit homosexuel ou hétérosexuel. EN cas d'adoption individuelle, l'adoptant doit remplir deux conditions. Premièrement il doit avoir au moins 28 ans au jour de la demande, mais attention cette condition n'est pas requise en cas d'adoption de l'enfant du conjoint (343-1). Deuxièmement, si il est marié il doit obtenir l'autorisation de son conjoint sauf séparation de corps. En cas d'adoption conjugale, il existe une condition alternative, il faut soit que le mariage ait duré deux ans, soit que les deux époux aient atteint 28 ans. S'y

ajoute une condition d'appoint, pas de séparation de corps. La loi de 1966 avait posé comme condition supplémentaire l'absence d'enfant légitime, l'adoption était réservée à ceux qui ne pouvaient pas avoir d'enfant, la loi de 1976 a supprimé cette condition. Enfin, si l'enfant est une pupille de l'état ou un étranger, il doit demander à l'autorité administrative un agrément qui lui est refusé ou accepté, afin de tester son aptitude à adopter. Mais attention, cet agrément est un acte administratif, donc sujet à recours devant le juge administratif, en outre le juge civil peut passer outre le refus d'agrément si il l'estime injustifié, il y a dispense d'agrément pour les enfants du conjoint si ce dernier est étranger.

B. LES CONDITIONS RELATIVES A LA PERSONNE DE L'ADOPTE

Ces conditions sont de 3 ordres.

L'absence d'adoption antérieure – 346 = nul ne peut être adopté deux fois, cette règle interdit donc la succession de deux adoptions, même si il s'agit de deux adoptions individuelles l'une par un homme et l'autre par une femme. Cette règle souffre de 3 exceptions, 2 adoptions successives sont possibles si elle émane de deux personnes qui sont mari et femme. Deuxième exception si l'adoptant ou les adoptants sont décédés une nouvelle adoption est possible. Enfin, au cas d'adoption conjugal si l'un des deux adoptants est décédé une nouvelle adoption est possible par le nouveau conjoint de l'adoptant survivant (346).

L'âge de l'adopté – l'enfant ne doit pas avoir plus de 15 ans (345). La loi considère qu'au delà l'adoption plénière ne peut pas réussir. La loi de 1966 a ici élevé l'âge maximum de l'enfant qui auparavant était de 7 ans. Par exception l'enfant peut être adopté jusqu'à sa majorité et même jusqu'aux 2 années qui suivent, deux hypothèses qui supposent que les adoptants se soient occupés de l'enfant avec ses 15 ans. 1. L'enfant avait été accueilli au foyer des adoptants avant 15 ans mais à une époque où ceux-ci ne remplissaient pas encore les conditions pour l'adoption. 2. L'enfant avait fait avant ses 15 ans l'objet d'une adoption simple. Enfin, si l'enfant a plus de 13 ans, son consentement est nécessaire et il doit être donné par acte authentique, même en deçà de cet âge, l'enfant peut être entendu et il doit l'être si il en fait la demande.

La situation familiale de l'adopté – l'idée directrice est que l'adoption plénière est réservée aux enfants qui n'ont pas de foyer, il s'agit d'enfant abandonné. Or, l'article 347 distingue 3 catégories d'enfant selon les modalités de constatations de l'abandon :

- L'abandon constaté par le consentement de la famille d'origine à l'adoption. C'est l'hypothèse visée par les articles 348 et suivants. Il s'agit de l'hypothèse assez rare où la famille d'origine abandonne l'enfant en vue de son adoption. Cet abandon visé par la loi est un abandon volontaire, express et qui se manifeste par un consentement à l'adoption. Le père et la mère doivent consentir, leur désaccord vaut refus, à défaut des père et mère et c'est le conseil de famille qui consent. En cas de refus, le juge peut passer outre si le refus est abusif et que le désintéressement des parents pour l'enfant compromet sa santé ou sa moralité. Ce consentement doit être donné en la forme authentique, soit devant notaire, soit devant le greffier du TI. Mais attention, le consentement peut être recueilli autrement, par le service d'aide sociale à l'enfance si l'enfant lui avait été remis. Le consentement en général est donné en blanc, du moins lorsqu'il est donné devant l'aide sociale à l'enfance. La famille par le sang a un droit discrétionnaire de repentir pendant 2 mois. Passé ce délai, la restitution de l'enfant reste encore possible tant que l'enfant n'a pas été placé au sein d'une adoption. Mais, si sans avoir été placé l'enfant a été accueilli par une famille et qu'elle s'oppose à la restitution, le juge arbitre. Le droit de repentir n'est plus discrétionnaire. Enfin, si l'enfant a moins de 2 ans, le consentement à l'adoption ne suppose pas seulement la déclaration solennelle il suppose également la remise effective de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé. À défaut de remise le consentement donné est nul. Il s'agit ici de lutter contre un consentement donné à la légère avant la séparation et il s'agit également de lutter contre le trafic de nouveau-nés (d'où la remise à l'aide sociale). Cette condition de remise effective de l'enfant n'est pas requise si l'adoption est intrafamiliale.
- L'abandon constaté par l'autorité administrative. Il s'agit ici des pupilles de l'état. Plus techniquement il s'agit des enfants placés sous

la tutelle du service de l'aide sociale à l'enfant. C'est eux qui constitue le vivier de l'adoption. Mais attention, tous les enfants pris en charge par les services de l'aide sociale à l'enfant ne sont pas des pupilles de l'enfant, c'est le président du conseil générale du département qui admet certains de ces enfants comme pupille de l'état. Cette admission vaut constatation de l'abandon rendant l'enfant adoptable. Concrètement, il s'agit soit d'enfant trouvé, des orphelins et des enfants dont les parents ont été déchu de l'autorité parentale.

- L'abandon constaté par l'autorité judiciaire. Il s'agit ici d'enfant qui ont été recueilli par un particulier ou une œuvre privé, ou le service d'aide sociale à l'enfant et dont les parents par hypothèses connus se sont manifestement désintéressé depuis plus de 1 ans. Dans un tel cas le juge peut rendre un jugement déclarant l'abandon de l'enfant qui rend l'enfant adoptable.

C. LES RAPPORTS EN L'ADOPTANT ET L'ADOPTÉ

La différence d'âge – 15 ans au moins (344), il faut que l'adoption est une apparence de crédibilité. Mais attention, la différence d'âge est ramené a 10 ans en cas d'adoption de l'enfant du conjoint. Dans les deux cas le tribunal peut admettre une dispense pour juste motif (adoption d'un frère par sa sœur qui n'avait que 13 ans de plus).

L'accueil de l'enfant – l'adoption plénière n'est possible que 6 mois au moins après l'accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant. C'est un test. Mais attention, durant cette période d'essai qui s'ouvre par le placement en vu de l'adoption plénière, l'enfant ne peut pas être réclamé par ses parents par le sang.

Ce sont les deux seules conditions, par conséquent l'existence d'un lien de parenté ou l'existence d'un lien d'alliance ne constitue jamais un obstacle à l'adoption. On peut donc par exemple adopté son enfant par le sang. Jadis il était relativement fréquent d'adopté son enfant naturel plutôt que de le reconnaître, c'était une manière de la placer sur un pied d'égalité avec les

enfants légitimes. Deuxième exemple, on peut adopter l'enfant de son conjoint l'article 345-1 l'autorise dans 3 cas : 1. Absence de filiation légalement établi a l'égard de son autre parent. 2. L'autre parent a subi a retrait total de l'autorité parentale. 3. L'autre parent est mort sans laissé de parents (grand parent par exemple). Dans ces 3 cas, cet autre parent est comme un fantôme que l'on peut oublier en lui substituant un autre parent.

II. LA PROCÉDURE DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Toute adoption suppose une phase préliminaire, il faut trouver un enfant a adopté et puis il faut que l'enfant soit adoptable par eux. Cela étant, la procédure elle même se décompose en 2 phases.

A. LE PLACEMENT EN VU DE L'ADOPTION PLENIERE

C'est l'une des grandes innovations de la loi de 1966 afin d'éviter que les parents par le sang ne puisse obtenir la restitution de l'enfant notamment en le reconnaissant alors que cet enfant a déjà été recueilli en fait par les adoptants éventuelles mais que le jugement n'est pas encore rendu.

Conditions du placement - le placement ne consiste pas dans la simple remise matérielle de l'enfant aux adoptants, c'est une situation juridique qui suppose la remise matérielle de l'enfant aux adoptants et l'adoptabilité de l'enfant. Par conséquent le placement au foyer ne vaut que si l'enfant relève de l'une des trois catégories d'enfant adoptable. Par exemple si ce sont les parents qui ont consenti à l'adoption, l'enfant ne peut être placé qu'a l'expiration du délai de 2 mois durant lesquels les parents peuvent se rétracter. Une précision, le placement est possible dès que l'enfant est adoptable. Mais il y a deux exceptions. Si la filiation de l'enfant n'est pas établi, le placement n'est possible que deux mois après l'accueil de l'enfant. Si après l'expiration du délai de 2 mois, les parents par le sang se rétracte aucun placement n'est possible tant que le tribunal n'a pas statué.

Effets du placement – la finalité du placement est de mettre les adoptants à l'abri des réclamations des parents par le sang, c'est pourquoi le placement produit un double effet prévu par l'article 342 alinéa 1. Si l'enfant a une filiation légalement établi, aucune restitution n'est désormais possible. Dans le cas contraire, toutes établissements de filiation par le sang est interdite, toute

reconnaissance est nulle, toute recherche de paternité ou de maternité est irrecevable.

Deux précisions. Cette situation n'est que provisoire. Si la procédure n'aboutit pas, que le tribunal refuse l'adoption, les effets du placement seront rétroactivement anéantis. Le placement ne produit pas ses effets et n'empêche donc pas la restitution de l'enfant si il est irrégulier notamment si l'enfant n'était pas véritablement adoptable parce qu'il n'y avait pas eu de véritable consentement à l'adoption. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 2006, dans le cas d'un enfant où la mère avait accouché sous X, qui avait fait l'objet de la part de son père d'une reconnaissance prénatale et à l'adoption duquel le conseil de famille avait consenti. La Cour de cassation décide qu'une reconnaissance prénatale est efficace du jour de l'identification de l'enfant, de sorte que dès cette identification, c'était au père dont la paternité était établie de consentir à l'adoption et non au conseil de famille, d'où la restitution de l'enfant.

B. LE JUGEMENT D'ADOPTION

Le TGI est saisi par une requête de l'adoptant, les débats ont lieu à huit clos en chambre du conseil. Le tribunal doit constater à la fois la légalité et l'opportunité de l'adoption. Le contrôle de l'opportunité consiste à apprécier si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Seul cet intérêt doit être pris en compte, sauf si l'adoptant a déjà des enfants, le tribunal doit vérifier que l'adoption ne va pas compromettre la vie familiale. Le jugement une fois rendu ne peut plus être attaqué par la voie de la tierce opposition que pour dol ou fraude des adoptants.

III. LES EFFETS DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Un effet négatif, la rupture entre l'adopté et sa famille d'origine. Un effet positif, l'intégration de l'adopté à la famille adoptante.

A. LA RUPTURE ENTRE L'ADOPTÉ ET SA FAMILLE D'ORIGINE

L'effet de rupture – cette effet est indiqué par l'article 356 qui dispose que l'adopté cesse d'appartenir a sa famille par le sang. Il s'en suit que si la filiation par le sang n'est pas établi au moment de l'adoption, elle ne peut plus l'être, et si elle était elle disparaît, elle ne produit plus aucun effet. Une limite, les empêchements a mariage fondé sur la parenté demeure pour autant qu'il y ait une filiation légalement établie. Dans le cas d'une adoption individuelle de l'enfant du conjoint, la filiation de l'enfant demeure à l'égard du conjoint de l'adoptant.

L'effet d'intégration – l'article 365 dispose que la filiation adoptive se substitue à la filiation légitime, il est intégré a la famille adoptante, l'adopté acquière la situation d'enfant à l'égard de toute la famille de l'adoptant. Il est imposé aux ascendants de l'adoptant, il devient à leur égard créancier d'aliment, il devient leur héritier etc...

Ce double effet est définitif, l'adoption plénière est irrévocable. Ce double effet n'est pas rétroactif, il ne remonte pas au jour de la naissance de l'enfant mais au jour de la requête. Le jugement de l'adoption est transcrit sur les registres de l'état civil qui tiendra lieu d'acte de naissance, l'acte de naissance original est supprimé. La transcription énonce le nouveau nom et prénoms de l'enfant telle que mentionné dans le jugement, ainsi que la date et le lieu de naissance si ils sont connus. Mais il n'y a aucun référence ni à la filiation par le sang, ni même à l'adoption. C'est dire que le secret de l'adoption est assuré, l'enfant ne saura jamais qu'il a été adopté (sauf si on ne connaît pas son lieu et sa date de naissance). Ce secret de l'adoption peut céder sur l'aveux des parents ou sur les recherches de l'enfant. Une fois que l'enfant a découvert son adoption, il peut chercher a percer un autre secret, celui de l'identité de ces parents par le sang, cette recherche des origines est organisée par une loi de 2002.

SECTION 2 : L'ADOPTION SIMPLE

I. LES CONDITIONS DE L'ADOPTION SIMPLE

Elles sont beaucoup plus simple. S'agissant des conditions relative à la personne de l'adoptant, ce sont exactement les mêmes qu'au cas d'adoption

plénière. Il n'y a donc pas d'adoption simple pour un couple non marié. S'agissant de la personne de l'adopté, il y a de grosse différence avec l'adoption plénière. Il n'y a ni condition d'âge, ni condition relative à la situation familiale antérieure, en d'autres termes la catégorie des enfants adoptables n'existent pas, toute personne peut être adopté, il se pose simplement la question des consentements. Pour les enfants de plus de 13 ans, son consentement personnel est requis, sinon seul le consentement de la famille est nécessaire mais l'enfant doit être entendu si il est doué de discernement. En second lieu, la condition d'absence d'adoption ordinaire connaît un tempérament ici, l'adoption simple d'un enfant ayant déjà ait l'objet d'une adoption plénière est possible pour motif grave. S'agissant des conditions relatives à la différence d'âge se sont les mêmes que pour l'adoption plénière. Mais ici il n'y a pas de condition d'accueil de l'enfant, aucun test n'est exigé.

II. LA PROCÉDURE DE L'ADOPTION SIMPLE

Il ne reste ici que la phase judiciaire de la procédure, la phase du placement n'existe pas. Cela dit le rôle du tribunal est exactement le même, contrôle de la légalité et de l'opportunité.

III. LES EFFETS DE L'ADOPTION SIMPLE

L'idée général est que l'adoption simple emporte non pas substitution mais addition de la famille adoptive à la famille par le sang. Il y a effet d'intégration mais sans effet de rupture. Mais l'effet d'intégration est moins énergique que dans l'adoption plénière. L'absence d'effet de rupture en lui même tempère l'effet de l'intégration. On ne peut pas appartenir autant à une famille lorsqu'on appartient à deux.

A. LES EFFETS D'INTÉGRATION

A l'égard de l'adoptant – au plan des rapports pécuniaires il y a une obligation alimentaire et il hérite comme celui adopté plénièrement. Au plan personnel, si l'adopté est mineur l'autorité parental est exercé par l'adoptant. Il y a deux limites à l'analogie adoption simple / plénière. L'adopté ne fait qu'ajouter le nom de l'adoptant à son nom d'origine, il y a donc adoption et non substitution des deux noms sauf décision du juge à la demande de l'adoptant. Le tribunal

ne peut pas décider qu'il n'y aura pas d'addition du nom. La deuxième limite est que l'état civil de l'enfant n'est pas truqué, l'adoption est mentionnée en marge de l'acte de naissance mais l'acte en lui-même subsiste.

A l'égard de la famille de l'adoptant – la loi de 1966 a rompu avec la tradition du code Napoléon suivant laquelle l'adoption simple ne créait pas de lien entre l'adopté et la famille de l'adoptant. Aujourd'hui, ces liens existent mais ils sont moins forts que dans l'adoption plénière. Signes de l'existence de ces liens : 1. Il y a des empêchements à mariage entre l'enfant et certains membres de la famille de l'adoptant. 2. L'enfant a des droits successoraux dans la famille de l'adoptant. 3. Il passe.

Mais cette intégration est moins forte : 1. Les empêchements à mariage sont moins étendus qu'en cas d'adoption plénière et une dispense est toujours possible. 2. L'adopté n'est pas héritier réservataire (on peut lui priver de droit) dans la succession des ascendants de l'adoptant. 3. Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre l'enfant et la famille de l'adoptant.

B. L'ABSENCE D'EFFET DE RUPTURE

L'adopté reste dans sa famille d'origine et conserve tous ses droits. Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple ne fait pas obstacle à l'établissement futur d'une filiation par le sang. De l'absence de rupture il résulte que l'adopté conserve son nom d'origine. Il résulte aussi que l'obligation alimentaire demeure entre lui et ses parents par le sang, de même que la vocation successorale, de sorte que si il meurt sans laisser d'enfant, sa succession se divisera entre les deux familles. Néanmoins, les liens avec la famille d'origine se relâchent. D'une part l'autorité parentale est perdue par les parents par le sang, d'autre part, l'obligation alimentaire des parents par le sang devient subsidiaire par rapport à celle des parents adoptifs.

IV. LA RÉVOCATION DE L'ADOPTION SIMPLE

Elle a été instituée par la loi de 1923.

A. CONDITIONS

Une décision de justice a la demande soit de l'adoptant, soit de l'adopté mais attention, la demande de l'adoptant n'est recevable que si l'enfant a plus de 15 ans. En outre, si l'adopté est mineur la demande ne peut pas être formé par lui, mais par ses parents par le sang ou d'autres membres de la famille d'origine, ou le ministère public.

Le demandeur doit justifier de motif grave. L'adopté invoque le plus souvent l'attitude injurieuse de l'adoptant ou sa négligence dans l'exercice de l'autorité parentale. L'adoptant invoque le plus souvent l'ingratitude de l'adopté. Il n'y a pas de révocation par consentement mutuel.

B. EFFET DE LA RÉVOCATION

Ils sont précisé par l'article 370-2 : tous les effets de l'adoption cesse pour l'avenir, l'adopté n'appartient plus désormais qu'à sa famille d'origine. Mais attention, la révocation n'est pas rétroactive, les effets passés de l'adoption demeure.

Trois remarques : 1. L'adoption simple peut être transformer en adoption plénière, pour autant que l'enfant avait moins de 15 ans au moment de son adoption simple et que les conditions de l'adoption plénière sont réunies sauf celle relative à l'âge de l'adopté. 2. L'adoption plénière et l'adoption simple correspondent en générale a des situations sociologie complètement différente. L'adoption plénière est une situation dans laquelle un couple cherche a se donner un enfant a élever. L'adoption simple vise le plus souvent a se donner un héritier a des conditions fiscales avantageuses (l'adoption simple ne place pas l'enfant dans la situation fiscale d'un enfant par le sang). 3. L'adoption plénière surtout lorsqu'elle est international est parfois extrêmement difficile, qu'il s'agisse de l'obtenir (le jugement) ou le jugement une fois obtenu de la retenir. Cela a conduit a législateur avec la loi du 4 juillet 2005 qui figure aux articles 225-1 du code de l'aide social et de la famille. Pendant la période d'agrément les conseils généraux proposent des réunions

d'informations aux candidats à l'adoption. Le mineur placé ou adopté bénéficie d'un accompagnement par le service d'aide social à l'enfance dès son arrivée au foyer jusqu'au jugement d'adoption ou jusqu'à la transcription du jugement étranger. Une prorogation est possible à la demande de l'adoptant. Enfin, il a été créé une agence internationale de l'adoption qui a pour mission d'informer, de conseiller et de servir d'intermédiaire dans les adoptions internationales de mineurs de 15 ans.

TITRE 2 : LES EFFETS DE LA FILIATION

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DE LA PATERNITÉ OU DE LA MATERNITÉ

L'article 371 dispose : l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. C'est un principe moral sans vrai effet juridique. Les effets de la paternité et de la maternité se limitent au nom, à l'autorité parentale et à l'obligation d'entretien des enfants. De cette obligation d'entretien on peut rapprocher l'action à fin de subside.

SECTION 1 : L'AUTORITÉ PARENTALE

Elle désigne aujourd'hui un ensemble de droits, ou l'ensemble de droits, que la loi reconnaît au père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur pour leur permettre de remplir les devoirs qui leur incombent à l'égard de ceci (371-1). Parce qu'elle est un ensemble de droits et de devoirs liés elle apparaît comme une fonction à remplir plus que comme une prérogative à exercer. D'où d'ailleurs l'invitation générale faite aux parents d'associer l'enfant

aux décisions qui le concerne, la loi précisant selon son âge et sa maturité (371-1). Ainsi définit l'autorité parentale pose 3 questions.

I. L'ATTRIBUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Le principe essentiel est qu'elle appartient au seul père et mère et seulement sur l'enfant mineur. Il s'en suit qu'au cas de décès des pères et mères il n'y a plus d'autorité parentale et il convient d'organiser la tutelle de l'enfant. Jamais les pères et mères n'exerce leur autorité parentale sur leur enfant majeur ou émancipé. Cela a qui est donné l'autorité parentale ?

A. L'ENFANT PAR LE SANG

Principe – l'autorité parentale est exercé en commun par les pères et mères (213 et 372). Peu importe qu'ils soient marié ou l'ait été. Peu importe qu'il soit concubin, pacsé ou pas et peu importe qu'il ait été amant d'un jour. On n'a pas égard à l'existence de lien juridique entre les pères et mères. Cet exercice conjoint peut poser 3 difficultés. Premièrement, c'est la constatation de l'accord des parents. Le risque que créer l'exercice conjoint est que les tiers exige toujours de l'un des parents qu'il justifie l'accord de l'autre. Or un tel exigence paralyserait l'exercice de l'autorité parentale c'est pourquoi l'article 372-2 édicte une présomption d'accord pour les actes usuels. Autrement dit pour de tel acte chaque parent agissant seul est présumé agir avec l'accord de l'autre. Toutefois 2 conditions doivent être réuni : 1. La bonne foi du tiers, l'acte pourrait être annulé et la responsabilité du tiers engagé si celui-ci savait que la parent avec lequel il a traité agissait contre l'avis de l'autre. 2. Il faut qu'il s'agisse d'un acte usuel, c'est une question que le juge du fond apprécie souverainement selon les circonstances (il a été jugé que constitue un acte usuel l'inscription d'un enfant dans une collonie de l'enfant, la soumission de l'enfant à une consultation médicale, l'inscription sur le passeport de l'enfant, ne constitue pas un acte usuel l'autorisation de passage de l'enfant dans une émission de télévision consacré aux enfants de parents divorcés). Deuxièmement, l'exercice conjoint pose le problème du désaccord des parents, dans ce cas la communauté d'autorité est paralysé. L'article 372-2-10 dispose que dans ce cas le juge doit concilier les pères et mères et à cette effet il peut leur proposer une médiation et même leur imposer de rencontrer un médiateur. Si le juge ne parvient pas à concilier les pères et mères il tranche,

mais dit la loi en *ayant égard d'une part à la pratique antérieurement suivie et d'autre part au sentiment de l'enfant*. Enfin, dernière difficulté que peut poser cette exercice conjoint, c'est la sanction du dépassement de pouvoir, elle est double ou triple. C'est la nullité de l'acte, ainsi que la responsabilité civile à l'égard de l'autre parent et ce pourrait être la responsabilité civile à l'égard de l'enfant si la décision lui a causé un préjudice et était fautive.

Exceptions - Il y a trois exceptions à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Si la filiation est établie successivement à l'égard des deux parents et que la seconde est séparé de plus d'un an de la première ou qu'elle a été judiciairement constaté, l'exercice de l'autorité parentale appartient au premier parent et à lui seul. Elle peut redevenir conjointe soit après un accord des parents, soit par une décision du juge. Deuxième exception, d'une manière générale le juge peut décider de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents si l'intérêt de l'enfant le commande. Cette décision interviendra très généralement lorsque les parents sont séparés. Mais dans un tel cas l'autre à un droit de visite et d'hébergement, sauf motif grave. De surcroît, outre ce droit il a le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant, pour cela il doit être informé des choix importants relatif à la vie de l'enfant. Enfin, dernière exception, l'autorité parentale non seulement n'est exercé que par un seul des pères et mères mais n'appartient qu'à l'un d'eux lorsque l'un des deux est décédé.

B. L'ENFANT ADOPTIF

La règle est simple, l'autorité parentale est exercé par l'adoptant. La solution est absolument évidente au cas d'adoption plénière puisque dans ce cas l'enfant n'a pas d'autre parent que l'adoptant. Mais la solution est la même au cas d'adoption simple (365 al.1). Cela dit il existe des règles particulières pour le cas d'adoption de l'enfant du conjoint. Si l'adoption est plénière l'autorité parentale est exercé en commun par l'adoptant et son conjoint (356 al.2). Au cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint l'autorité parentale appartient à l'adoptant et à son conjoint mais elle n'est exercé que par le conjoint de l'adoptant sauf déclaration conjointe de l'adoptant et de son conjoint devant le greffier du TGI (365al.1)

II. LES EFFETS DE L'AUTORITÉ

A. QUANT A LA PERSONNE DE L'ENFANT

L'article 371-1 définit l'autorité parentale comme un ensemble de droit et de devoir ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (al.1). S'agissant de cette finalité, l'alinéa 2 précise que l'autorité a pour but : 1. La protection de l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité 2. Son éducation 3. Son développement, le tout dans le respect dû à sa personne. S'agissant des moyens, des droits et des devoirs, on distingue traditionnellement la garde, la surveillance et l'éducation.

La garde – elle est un droit, l'enfant ne peut pas quitter la maison familiale sans l'accord de ses pères et mères (371-3). Il y a donc une sorte de communauté de vie obligatoire, ce droit de garder l'enfant est sanctionné civilement et pénalement. La sanction peut d'abord atteindre l'enfant déserteur. Les parents peuvent recourir à la force publique pour faire réintégrer l'enfant. La sanction peut aussi atteindre les tiers qui porteraient atteinte à ce droit de garde. Il y a délit pénal à enlever un enfant. Et il y a aussi délit pénal à ne pas représenter un enfant (ne pas remettre l'enfant à la personne qui en a la garde). Mais la garde est aussi un devoir pour les parents, un devoir à l'égard de l'enfant et à l'égard des tiers. A l'égard de l'enfant ce devoir est sanctionné pénalement, sauf l'abandon au service d'aide social à l'enfance. A l'égard des tiers ce devoir est sanctionné par la responsabilité civile des parents. 2 précisions. La première précision concerne le cas où les parents vivent séparés, où l'enfant doit résider ? Le principe est que les parents décident ensemble, et ils peuvent en décider par une convention soumise à l'homologation du juge familiale qui vérifie alors la qualité de leur consentement ainsi que la préservation de l'intérêt de l'enfant (373-2-7). Les pères et mères doivent même décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant si ils divorcent par consentement mutuel. Mais en dehors de tout divorce, des parents qui vivent séparés peuvent également soumettre une telle convention à l'homologation du juge. Une telle convention est toujours révisable. Si les pères et mères ne s'accordent pas c'est le juge qui tranche, il fixe la résidence de l'enfant soit en alternance au domicile de chacun des parents, soit au domicile de l'un des deux (373-2-9). La garde alternée a suscité au départ beaucoup d'opposition, elle est devenue

aujourd'hui usuelle. Pour décider, le juge doit prendre en compte les sentiments exprimés par l'enfant, il peut demander à être entendu et il peut même être entendu d'office si il est doué de discernement. Le juge peut aussi ordonner une enquête (373-2-11 et 373-2-12). La deuxième précision concerne la cohabitation de l'enfant avec ses frères et sœurs. L'article 371-5 dispose que dans toute la mesure du possible, il faut éviter leur séparation. Mais cette disposition trouve à s'appliquer moins quand les parents vivent séparé que lorsque les enfants vivent loin de leur parent, lorsqu'ils ont été retiré à leur parent.

L'éducation - Comme la garde elle est un droit pour les parents, ils ont donc le droit de diriger l'éducation de leur enfant, ils peuvent choisir sa religion, son mode de scolarisation etc... ce droit implique celui de surveiller l'éducation donnée à leur enfant par l'école publique ou privée (Cour de cassation, 1908, confirmé par la loi qui permet aux parents de participer à la communauté scolaire). Mais elle est aussi devoir pour les parents, le contenu de ce devoir est difficile à préciser. Une obligation s'y rattache néanmoins clairement, l'obligation de donner à l'enfant une éducation scolaire entre 6 et 16 ans.

La surveillance – C'est le droit qu'on les parents de contrôler les relations de l'enfant avec les tiers, de contrôler la correspondance des enfants avec les tiers, correspondance de toute sorte. Le droit aussi de contrôler les visites que l'enfant fait à des tiers et vice-versa. C'est également le droit d'apprécier et de faire respecter la vie privée de l'enfant. C'est le droit d'interdire la divulgation de fait intime ou de l'image de l'enfant. Le droit d'interdire ou d'ordonner des traitements médicaux (sous quelques réserves). Le droit de choisir la sépulture de l'enfant. Une limite à ce droit de surveillance, les pères et mères ne peuvent pas faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands parents, ni aux correspondances, ni aux visites, sauf motif grave (371-4). Le juge peut même accorder contre la volonté des pères et mères un droit de correspondance et même de visite à tous tiers qui justifie d'une situation exceptionnelle. Ce tiers pourrait par exemple être le débiteur de subside, la parâtre ou la marâtre.

B. QUANT AU PATRIMOINE DE L'ENFANT

Ces effets sont d'une part l'administration légale et d'autre part le droit de jouissance légale. L'administration légale se définit comme le droit et le devoir d'administrer le patrimoine de l'enfant, elle est le corolaire de l'incapacité du mineur. La jouissance légale est le droit attribué à l'administrateur légale de percevoir **pour son propre compte** les revenus de l'enfant, c'est une sorte d'usufruit légale. Cette jouissance pose 3 questions.

- Qui est titulaire de ce droit ? C'est l'administrateur légale, et lui seul, c'est en principe les parents et exceptionnellement un seul des deux. Mais attention, le tuteur de l'enfant qui administre les biens de l'enfant à défaut de parent n'a pas de jouissance légale.
- Comment est organisé la jouissance légale ? Deux règles sont à retenir. S'agissant de son étendu, elle porte en principe sur tous le patrimoine du mineur sauf deux exceptions qui concernent les revenus du travail du mineur (l'administrateur doit les capitaliser) et les biens qui ont été donné ou légué au mineur avec une clause d'exclusion de la jouissance légale (387). S'agissant des droits attachés à la jouissance légale, ils procèdent de l'idée qu'elle est un usufruit, par conséquent son titulaire est personnellement propriétaire des revenus des biens de l'enfant. Il n'a pas à capitaliser ces revenus pour les remettre à l'enfant à sa majorité. Mais la jouissance légale est incessible contrairement au droit commun de l'usufruit. De plus, des charges sont attachées à ce droit, son titulaire doit prélever sur les revenus de l'enfant ce qui est nécessaire à l'entretien de celui-ci, et ces de l'excédant seulement qu'il a la libre disposition.
- Comment cesse la jouissance légale ? De trois façon, parce qu'elle est un effet de l'autorité parentale qui elle même est attaché à l'administration légale elle s'éteint à titre accessoire lorsque l'autorité parentale disparaît. Parce qu'elle est un usufruit elle s'éteint par les causes d'extinction de tout usufruit (ex : abus de jouissance ou renonciation). La jouissance légale s'éteint également lorsque l'enfant à 16 ans révolu parce que c'est l'âge à partir duquel l'émancipation est possible et on ne veut pas que les parents renoncent à émanciper

l'enfant pour garder la jouissance légale. Toute les fois que la jouissance légale cesse, les parents qui restent administrateur légaux doivent capitaliser les revenus pour les remettre à l'enfant à sa majorité.

III. LE CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Ce contrôle est apparu à la fin du 19^{ème} siècle lors de la modification du code Napoléon. Le législateur veut remédier à deux situations. D'abord la situation dans laquelle les parents sont indignes d'exercer l'autorité parentale, dans ce cas on leur retire. La deuxième situation est des parents incapables d'exercer l'autorité parentale soit en raison de leur personnalité, soit en raison des circonstances de fait. Dans ce cas on leur apporte une aide, c'est ce qu'on appel l'assistance éducative.

A. LE RETRAIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Cette institution est issu de la grande loi du 14 juillet 1889 qui a depuis été très souvent remanié notamment par la loi du 4 juin 1990 et du 16 juillet 1996.

Cause - le retrait suppose toujours une faute grave des parents. C'est pourquoi jusqu'à la loi de 1996 on parlait de déchéance. Ce peut être une faute pénale ayant donné lieu a condamnation (378), le texte vise les crimes et délits commis sur la personne de l'enfant ou la coaction ou la complicité de l'enfant dans un crime ou un délit commis par les parents. Ce peut aussi être une faute civile, dans ce cas le texte est très large, il vise les mauvais traitement, l'inconduite notoire, la consommation d'alcool, de stupéfiant, le défaut de soin ou le manque de direction pour autant que ces comportements mettent en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Il n'est pas nécessaire que ces comportements soient conscients. La mise en danger de l'enfant suffit. Mais quelque soit cette faute le retrait est toujours judiciaire et toujours facultatif. Le juge dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation. Il est saisi soit par le ministère public, soit par un membre de la famille. Les parents peuvent après un an de retrait obtenir la restitution de l'enfant en justifiant que les circonstances ont changé (381).

Effet - le retrait de l'autorité parentale peut être total ou partiel et cela de deux points de vue. D'abord quant aux attribues patrimonial ou personnel de l'autorité parentale. Il peut également être total ou partiel quant aux nombres des enfants. Enfin, si la déchéance n'atteint qu'un seul des parents, l'autorité parentale appartient exclusivement à l'autre et si elle atteint les deux parents il faut soit organiser la tutelle soit confier l'enfant à l'aide sociale à l'enfance. Dans le premier cas l'enfant est confié à un tiers chargé de requérir l'ouverture de la tutelle.

B. LES MESURES D'ASSISTANCE ÉDUCATIVE

Elle remonte à un décret loi de 1965.

Condition – c'est une condition objective prévu par l'article 375 : il faut que la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant soit mise en danger ou que les conditions de son éducation soient gravement compromise. On ne se préoccupe pas des cause de la situation. Mais il est évident que lorsque la situation est la cause des parents il y chevauchement entre le retrait et les mesures d'assistance éducative. La compétence pour prescrire des mesures d'ordres éducatives appartient au juge des enfants qui peut être saisie par une requête des parents et de ce point de vue la mesure d'assistance éducative apparaît comme une prorogation de l'autorité parentale, comme un vestige du très ancien droit de correction que le code Napoléon accordait au père. Mais le juge des enfants peut aussi être saisi par le ministère public, par le tuteur ou par le mineur lui même. Et il peut même exceptionnellement se saisir d'office et à cet égard l'assistance éducative apparaît comme un contrôle de l'autorité parentale.

Objet – l'éventail des mesures susceptibles d'être ordonné par le juge est très large (375-2 et 375-3). Le juge doit statuer en fonction du seul intérêt de l'enfant. Le principe est que le mineur doit si c'est possible être maintenu dans son milieu familiale, un service d'éducation ou une personne qualifié sera alors

désigné. Si ce maintien est impossible le juge pourra soit confier l'enfant à l'autre parent, soit à un tiers qui peut être un membre de la famille ou une personne extérieure à la famille (ex : établissement ou service sanitaire et d'éducation).

3 précisions sur ces mesures d'assistance :

Le juge doit s'efforcer d'obtenir l'assentiment de l'enfant. Les parents conservent l'autorité parentale mais ils ne peuvent en exercer que les attribues qui sont compatibles avec les mesures d'assistance éducative. Par exemple si l'enfant a été placé ils n'ont plus de droit de garde mais conservent un droit de correspondance et de visite. Enfin, ces mesures sont toujours provisoires, elles peuvent être modifiées ou rapportées par le juge.

C. LA DÉLÉGATION D'AUTORITÉ PARENTALE

L'autorité parentale est indisponible, les parents ne peuvent ni la céder, ni y renoncer (376). La délégation qui évoque un dessaisissement volontaire n'est pas une exception à ce principe car la délégation est toujours judiciaire, elle est toujours prononcée par le TGI. Elle est volontaire lorsqu'elle est demandée au juge par les parents à raison des circonstances au bénéfice d'un tiers. C'est le cas par exemple des parents qui voudraient faire le tour du monde en bateau ensemble sans les enfants. La délégation est forcée lorsqu'elle est demandée au juge par un tiers qui a recueilli l'enfant et qui justifie soit du désintéressement manifeste des parents soit de leur impossibilité d'exercer l'autorité parentale. Qu'elle soit volontaire ou forcée elle produit les mêmes effets. En principe c'est le transfert total ou partiel des attribues de l'autorité parentale à ceci près que le transfert total ne comprend jamais le droit de consentir à l'adoption. Mais par exception ce peut être un partage total ou partiel des attribues de l'autorité parentale avec si nécessaire l'arbitrage du juge (377-1). C'est en application de ce texte que la Cour de cassation a consacré l'homoparentalité dans un arrêt du 24 février 2006. Dans cet arrêt la Cour de cassation a jugé que la délégation d'autorité parentale, et spécialement sous forme de partage, peut intervenir au sein d'un couple homosexuel dès lors que les relations entre les concubins sont stables et que l'intérêt supérieur de l'enfant le commande.

C'est ce qui permet dans un couple homosexuel à l'une qui est la mère de l'enfant, de partager avec l'autre certains attributs de l'autorité parentale. Enfin, ce transfère ou se partage peut prendre fin à tout moment en cas de circonstance nouvelle et il peut y avoir lieu à un nouveau transfère.

SECTION 2 : L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

L'article 203 du code civil impose aux époux l'obligation de nourrir, entretenir et d'élever leur enfant. L'article 371(2) oblige chacun des parents à contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants. Cette obligation d'entretien au sens large pèse sur tous les parents, elle est d'ailleurs l'expression d'un principe de droit naturel. Cette obligation est par ailleurs énoncée par la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. De plus cette obligation est un effet de la filiation et non de l'autorité parentale ce qui emporte deux conséquences : 1. Elle pèse toujours sur les pères et mères même si ils n'ont plus l'autorité parentale. 2. Elle ne pèse sur aucun autre ascendant que les pères et mères, les autres ne pouvant être tenus que de l'obligation alimentaire de droit commun.

I. OBJET

L'obligation est de fournir à l'enfant la nourriture nécessaire à sa vie physiologique, l'entretien c'est-à-dire tous les biens nécessaires à la vie, et enfin l'éducation c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire à l'insertion dans la société. Mais cette obligation ne s'étend pas à l'établissement de l'enfant. Les parents ne sont pas tenus de fournir à l'enfant ce qui est nécessaire à son installation professionnelle ou familiale. Première précision, cette obligation n'est évidemment pas réciproque, il ne faut donc pas la confondre avec l'obligation alimentaire de droit commun. Enfin cette obligation se mesure aux ressources des parents et des besoins de l'enfant. Quant aux contributions respectives des pères et mères elle dépend de leur faculté respective.

II. DURÉE

L'obligation d'entretien dure au-delà de la majorité de l'enfant si nécessaire, notamment si l'enfant poursuit des études (371-2 al.2 et 373-2-5). En outre cette obligation ne dure qu'autant que la filiation qui en est la cause demeure. Par conséquent si la filiation disparaît l'ex père ou l'ex mère peut obtenir

répétition de ce qu'il a payé sauf si les prestations qu'il a payé trouvent leur cause dans un engagement volontaire ce qui est notamment le cas dans une reconnaissance de complaisance.

III. EXÉCUTION

Ici il faut distinguer deux hypothèses. Première hypothèse les parents cohabitent, l'obligation d'entretien s'exécute en nature. Si les pères et mères sont mariés, ces dépenses d'entretiens de l'enfant entrent dans les charges du mariage de l'article 214 et aussi dans la catégorie des dettes ménagères de l'article 220. Si les parents sont des concubins pacsés, ces dépenses entrent peut être dans ce que la loi appelle les dépenses relatives aux besoins de la vie courante et peut être aussi dans l'obligation d'aide matérielle. La deuxième hypothèse est celle où les parents vivent séparés. Dans pareil cas l'obligation d'entretien prend pour le parent à qui l'enfant n'a pas été confié le tour d'une pension alimentaire. Mais cette pension alimentaire peut revêtir plusieurs aspects. Versement périodique d'une somme d'argent auquel l'enfant a été confié. Prise en charge directe des frais. Concession d'un droit d'usage et d'habitation. La loi prévoit même que cette « pension » peut prendre la forme d'un capital : argent placé pour procurer des revenus, abandon d'un usufruit, affectation de bien productif de revenu. On retrouve là les formes que peut prendre la prestation compensatoire. Enfin, si l'enfant est majeur, les sommes peuvent lui être versées directement. (313-2-3 à 313-2-5). Les modalités de l'obligation d'entretien sont en principe décidées par les parents ensemble le cas échéant dans une convention homologuée, et même nécessairement dans une telle convention en cas de divorce par consentement mutuel. À défaut d'accord les modalités sont arrêtées par le juge (313-2-2). Enfin, cette obligation est sanctionnée comme l'obligation alimentaire de droit commun, civilement et pénalement. Elle est toujours révisable. Elle est insusceptible de renonciation. L'adage « *aliment ne s'arrérage pas ne s'applique point* », ce qui signifie que les sommes qui n'ont pas été réclamées à l'échéance peuvent l'être ensuite.

SECTION 3 : L'ACTION À FIN DE SUBSIDES

Elle permet à l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie de réclamer des aliments à l'homme qui a eu des relations sexuelles avec sa

mère pendant la période légale de conception. Cette action suppose donc une simple possibilité de paternité pour réussir. En fait cette action est le plus souvent exercée par un enfant ou une mère qui ne peut ou ne veut établir la paternité du défendeur.

I. CONDITIONS DE L'ACTION

A. LES PARTIES

En demande l'action est ouverte à l'enfant sans paternité légalement établie (342). L'action est exercée par sa mère pendant sa minorité, puis par lui-même (342-6). En défense l'action est exercée contre tout homme qui a eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception.

B. DÉLAI

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant et dans les deux ans après la majorité de ce dernier.

C. PREUVE

Le demandeur doit simplement prouver que le défendeur a eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception. La plus brève rencontre suffit. La loi n'exige ni stabilité, ni continuité des relations avec le défendeur. La preuve est libre, elle peut être rapportée par tout moyen, mais elle ne peut résulter de la seule déclaration de la mère.

D. MOYENS DE DÉFENSE

Une fois l'existence des relations sexuelles établies pendant la période légale de la conception ou avant même qu'elle ne soit établie le défendeur peut obtenir le rejet de l'action en établissant une impossibilité de paternité. Cette impossibilité peut être établie par tout moyen, notamment à partir d'expertise biologique. La loi de 1972 prévoyait également un fin de non recevoir au bénéfice du défendeur, la débauche de la mère. Cette fin de non recevoir a été supprimée.

II. LES EFFETS DE L'ACTION

On suppose que l'action a abouti. L'idée simple est que cette action n'est pas une recherche de paternité mais une demande d'argent, de subside. Elle vise à l'obtention de denier et non à la constatation d'un état. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur a préféré parler de subside plutôt que d'aliment, parce que les aliments ont une connotation familiale.

A. LES SUBSIDES ACCORDÉES À L'ENFANT

Leur nature est alimentaire – il se règle sous forme de pension, ils peuvent être annexé et leur paiement est assorti des mêmes garanties et mêmes sanctions que le paiement d'une obligation alimentaire, ils peuvent être dus à l'enfant au delà de sa majorité si l'enfant est dans le besoin et que ce besoin n'est pas du à sa faute. Par rapport à une obligation alimentaire de droit commun les subsides présentent deux particularités. En premier lieu ils ne sont pas réciproque. En second lieu, l'étendu, le montant des subsides est fonction non seulement des besoins du créancier et des ressources du débiteur mais aussi de la situation familiale du débiteur, du défendeur. Si donc celui-ci à une famille le juge est invité à modérer les subsides (342-2).

La condamnation ne produit d'effet que pour l'avenir – parce qu'il ne s'agit pas d'un jugement constatant un état, ayant un effet déclaratif.

La filiation - La créance de subside cesse de plein droit si la filiation vient à être établi à l'égard d'un autre homme.

B. L'ÉTAT DE L'ENFANT

Le principe est que l'état de l'enfant reste inchangé, le jugement n'établi aucun lien de filiation. L'enfant reste sans père légale. Il s'en suis que le succès de l'action reste sans effet sur le nom de l'enfant, sur l'autorité parentale et sur la vocation successorale. Néanmoins, pour tempérer, le juge pourrait reconnaître au tiers débiteurs un droit de correspondance ou un droit de visite car il s'agit d'un tiers justifiant de circonstance exceptionnel. L'allocation de subsides créer un empêchement à mariage entre l'enfant et le débiteur.

La question a été très discuté, il faut en effet justifié qu'une simple possibilité de paternité entraîne condamnation à subvenir au besoin de l'enfant. La doctrine avance que l'action serait une action en responsabilité civile fondé sur le risque, l'amant serait responsable du risque qu'il a pris de faire naître un enfant sans père légal. Cette explication est loin d'être convaincante, la seule justification est donc l'intérêt de l'enfant à quoi il faut ajouter que les progrès scientifique réalisé depuis 1972 exclu le risque que le défendeur soit condamné si il n'est pas le père.