

précis
DOMAT

DROIT PRIVÉ

Alain BÉNABENT

DROIT DE LA FAMILLE

4^e édition

LGDJ une marque de
Lextenso

DROIT DE LA FAMILLE

4^e édition

À jour au 11 octobre 2018

ALAIN BÉNABENT

Professeur agrégé des Facultés de droit, avocat aux Conseils

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien

sur notre site



www.lextenso-editions.fr

© 2018, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-275-04497-2
ISSN 0767-4309





PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ Famille</i>	Actualité juridique droit de la famille (Dalloz)
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C.M.	Chambre mixte
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cass. 1 ^{re} civ., 2 ^e , 3 ^e	Chambres civiles de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D. ; DP</i>	Dalloz recueil ; Dalloz périodique
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille (Revue Lexis-Nexis)
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
<i>Loy. et copté</i>	Loyers et copropriété (Revue Lexis-Nexis)
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
Mél.	Mélanges
<i>RDC</i>	Revue des contrats
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et famille
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. civ.	Tribunal civil



SOMMAIRE

Introduction	15
§ 1. Le lien familial	17
§ 2. Le cercle familial	20
§ 3. Le droit familial.....	24
§ 4. La juridiction familiale	28
PREMIÈRE PARTIE. L'ALLIANCE	31
SOUS-PARTIE 1. LE MARIAGE CIVIL.....	35
Titre 1. L'acte de formation du mariage civil.....	39
Chapitre 1. Conditions d'ordre social	43
<i>Section 1. L'ex-prohibition du mariage homosexuel.....</i>	<i>43</i>
<i>Section 2. La prohibition de la polygamie</i>	<i>46</i>
<i>Section 3. La prohibition du mariage incestueux</i>	<i>48</i>
§ 1. Les cas d'empêchement	49
§ 2. Sanctions et dispenses	51
Chapitre 2. Les conditions individuelles	53
<i>Section 1. Conditions physiques</i>	<i>53</i>
§ 1. Conditions tenant l'âge	53
§ 2. Conditions tenant au sexe	54
§ 3. Conditions tenant à l'état de santé.....	55
<i>Section 2. Conditions de capacité</i>	<i>57</i>
§ 1. Mineurs	58
§ 2. Incapables majeurs	60
<i>Section 3. Conditions de consentement</i>	<i>60</i>

§ 1. Le consentement au mariage	61
§ 2. L'intention matrimoniale	69
Chapitre 3. Le formalisme du mariage	73
Section 1. Les mariages célébrés en france	74
§ 1. Les formalités préparatoires	74
§ 2. Les oppositions à la célébration	77
§ 3. La célébration du mariage	81
§ 4. La preuve du mariage	83
Section 2. Les mariages célébrés à l'étranger	85
§ 1. Mariages concernant un Français	85
§ 2. Mariages entre étrangers	89
<i>Annexe I – Document d'information remis aux futurs époux par l'état civil</i>	89
Chapitre 4. La nullité du mariage	95
Section 1. L'action en nullité	95
Section 2. Les effets de la nullité	99
Titre 2. L'état de mariage : les effets du mariage civil	105
Chapitre 1. Le statut individuel de chaque époux	107
Section 1. Effets du mariage sur le statut personnel	107
Section 2. Le maintien de la liberté individuelle	110
§ 1. Les attributs relatifs à l'intégrité de la personne	111
§ 2. Les attributs relatifs au comportement de la personne	113
Chapitre 2. Les liens personnels entre époux	117
Section 1. Les droits et devoirs réciproques des époux	118
§ 1. Le devoir de respect	120
§ 2. Le devoir de communauté de vie	122
§ 3. Le devoir de fidélité	127
§ 4. Le devoir d'assistance	129
Section 2. La fonction commune	130
Chapitre 3. Les effets sur le plan patrimonial	133
Section 1. Le statut matrimonial impératif	133
§ 1. L'autonomie de chaque époux	134
§ 2. La sauvegarde des intérêts familiaux	139
Section 2. Le régime matrimonial	147

§ 1. Les régimes de type séparatiste	147
§ 2. Les régimes de type communautaire.....	149
Titre 3. Le relachement du mariage : les séparations	153
Chapitre 1. Les séparations spontanées	155
<i>Section 1. Origines de la séparation de fait</i>	156
<i>Section 2. Effets de la séparation de fait</i>	157
<i>Section 3. Issue de la séparation de fait</i>	158
Chapitre 2. Les séparations judiciairement organisées	159
<i>Section 1. La séparation de corps</i>	159
§ 1. Prononcé de la séparation de corps	160
§ 2. Les effets de la séparation de corps	161
§ 3. La fin de la séparation de corps	164
<i>Section 2. Les séparations organisées autour d'une instance en divorce</i>	169
Titre 4. La dissolution du mariage	171
<i>Sous-titre 1. Le veuvage</i>	173
Chapitre 1. Le veuvage par décès	175
<i>Section 1. Effets d'ordre personnel</i>	175
<i>Section 2. Effets d'ordre patrimonial</i>	177
§ 1. Dissolution du régime matrimonial	178
§ 2. Droits successoraux du conjoint survivant.....	178
§ 3. Droits alimentaires	183
Chapitre 2. Le quasi-veuvage par absence déclarée	185
<i>Sous-titre 2. Le divorce</i>	189
Chapitre 1. La question du divorce	191
<i>Section 1. Historique</i>	193
<i>Section 2. Tableau général</i>	200
Chapitre 2. Les voies d'accès au divorce	205
<i>Section 1. Le divorce contractuel</i>	207
§ 1. Le divorce contractuel sans juge	209
§ 2. Le divorce contractuel soumis à homologation judiciaire	212
<i>Section 2. Le divorce judiciaire</i>	215
<i>Sous-section 1. Les cas de divorce contentieux</i>	215

§ 1. Le divorce accepté en son principe	215
§ 2. Le divorce par altération définitive du lien conjugal	218
§ 3. Le divorce pour faute	221
§ 4. Les griefs conjugaux	223
§ 5. Les faits neutralisants	227
§ 6. Le partage des torts	231
<i>Sous-section 2. La procédure des divorces contentieux</i>	232
§ 1. La phase préparatoire	234
§ 2. La phase du jugement	242
Chapitre 3. Les conséquences du divorce	253
<i>Section 1. Les effets d'ordre personnel</i>	253
§ 1. Les effets relatifs à la personne des époux	255
§ 2. Les conséquences du divorce à l'égard des enfants	258
<i>Section 2. L'apurement patrimonial</i>	259
§ 1. La liquidation patrimoniale	260
§ 2. Le sort du logement familial	269
§ 3. Les dommages-intérêts	274
<i>Section 3. La prestation compensatoire</i>	275
§ 1. Droit à prestation	277
§ 2. Régime procédural	278
§ 3. Fixation de la prestation	280
§ 4. Modalités de la prestation	286
§ 5. Paiement de la prestation	293
SOUS-PARTIE 2. LA QUASI-ALLIANCE	295
Titre 1. Le pacs	297
Chapitre 1. La formation du PACS	303
<i>Section 1. Les conditions du pacs</i>	303
§ 1. Capacité	304
§ 2. Consentement	305
§ 3. Contenu	305
<i>Section 2. Le formalisme du pacs</i>	307
§ 1. Phase préparatoire	311
§ 2. Phase solennelle	311
§ 3. Phase de publicité	313
<i>Section 3. La modification du pacs</i>	313

Chapitre 2. Les effets du PACS	315
<i>Section 1. Les effets d'ordre personnel</i>	316
§ 1. Obligations réciproques	316
§ 2. Absence d'effets envers les tiers	317
<i>Section 2. Les effets d'ordre patrimonial</i>	318
§ 1. Le statut de base.....	318
§ 2. Le patrimoine	321
Chapitre 3. La dissolution du PACS	325
<i>Section 1. Les cas de dissolution</i>	327
§ 1. Cas analogues au mariage	327
§ 2. Cas spécifiques au PACS	328
§ 3. Séparation de fait	331
<i>Section 2. Conséquences de la dissolution</i>	331
Titre 2. Le concubinage (ou union libre)	335
Chapitre 1. La situation pendant le concubinage	339
Chapitre 2. La situation à la fin du concubinage	343
DEUXIÈME PARTIE. LA DESCENDANCE	347
SOUS-PARTIE 1. LE DROIT DE LA FILIATION	349
Titre 1. Les données de base	351
<i>Section 1. Le lien de filiation</i>	351
<i>Section 2. L'architecture classique du droit de la filiation</i>	352
<i>Section 3. La double révolution du XXI^e siècle</i>	354
§ 1. La révolution des Droits de l'homme	354
§ 2. La révolution médico-scientifique	355
<i>Section 4. Le régime particulier des actions d'état</i>	357
§ 1. Nécessité d'une action en justice	359
§ 2. Caractères des actions relatives à la filiation.....	359
§ 3. Règles de procédure	361
§ 4. Règles de preuve	363
Titre 2. La filiation spontanée	367
Chapitre 1. L'établissement de la filiation	369
<i>Section 1. L'établissement de la maternité</i>	371
§ 1. L'acte de naissance.....	371

§ 2. La reconnaissance de maternité	372
§ 3. La possession d'état judiciairement constatée	375
§ 4. L'action en recherche de maternité	379
Section 2. L'établissement de la paternité	381
§ 1. La présomption de paternité du mari	382
§ 2. La reconnaissance de paternité	385
§ 3. La possession d'état judiciairement constatée	386
§ 4. L'action en recherche de paternité	386
Chapitre 2. Preuve et effets de la filiation établie	389
<i>Section 1. La preuve de la filiation</i>	389
<i>Section 2. Effets de la filiation établie</i>	390
Chapitre 3. La contestation de la filiation établie	393
<i>Section 1. Ouverture de l'action</i>	394
§ 1. Réunion d'un titre et d'une possession d'état	395
§ 2. Présence d'un seul de ces éléments	396
<i>Section 2. Régime de l'action</i>	397
Titre 3. La filiation médicalement assistée	399
Chapitre 1. L'organisation des techniques permises	401
<i>Section 1. Principes directeurs communs</i>	401
<i>Section 2. La procréation artificielle endogène</i>	404
<i>Section 3. La procréation artificielle exogène</i>	405
§ 1. La procréation à demi exogène	406
§ 2. La procréation entièrement exogène : le don d'embryon	408
Chapitre 2. Les techniques interdites	411
<i>Section 1. Les prohibitions du droit français</i>	411
§ 1. Le recours à des « mères porteuses »	411
§ 2. Le clonage	413
<i>Section 2. Les effets d'une pratique prohibée</i>	413
Titre 4. La filiation elective : l'adoption	417
Chapitre 1. L'adoption plénière	419
<i>Section 1. Conditions</i>	420
§ 1. Conditions relatives à l'adoptant	420
§ 2. Conditions relatives à l'adopté	422

§ 3. Conditions relatives au rapport adoptant-adopté	426
<i>Section 2. Procédure de l'adoption plénière</i>	427
<i>Section 3. Effets de l'adoption plénière</i>	429
Chapitre 2. L'adoption simple	433
<i>Section 1. Les conditions de l'adoption simple</i>	433
<i>Section 2. Effets de l'adoption simple</i>	435
<i>Section 3. Révocation de l'adoption simple</i>	439
Chapitre 3. L'adoption internationale	441
SOUS-PARTIE 2. LE DROIT DE L'ÉDUCATION	445
Titre 1. Le gouvernement de l'enfant : l'autorité parentale	447
<i>Annexe II</i>	450
Chapitre 1. La dévolution de l'autorité parentale	465
<i>Section 1. Titulaires du droit d'autorité parentale</i>	466
§ 1. Dévolution initiale	466
§ 2. Changements ultérieurs	467
§ 3. Retrait de l'autorité parentale	467
§ 4. La fin de l'autorité parentale	470
<i>Section 2. Titulaires de l'exercice de l'autorité parentale</i>	472
<i>Sous-section 1. Les variétés possibles</i>	473
§ 1. L'exercice conjoint de l'autorité parentale	473
§ 2. L'exercice exclusif de l'autorité parentale	476
§ 3. L'exercice délégué de l'autorité parentale	478
<i>Sous-section 2. La procédure d'organisation</i>	481
§ 1. Organisation conventionnelle	481
§ 2. Organisation judiciaire	482
Chapitre 2. La mission d'autorité parentale	487
<i>Section 1. Contenu de l'autorité parentale</i>	487
<i>Section 2. Contrôle et limitation de l'autorité parentale</i>	491
§ 1. Remise provisoire de l'enfant à un tiers	492
§ 2. L'assistance éducative	493
Titre 2. L'entretien matériel de l'enfant	499
Chapitre 1. Le devoir d'entretien des parents	501
Chapitre 2. L'administration et la jouissance des biens des enfants ...	507

Chapitre 3. L'action à fins de subsides	511
TROISIÈME PARTIE. LA SOLIDARITÉ FAMILIALE	515
Chapitre 1. La solidarité par le nom : le nom de famille	517
<i>Section 1. L'attribution initiale du nom</i>	519
<i>Section 2. Le changement de nom</i>	522
§ 1. Changements consécutifs à une modification d'état civil	524
§ 2. Changement de nom sans modification de l'état	525
§ 3. Changement de prénom	525
Chapitre 2. La solidarité par l'entraide : l'obligation alimentaire	527
<i>Section 1. La vocation aux aliments</i>	527
§ 1. Le cercle de solidarité familiale	528
§ 2. Déchéance exceptionnelle de la vocation aux aliments	530
<i>Section 2. Mise en œuvre : la pension alimentaire</i>	531
§ 1. Fixation de la pension alimentaire	532
§ 2. Régime juridique de l'obligation alimentaire	536
§ 3. Paiement de la pension alimentaire	538
§ 4. Sanctions de l'obligation alimentaire	541
Index alphabétique	549



INTRODUCTION

1 **Définition.** La famille, notion dont chacun connaît intuitivement le contenu, se définit en droit comme un groupe de personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur l'**alliance** et la **parenté** : dans la conception traditionnelle, elle repose donc sur le **mariage** et la **filiation**. La simple affection, même avec vie commune, n'y suffit pas : malgré l'extension actuelle du concubinage, on ne parle pas de véritable famille avant le lien créé par un enfant, lien de filiation.

Mais, déjà ici, on voit apparaître aujourd'hui une question nouvelle, issue des bouleversements récents : le lien créé par le PACS est-il un lien de nature familiale ? Il ne s'agit pas de pure terminologie car des conséquences juridiques sont en jeu (par exemple la protection de la vie familiale assurée par la Convention européenne des droits de l'homme). La réponse affirmative donnée par la jurisprudence (cf. *infra*, n° 424) montre d'emblée la profondeur des mutations en cours qui caractérisent la matière : les contours et la notion même de famille sont désormais moins rigides.

La famille est une réalité sociologique, économique et juridique.

2 **Aspect sociologique.** Du point de vue *sociologique*, l'unité que forme la famille se rencontre dans toutes les formes de vie sociale. Même si, au fur et à mesure de l'évolution des sociétés, ce groupe est moins structuré parce que moins vital, l'intensité du lien demeure. Le regroupement en tribus ou en familles est un phénomène constant dans toutes les sociétés primitives. Lorsque les sociétés évoluent, et que l'autorité de l'État intervient pour prendre en charge la sécurité des individus, de sorte que l'autodéfense facilitée par le regroupement est moins nécessaire, on assiste à une **dissémination du groupe familial**. Le lien n'en demeure pas moins très fort, même s'il se traduit de manière différente. Et même dans des sociétés évoluées comme nos sociétés occidentales modernes, l'importance de la famille dans la vie sociale demeure considérable.

3 **Aspect économique.** Du point de vue *économique*, la famille constitue également une cellule fondamentale. Elle est, en effet, constitutive d'une **unité de production** (de richesses ou d'économies).

Ce que l'individu isolé pourrait difficilement faire seul, le groupe familial le peut de manière beaucoup plus efficace. Ici encore, cette vérité, incontestablement de première importance dans les sociétés primitives, tend à s'affaiblir dans les sociétés évoluées. Il ne faut cependant pas croire qu'elle disparaît totalement¹. Même dans notre société actuelle, l'unité économique que représente la famille en tant que cellule de mise en commun de ressources est loin d'être négligeable et les « dynasties » sont dans le monde éco-capitaliste une réalité incontestable : l'un des axes de la réforme des successions en 2006 a d'ailleurs été de faciliter la transmission (familiale) des entreprises. Sans doute le phénomène est-il de moindre importance lorsque l'on se trouve en présence de professions salariées en cours d'exercice. Mais une fois la retraite venue, ainsi que pour l'exercice d'une profession commerciale, artisanale, libérale, et surtout agricole, l'*entraide familiale* demeure un fait sociologique de première importance. La collaboration du conjoint surtout, mais également parfois des enfants et des descendants, à l'unité de production, est un fait constant. Il faut y ajouter, dans tous les groupes sociaux, les aides en nature de toutes sortes qui s'y prodiguent (logement, éducation des enfants, loisirs, etc.) et qui constituent autant de « services » économiquement appréciables. Les périodes de difficultés économiques font régulièrement resurgir l'importance du phénomène tant il devient alors sensible qu'il est moins onéreux de vivre en groupe qu'isolé (charge des loyers par exemple) : nul n'ignore qu'un des problèmes du divorce est qu'il paupérise souvent chacun des deux époux.

- 4 **Aspect juridique.** Du point de vue *juridique*, enfin, l'existence de la famille est universellement reconnue et produit maints effets. Cependant, la reconnaissance du groupe familial n'a jamais été jusqu'à lui conférer la *personnalité morale*. Bien que les relations au sein de ce groupe, notamment sur le plan matrimonial, fassent l'objet d'une organisation très précise et qu'à beaucoup d'égards la famille soit traitée comme une entité (par exemple du point de vue fiscal ou du point de vue social), notre droit ne lui reconnaît pas une personnalité juridique autonome. On remarque d'ailleurs que cette position n'est pas isolée et que les droits voisins ne reconnaissent pas non plus à la famille une telle personnalité². Le principal obstacle vient de la composition trop mouvante de la famille, qui rend difficile l'identification précise de ses limites et par conséquent de ses membres³. Cela n'empêche pas qu'en certains domaines particuliers, on rencontre une sorte d'ébauche de propriété familiale (par exemple pour les souvenirs de famille : v. *infra*, n° 701).

■ 1. LE GUIDEC, Regards sur les fonctions économiques de la famille, *Mél.* HAUSER, Dalloz, 2012, p. 300. – LECAILLON, *La famille, source de prospérité*, éd. Regnier, 1995.

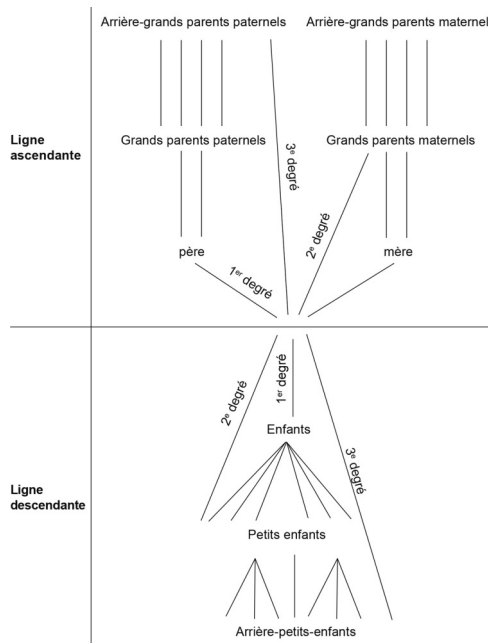
■ 2. En faveur d'une telle reconnaissance, v. R. SAVATIER, *D.* 1939, chron. 49. – REYNAUD-CHANON, *D.* 1987, chron. 264.

■ 3. Ainsi la notion de « membres de la famille » est trop floue pour fournir la base d'un texte pénal : est contraire à la Constitution le texte qui qualifie d'« incestueuses » les agressions sexuelles commises par les membres de la famille (Cons. constit., 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC ; *JCP* 2011.1160, note LEPAGE).

§ 1. LE LIEN FAMILIAL

- 5 **Double nature du lien familial.** Le lien familial peut être d'une double nature : il peut résulter soit du *mariage* ou du *PACS*, soit de la *filiation*, c'est-à-dire d'un lien du sang. On dénomme *parenté* le lien issu du sang, tandis qu'on dénomme *alliance* le lien issu du mariage ou, à un moindre degré, du *PACS*.
- 6 **Le lien de parenté.** La parenté elle-même s'est longtemps colorée d'une qualification différente selon la nature du lien de filiation qui l'a fait naître : on parlait de *parenté légitime* en présence de personnes reliées par un lien de filiation légitime (c'est-à-dire rattaché à un mariage), de *parenté naturelle* en présence de personnes reliées par un lien de filiation naturelle (c'est-à-dire non rattaché à un mariage), de *parenté adoptive* en présence de personnes reliées par un lien de filiation adoptive (c'est-à-dire entièrement artificielle). Et si la réforme du 4 janvier 2005 a fait disparaître la distinction entre parentés légitime et naturelle, il reste celle entre la parenté biologique et la parenté adoptive (*infra*, n^{os} 499 et s.).
- Cette parenté se divise en une parenté en ligne directe et une parenté en ligne collatérale.
- 7 **Ligne directe.** La parenté en ligne directe relie les descendants aux ascendants.
- La ligne descendante** ne pose aucun problème : elle est constituée des enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc.
- On calcule le **degré de parenté** en comptant le nombre de générations séparant les deux intéressés (art. 741). Par exemple, un père et un fils sont parents au premier degré, un grand-père et un petit-fils sont parents au deuxième degré, un arrière-grand-père et un arrière-petit-fils sont parents au troisième degré.
- En **ligne ascendante**, la parenté se divise, ce qui donnera lieu, notamment en droit successoral, à l'institution que l'on appelle la fente (art. 746 : « *la parenté se divise en deux branches, selon qu'elle procède du père ou de la mère* »). Il y a une ligne directe *ascendante paternelle* et une ligne directe *ascendante maternelle*. Au sein de chacune de ces lignes, le **degré de parenté** se calcule de la même manière que dans la ligne descendante.

TABEAU DE LA PARENTÉ EN LIGNE DIRECTE



8 Ligne collatérale. La parenté *en ligne collatérale* est celle qui unit des personnes qui ont un **auteur commun**. L'exemple le plus simple est celui des *frères et sœurs* : ils ont en commun leurs parents et sont donc des parents collatéraux. Il en est de même des oncles et neveux, des cousins, etc.

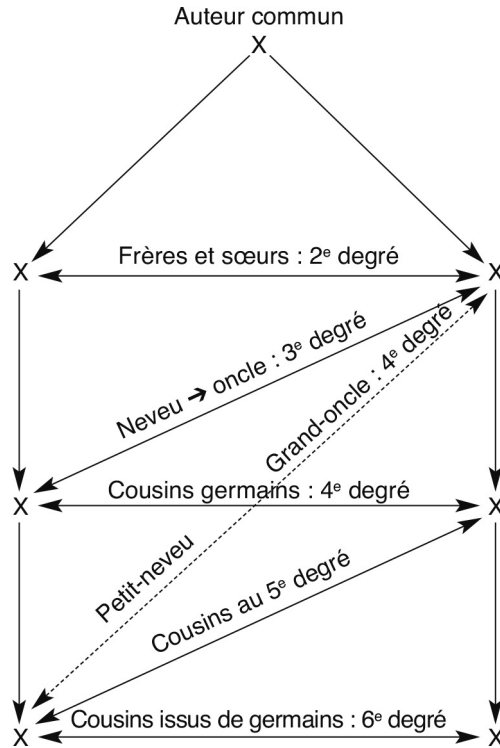
Cette parenté en ligne collatérale peut se trouver dans la ligne paternelle ou dans la ligne maternelle (oncle paternel ou maternel, etc.) ou encore dans les deux lignes à la fois. Entre frères et sœurs, par exemple, il peut y avoir un lien dans les deux lignes, s'ils ont les deux parents en commun : on les dénommera **frères et sœurs germains**.

Il peut y avoir un lien du *côté paternel* seulement si ce sont des demi-frères par leur père : on les dénommera **frères et sœurs consanguins**.

Il peut y avoir un lien du *côté maternel* seulement si ce sont des demi-frères par leur mère : on les dénommera **frères et sœurs utérins**.

Le calcul du degré de parenté en ligne collatérale s'effectue en additionnant le nombre de générations séparant chacun des intéressés de l'auteur commun (art. 743). Par exemple, entre frères et sœurs, le degré de parenté est le deuxième : une génération pour remonter du premier frère aux parents communs, une deuxième génération pour redescendre des parents communs au deuxième frère.

TABLEAU DE LA PARENTÉ EN LIGNE COLLATÉRALE



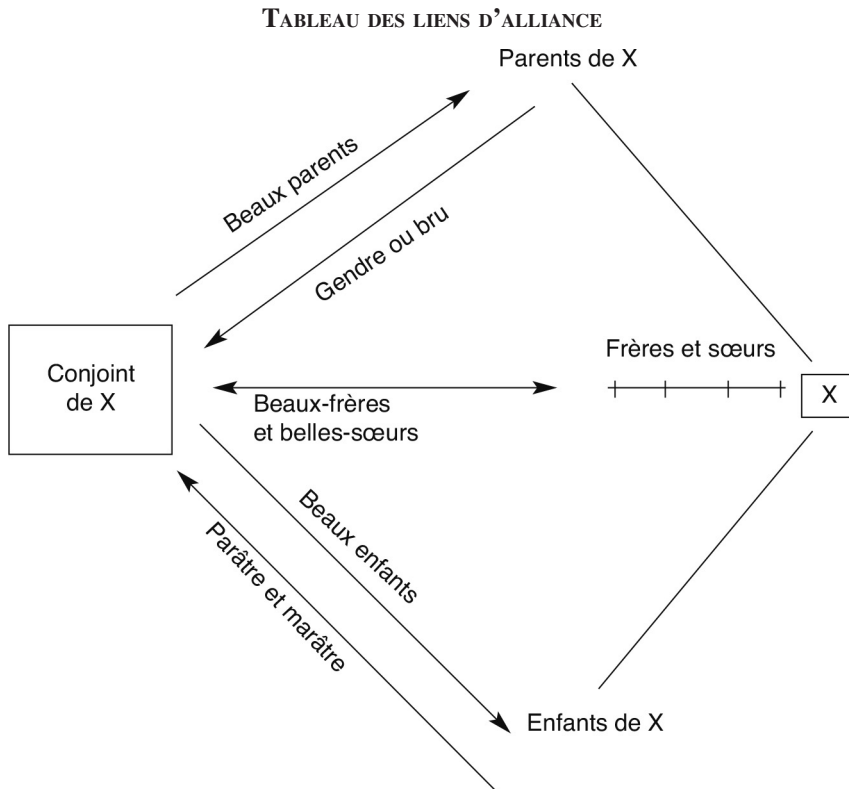
Le calcul de ce degré de parenté a une incidence notamment en *droit successoral* : on signalera, dès maintenant, que la vocation successorale va jusqu'au sixième degré. Il est beaucoup plus rare d'attacher des effets à la parenté en général, sans limite de degré (v. toutefois art. 449 et 456 pour le tuteur et le conseil de famille).

- 9 **Lien d'alliance.** *Le lien d'alliance* qui s'oppose au lien de parenté est celui issu d'un **mariage** (mais ni le PACS ni le concubinage ne peuvent créer de lien juridique d'alliance, en ce sens qu'ils se limitent aux intéressés sans s'étendre à leurs familles respectives). Ce mariage fait naître, bien entendu, au premier chef, un lien d'alliance *entre les époux*. Mais le lien d'alliance ne se limite pas là : le mariage fait également naître un lien d'alliance *entre chacun des époux et la parenté de l'autre*. C'est pourquoi le lien d'alliance existe également en ligne directe ou en ligne collatérale.

En ligne directe, il existe un lien d'alliance entre chaque époux et les parents de l'autre. Ceux-ci deviennent les *beaux-parents* de leur *gendre* ou de leur *bru* (souvent appelés aussi beau-fils et belle-fille).

Il existe également un lien d'alliance entre chaque époux et les enfants que l'autre peut avoir déjà d'une précédente union : le nouveau conjoint devient le *parâtre* ou la *marâtre* de ses *beaux-enfants* (le langage courant emploie plutôt les termes

de « beau-père » et « belle-mère », même s'ils font confusion avec les parents du conjoint).



En ligne collatérale, les frères et sœurs de chaque époux deviennent les *beaux-frères* et *belles-sœurs* du conjoint.

Le lien d'alliance se limite aux rapports de chaque époux avec la parenté de l'autre. Le mariage ne crée pas de liens généraux entre les deux familles, c'est-à-dire entre les parents d'un époux et les parents de l'autre. Ainsi les parents des deux époux, ou les frères des deux époux, n'ont aucun lien entre eux (faux beaux-frères), ce qui entraîne que, dans les « *familles reconstituées* », il n'existe aucun lien d'alliance entre les enfants « *personnels* » de chacun des deux époux.

§ 2. LE CERCLE FAMILIAL

10

Double conception générale. Ces deux fondements du lien familial, parenté et alliance, donnent naissance à *deux conceptions différentes* de la famille en général, selon la priorité que l'on donne à l'un ou à l'autre. *Si l'on*

donne le pas au lien de parenté, on se trouvera en présence d'une conception de la famille dite *lignage* ou *souche* (la *gens* du droit romain), cercle assez étendu. *Si l'on donne, au contraire, le pas au lien d'alliance*, on se trouvera en présence d'une conception de la *famille-foyer* (la *domus* du droit romain), cercle plus restreint.

L'évolution des civilisations démontre que l'on tend généralement à passer progressivement d'une conception de la famille-souche à la famille-foyer.

Ainsi, à **Rome**, la *gens*, tout d'abord, était le premier cadre familial, où même les enfants majeurs et leurs conjoints demeuraient placés sous la puissance du *pater familias*. Mais, au fur et à mesure de l'évolution du droit romain, l'on a assisté à un phénomène de rétrécissement de la famille et, sous l'Empire, c'est la conception de la famille-*domus* qui l'emportait.

La même évolution s'est retrouvée dans notre droit français. **L'Ancien Droit** faisait en effet incontestablement prédominer *le lignage* sur le foyer. Cela se marquait tout spécialement dans le droit des successions, où le conjoint n'avait que des prérogatives très limitées, n'ayant aucune vocation à la succession immobilière et n'ayant vocation sur les successions mobilières qu'à un usufruit (appelé *douaire* jouant le plus souvent au profit des veuves **douairières**). Le *Code civil*, dans sa rédaction primitive, était fortement inspiré de l'Ancien Droit et traduisait encore une conception de la famille-souche. Par exemple, un enfant, même majeur, ne pouvait se marier sans requérir le consentement, ou du moins l'avis (selon son âge) de ses parents. C'est au cours du *xx^e* siècle que le renversement de conception s'est totalement marqué. On a assisté à un phénomène de **rétrécissement de la famille** qui s'est traduit par un *dépérissement des conséquences juridiques du lignage au profit d'un renforcement du foyer*⁴.

11 Évolution : dépérissement du lignage au profit du foyer. Le *dépérissement des liens du lignage* s'est marqué essentiellement dans les mœurs, avant d'être consacré juridiquement. On peut en citer comme exemples le fait que les collatéraux n'ont aucune prérogative sur le plan personnel, aucune obligation, ni aucun droit alimentaire, que les ascendants n'ont qu'un rôle subsidiaire par rapport au conjoint (par exemple pour être désigné en qualité de tuteur d'un conjoint incapable majeur). Sur le plan patrimonial, les collatéraux peuvent être écartés de la succession par des dispositions testamentaires et, en toute occurrence, les tarifs fiscaux les déshéritent substantiellement (autre moitié) au profit de la collectivité nationale.

Parallèlement à ce dépérissement du lignage, s'est manifesté *un renforcement du foyer*. Le groupe qui constitue aujourd'hui la véritable famille est celui constitué par les époux et leurs enfants vivant au foyer. Toute une série de dispositions sont venues renforcer la place du conjoint dans les relations familiales.

Les institutions sociales, la protection du logement et des biens familiaux ont marqué cette prédominance du foyer seul concerné par la « *politique de la famille* » faite de multiples aides sociales. Sur le plan successoral, une série de réformes a

■ 4. Sur cette évolution, v. surtout J. CARBONNIER, *Cinquante années de transformation de la famille française*, Flexible Droit, LGDJ, 1983, p. 125 (texte non repris dans les éditions plus récentes). Et, de manière plus générale, LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996. – LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n^{os} 57 à 83.

amélioré la situation du conjoint survivant, tout particulièrement les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006.

Plus récemment, la nécessité d'un mariage juridique s'est estompée et le foyer se conçoit aujourd'hui autant formé de partenaires ou concubins que d'époux.

On peut donc dire que l'évolution récente du droit de la famille a été de *concentrer* celui-ci sur le foyer.

Il est parfois même proposé d'aller plus loin : l'idée de **famille « monoparentale »** se développe aujourd'hui avec l'accroissement à la fois des divorces sans remariage et des maternités sans mariage. La famille se réduit alors à l'extrême : un seul parent et, souvent, un seul enfant.

En outre, sa composition sociologique connaît une souplesse croissante et l'on voit se dégager une notion de « famille recomposée », sorte de combiné entre le modèle classique qui demeure attrayant et les impératifs de la liberté de rejeter des liens, serait-ce pour en créer d'autres.

Non sans un certain paradoxe, cette évolution qui fait du foyer, même variable, le centre de la vie quotidienne, protège par contrecoup la famille par le sang : car la facilité croissante à rompre le lien d'alliance (par divorce ou rupture du PACS) emporte que celui-ci est devenu plus fragile et moins durable que le lien de parenté : de ce point de vue, la famille-souche demeure ou redevient fondamentale au bénéfice d'une permanence plus assurée.

12 **Relâchement du lien et de la hiérarchie et promotion de la liberté individuelle.** Mais cette évolution s'est accompagnée ou, plus exactement, s'est trouvée relayée, depuis un demi-siècle, par un second phénomène social qui est celui du *relâchement du lien familial au bénéfice de l'idée de liberté individuelle*.

Pendant longtemps, la famille a été conçue comme une sorte d'unité militaire participant à l'organisation sociale générale, et organisée autour d'une structure marquée par un lien de hiérarchie puissant entre les mains du père de famille, maître à la fois de son épouse⁵ et de ses enfants. Mais, depuis le milieu du xx^e siècle, on a vu se former un droit de la personne humaine et apparaître un fort mouvement tendant au respect et à la consécration des différentes libertés individuelles. La solidarité patrimoniale étant assurée par les institutions étatiques, le lien personnel peut se relâcher et chaque individu prendre, sur le plan de sa personne, plus d'autonomie.

C'est pourquoi l'évolution contemporaine est celle de l'affirmation de l'*autonomie des individus* au sein de la famille qui ne peut que s'effectuer au détriment de la force du lien familial.

L'évolution individualiste suivie par notre droit des personnes a entraîné que la liberté de chacun des membres de la famille est de mieux en mieux protégée contre les atteintes que pourraient lui porter le lien et la hiérarchie de la famille, lesquels sortent naturellement diminués de cette évolution des choses. Si l'on pouvait déjà écrire en 1950 que « *l'histoire de notre droit civil du mariage depuis cinquante ans*

⁵ J. PORTEMER, *La femme dans la législation royale des deux derniers siècles de l'Ancien Régime* in *Mél. Petot*, Dalloz, 1959, p. 441.

est l'histoire d'une libération continue »⁶, on peut dire aujourd'hui que c'est toute l'histoire du xx^e siècle.

Cette évolution s'est marquée par le remplacement progressif de la hiérarchie par une égalité et une indépendance, tout particulièrement au sein du couple marié. Le mariage, comme on le verra en l'étudiant, ne fait plus naître l'ancien lien de hiérarchie caractérisé par la prédominance d'un chef de famille. La notion même de chef de famille a été abolie de notre droit civil par la loi du 4 juin 1970 (en 1982 seulement par le droit fiscal) et le mariage ne fait naître que des droits et obligations réciproques entre deux époux considérés sur un pied de stricte égalité aujourd'hui placé sous la protection de la Convention européenne des droits de l'homme⁷.

Quant aux liens, leur relâchement a permis une plus grande liberté de chacun. Il en résulte que le lien matrimonial est de moins en moins contraignant, ce qui se traduit, par exemple, par un accroissement de l'autonomie et de l'indépendance de chaque époux pendant le mariage, ainsi que par une plus grande facilité pour chaque époux de se libérer de ce lien par un divorce.

Au-delà de la hiérarchie, c'est l'idée même **d'engagement** qui s'est trouvée atteinte : même égalitaire, le mariage crée un lien juridique que la poussée de l'individualisme rejette souvent. C'est ce qui explique l'accroissement spectaculaire, depuis les années 1970, de l'union libre, puis l'instauration du PACS librement résiliable, et l'admission de véritables familles ou foyers sans mariage.

De même, l'abaissement de l'âge de la majorité est une manière de réduire au minimum la période pendant laquelle les enfants sont soumis à l'autorité parentale. On a pu écrire que le droit de la famille est devenu un droit « *individualiste, libérateur et émancipateur* », recherchant le bonheur de l'individu « *contre le groupe, contre le caractère indissoluble et sacré des liens et de la hiérarchie* » et en fin de compte un droit « *anti-familial* »⁸ et, dès 1984, le Conseil économique et social a relevé les « *évolutions sans précédent qui ont marqué la démographie des ménages au cours de la dernière décennie* », constatant l'abandon ou l'affaiblissement des « *principes du respect de la hiérarchie patriarcale, du respect de l'institution, de la force de la légitimité en matière de filiation et de succession, de l'engagement personnel solennel au profit d'une promotion des principes de la liberté personnelle, du respect de l'intérêt particulier de chacun des membres du couple en tant qu'individu, de l'égalité entre les membres du couple pendant le mariage dans leurs relations réciproques et dans leurs responsabilités et prérogatives à l'endroit de leurs enfants, de l'équité entre enfants naturels, adoptifs et légitimes* ». Le mouvement n'a fait que se renforcer pour aboutir à la véritable refondation du droit de la famille au début du XXI^e siècle (*infra*, n° 15).

■ 6. CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage* in *Mél. Ripert*, Dalloz, 1950, p. 328.

■ 7. Au point qu'une loi étrangère contraire ne peut recevoir application en France : Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 71 (pour une ancienne loi suisse donnant une priorité au mari sur certains droits patrimoniaux). – V. aussi pour les ruptures réservées au seul mari : Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2009, n° 08-20574 ; *Bull. civ. I*, n° 217. – Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2013, n°s 12-25802 et 12-21344.

■ 8. E. DU PONTAVICE, *Droit au bonheur et droit de la famille* in *Mél. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 678.

Certains y ont vu une crise de la famille⁹ mais toute évolution n'est pas crise : la famille vit différemment entre individus égaux et déglacée de la pression sociale, mais elle n'en est pas moins vivante pour autant.

L'individualisme peut aboutir à une satellisation extrême des cellules familiales : les « *familles monoparentales* » (où l'enfant est élevé par un seul parent à la suite d'un divorce ou par défaut de tout mariage) sont en nombre croissant, tout spécialement en milieu urbain.

Or ces phénomènes sont extrêmement importants, car le droit ne fait, en réalité, que suivre dans ces matières l'évolution des mœurs. C'est d'ailleurs l'un des traits fondamentaux du droit de la famille que cette dépendance de l'état des mœurs.

§ 3. LE DROIT FAMILIAL

- 13** **Originalité du droit de la famille.** Le droit de la famille présente, bien qu'il soit incontestablement une discipline appartenant au droit civil, une certaine originalité et une certaine autonomie au sein de celui-ci¹⁰ qui se traduit notamment par un foisonnement de publications et revues spécifiques¹¹. Ses traits particuliers se marquent tout à la fois dans son fondement, dans son évolution et dans son application.
- 14** **Quant à son fondement.** Quant au *fondement* du droit de la famille, il résulte essentiellement de l'état sociologique de la population à régir. Plus que toute autre branche juridique, ce droit est *dépendant des bouleversements sociologiques*. Il est directement influencé par les **conceptions morales**, ainsi que par les conceptions **religieuses** qui sont en vigueur dans une population à un moment donné. Il ne faut pas oublier à cet égard que, sous l'Ancien Droit, le droit de la famille ne dépendait pas de l'autorité publique mais de l'autorité ecclésiastique, de sorte qu'il se confondait purement et simplement avec la doctrine religieuse en la matière et qu'il en va encore ainsi dans de nombreux pays (notamment musulmans).
- Si la séparation de l'Église et de l'État, puis la distorsion des conceptions religieuses et des conceptions sociologiques se sont accentuées et ont rompu ce lien, certaines traces importantes en subsistent¹².
- 15** **Quant à son évolution contemporaine.** L'évolution qu'a subie le droit de la famille au cours du dernier demi-siècle est d'ailleurs caractéristique de cette dépendance vis-à-vis de l'état des mœurs de la population.

■ 9. E. DE LAGRANGE, *La crise de la famille* in *Mél. Weill*, Dalloz, 1983, p. 353.

■ 10. Sur cette originalité, v. E. du PONTAVICE, *L'autonomie du droit de la famille*, 1974 ; Archives philosophiques du droit 1975. – H. GAUDEMET-TALLON, *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*, *RTD civ.* 1981.719. – HAUSER, *Grandeur et décadence du droit de la famille à la fin du xx^e siècle* in *Mél. Huet-Weiller*, Dalloz, 1996, 235.

■ 11. V. la bibliographie, *infra*, n° 22.

■ 12. V. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, *RTD civ.* 1995, 249 et *Modèles et normes en droit contemporain de la famille* in *Mél. Mouly*, 1998, 281 et s.

C'est, en effet, une constatation sociologique que l'importante évolution de l'état des mœurs en Occident depuis les années 1950-1960. Et l'on remarque que le droit de la famille a partout subi un bouleversement total depuis un demi-siècle. En France, aucune partie du droit civil n'a été aussi profondément remaniée que le droit de la famille. C'est au point qu'à l'heure actuelle il ne subsiste à peu près rien non seulement du Code civil initial, mais même du droit positif des années 1950-1960.

Dans ce bouleversement total, on peut distinguer trois phases.

— **La première** est celle d'une **refondation** que l'on peut appeler la « *rénovation Carbonnier* », du nom de l'auteur de la plupart des projets ayant abouti aux lois concernées. Ainsi une loi du 14 décembre 1964 a refondu la matière du droit des *tutelles des mineurs* ; une loi du 13 juillet 1965 a refondu le régime *des rapports patrimoniaux entre les époux* ; une loi du 11 juillet 1966 a réformé *l'adoption* ; une loi du 4 juin 1970 a remplacé la puissance paternelle par *l'autorité parentale* qu'elle a organisée ; une loi fondamentale du 3 juillet 1972 a entièrement refondu *le droit de la filiation* ; une loi du 5 juillet 1974 a abaissé *l'âge de la majorité* à 18 ans ; une loi du 11 juillet 1975 a entièrement refondu *le droit du divorce*.

— **La deuxième phase** a été celle des **retouches** apportées aux réformes (dites parfois « *toilettes* ») : une loi du 22 juin 1982 a modifié, sur un point précis mais de portée considérable, l'établissement de la **filiation naturelle**, tandis qu'une loi du 10 juillet suivant organisait la collaboration professionnelle entre époux dans les professions commerciales, artisanales et libérales ; une loi du 23 décembre 1985 est venue achever l'égalité entre les époux dans le domaine patrimonial, tant en ce qui touche leurs biens que l'administration de ceux de leurs enfants ; une loi du 22 juillet 1987 a adopté le droit de **l'autorité parentale** au développement des divorces (en organisant la « *garde conjointe* ») et des concubinages (en facilitant l'éducation en commun des enfants naturels) ; une loi du 8 janvier 1993 a retouché de multiples points, à la fois quant à **l'autorité parentale** (sur les enfants naturels), quant à la **filiation (naturelle)** et, plus profondément à terme, quant à la **juridiction familiale** (création du juge aux affaires familiales). Une loi du 5 juillet 1996 a retouché (plus que réformé) le droit de **l'adoption** et une loi du 30 juin 2000 a modifié la prestation compensatoire après divorce.

— **La troisième phase** est celle que nous vivons à l'heure actuelle et que l'on pourrait appeler celle de la **révolution du XXI^e siècle**. C'était une erreur de penser que le nouvel état issu de la refondation précédente s'installerait dans la stabilité. Les mouvements tectoniques de la société se sont poursuivis et le changement de siècle s'est marqué par de nouvelles transformations, souvent plus radicales que les précédentes : institution du PACS (loi du 15 novembre 1999, refondue par celle du 23 juin 2006) ; réforme du droit des successions (loi du 23 juin 2006 précédée de celle du 3 décembre 2001 sur les droits du conjoint survivant) ; refonte du droit de l'autorité parentale (loi du 4 mars 2002 et ordonnance du 15 octobre 2015) ; instauration d'un régime du nom de famille (autre loi du 4 mars 2002 puis du 4 juillet 2005) ; réforme du divorce (loi du 26 mai 2004 et du 18 novembre 2016) ; transformation totale du droit de la filiation (d'abord par les lois « *bioéthique* » du 29 juillet 1994 et 6 août 2004, et ensuite et surtout par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et sa ratification modificative la loi du 16 janvier 2009) ; refonte du droit des incapables

(loi du 5 mars 2007) ; rénovation de la juridiction familiale (loi du 12 mai 2009) ; mesures de protection contre les violences conjugales (loi du 9 juillet 2010) ; ouverture du mariage aux couples de même sexe (loi du 17 mai 2013). Et ce mouvement se poursuit, comme en atteste le débat sur l'ouverture à tous de la procréation médicalement assistée (PMA), voire le sort à réserver à la gestation pour autrui (GPA).

16 Facteurs de révolution. C'est que, malgré la refondation de 1960-1975 (conçue d'ailleurs à bien des égards par son auteur même comme destinée à faciliter des transitions et non à cristalliser de nouveaux régimes), l'état du droit s'est trouvé de nouveau dépassé par un triple bouleversement :

— *sur le plan scientifique*, les progrès révolutionnaires de la médecine (transsexualisme, procréation assistée, empreintes génétiques) ont ébranlé ou rendu obsolètes de nombreuses règles classiques ; ils ont conduit aux lois du 29 juillet 1994, dites « lois sur la bioéthique » (révisées en 2004, puis en 2011 et 2013) concernant à la fois le régime du corps humain et la procréation médicalement assistée puis à la refonte du droit de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et la loi du 16 janvier 2009 ;

— *sur le plan juridique*, l'intervention croissante de conventions internationales, au premier rang desquelles la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant (mais aussi des traités quant à la compétence judiciaire et les effets des décisions étrangères), obligent inévitablement à un renouvellement profond¹³, par exemple en matière de rejet des discriminations (égalité des filiations, reconnaissance d'une vie familiale homosexuelle, droit au regroupement familial) ;

— *sur le plan sociologique*, on a assisté à une vive accélération de l'effort déjà amorcé par les lois de 1972 sur la filiation et de 1975 sur le divorce pour mettre à l'écart des jugements d'ordre moral au profit d'une « objectivisation », des situations où l'on a pu voir les bases d'une « théorie générale du droit familial » repoussant les discriminations¹⁴, parfois non sans résistances, comme lors des mouvements de foule au moment de l'introduction du PACS en 1999 et du mariage pour tous en 2013.

17 Quant à son application. Enfin, en ce qui concerne l'application, le droit de la famille présente une originalité certaine. L'application directe de la règle de droit se heurte, en effet, à des difficultés sociologiques ici plus qu'ailleurs. L'intervention du juge est délicate dans les rapports qui se nouent au sein de la famille. Lorsque ces rapports sont bons, ils font normalement partie du domaine du *non-droit*. Ce n'est qu'en cas de difficultés extrêmes, caractérisant l'existence d'une crise, que la règle de droit trouvera à s'appliquer. C'est donc une matière où la règle de droit présente un *grand degré d'ineffectivité* : on entend par là le phénomène de déperdition de la règle de droit, c'est-à-dire le phénomène de non-respect en pratique des principes figurant dans la loi.

■ 13. V. notamment « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille » (Colloque de LERADP de Lille), LGDJ, 1996. – VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. L'Harmattan, 2001. – A. GOUTTENORE, *La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Dr. fam.* 2013, étude n° 3.

■ 14. V. J. HAUSER, *Vers une théorie générale du droit familial ?*, D. 1991, chron. p. 56.

Cette difficulté est, en réalité, causée par l'*impuissance* de la seule règle de droit à régler les *conflits de nature familiale*. Ce n'est pas une décision de justice qui pourra apaiser des conflits entre époux ou résoudre des difficultés d'éducation d'un enfant. Comme on l'a souligné, « *les procès familiaux ne ressemblent pas aux autres* »¹⁵. L'expérience confirme, il est vrai, qu'ils sont souvent aussi âpres et passionnels que des procès entre... voisins.

Cette ineffectivité ne semble d'ailleurs plus se limiter aux cas de conflits familiaux : depuis quelques années, elle gagne les institutions mêmes de la famille et l'on relève une désaffectation pure et simple des jeunes générations pour les cadres légaux et une tendance à vivre en dehors d'eux, tout particulièrement du mariage. C'est que, de plus en plus, la vie familiale est conçue comme constituant un domaine réservé, purement privé, qui échappe à l'emprise étatique. On a pu parler de « *privatisation* » de la famille, rejetant l'autorité publique au seul rôle d'arbitre des conflits individuels, comme dans les autres matières, sans légitimité pour exercer un contrôle en dehors de ces conflits : très significatif de ce recul est l'ouverture en 2013 du divorce sans juge en cas de consentement mutuel des époux (v. *infra*, n^{os} 444 et s.). Et l'on constate que les États eux-mêmes, et les organismes supra nationaux plus encore, organisent et protègent la vie familiale contre l'intervention de la puissance publique¹⁶. Autrefois considérés comme intéressant au premier chef l'ordre public en ce que l'organisation sociale dans son ensemble reposait sur la « cellule de base » qu'était la famille, les relations familiales tendent à être aujourd'hui regardées comme purement privées. D'où le recul du rôle du droit pénal¹⁷ et, même du point de vue purement civil, l'effacement de la notion d'ordre public au profit d'une libre organisation de leurs relations par les individus (auxquels plusieurs modèles sont parfois proposés, en particulier pour la vie en couple : cf. *infra*, n^o 23 et s.).

- 18 Rayonnement du droit de la famille.** De plus en plus, le statut familial intéresse d'autres domaines que le droit civil. Le « *Code de la famille* » au titre trompeur n'est qu'un ensemble de dispositions d'ordre social. Le droit administratif lui-même a dégagé des principes généraux du droit de la famille, à partir du droit fondamental à une « *vie familiale normale* »¹⁸, cependant que le droit social, le droit fiscal, le droit de la sécurité sociale et de la santé publique, ou encore le droit du travail prennent de plus en plus en compte l'originalité de la famille¹⁹.

■ 15. MALAURIE et FULCHIRON, n^o 41.

■ 16. J.-B. D'ONORIO, *La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe*, RTD civ. 1988.I.

■ 17. V. BICHERON, *La protection de la famille par le droit pénal*, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 539 et s.

■ 18. V. GEFFROY, *La famille dans la jurisprudence administrative*, D. 1986, chron. 1.

■ 19. Faculté de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983. – ALLIARD, *Famille et droit public*, LGDJ, 1996. – FARGE et MARIA (dir.), *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, éd. Varenne, 2014.

§ 4. LA JURIDICTION FAMILIALE

19

Création progressive d'un juge familial. Conscient de la particularité du droit de la famille, le monde judiciaire a ressenti de plus en plus fort l'inadaptation des juridictions de droit commun, pour intervenir en ce domaine. Il y aurait aujourd'hui une sorte d'incongruité à faire trancher ces matières par le même juge qui statue sur les crédits bancaires ou la responsabilité des architectes.

C'est pourquoi la tendance récente a été de spécialiser certains magistrats dans ces matières afin que leur intervention ne soit plus la pure manifestation d'un pouvoir de décision, mais se nuance de la recherche d'une solution faisant appel, au-delà des règles de droit, à des éléments psychologiques, sociologiques, etc.

Le *juge des enfants* est apparu le premier, le magistrat spécialisé dans ce qui concerne les difficultés d'éducation de l'enfant, notamment dans leurs aspects « disciplinaires ».

Puis des *chambres de la famille* ont été créées dans certaines juridictions, qui ont permis, en 1975, l'apparition du *juge aux affaires matrimoniales*, qui doit régler, par un mélange de décision et de conciliation, les difficultés apparaissant lors du divorce ou après celui-ci. Plus récemment, provenant en particulier du Canada, sont apparues l'idée et la pratique de recourir en la matière aux services de médiateurs.

Ces « essais » ont abouti à la création, en 1993, du « *juge aux affaires familiales* » puis à l'extension de ses compétences par la loi du 12 mai 2009 (CPC, art. 1070 et s. et C. organisation judiciaire, art. L. 213-3 et s.), le décret du 17 décembre 2009, puis encore la loi du 9 juillet 2010 sur les violences conjugales (C. civ., art. 515-9 et s.) et son décret d'application du 29 septembre 2010. Ce « *JAF* », membre spécialisé du tribunal de grande instance, regroupe entre ses mains les compétences autrefois éclatées entre le juge des tutelles, le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance ou son président : conflits en cours d'union entre époux, pacsés ou concubins, contentieux du divorce, des séparations et de leurs suites (quel que soit le fondement juridique : indivision, enrichissement sans cause, société de fait, responsabilité civile, etc.), questions de nom et d'autorité parentale, mise en œuvre des obligations alimentaires, sont de son ressort. Seuls continuent de lui échapper les procès relatifs à l'état de l'enfant (filiation ou adoption), qui doivent être jugés de façon collégiale par le tribunal de grande instance, et les mesures d'assistance éducative qui restent du ressort du juge des enfants.

20 Promotion de la médiation et de l'audition d'enfants. Dans cette procédure, deux mouvements contemporains sont remarquables :

— l'encouragement à la médiation familiale (cf. par ex. C. civ., art. 255 en matière de divorce et art. 373-2-10 en matière de litiges parentaux)²⁰, pratique qui peine cependant à entrer dans les mœurs judiciaires quotidiennes du fait de la difficulté à trouver les titulaires de toutes les qualités et aptitudes nécessaires à cette

■ 20. V. JUSTON, *L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant*, *Dr. fam.* 2008, étude 10. – Dossier *AJ Famille* 2003, 48.

mission particulièrement délicate, ce qui peut conduire à la recherche en la matière d'autres autorités que le juge²¹;

— la promotion procédurale de l'enfant qui, cessant désormais d'être simple « *objet* » de litige, s'est vu reconnaître le droit d'être entendu et représenté au cours de toute procédure le concernant, d'abord timidement en 1993 puis de façon impérative par la loi du 5 mars 2007 relayée par un décret du 20 mai 2009 (cf. *infra*, n° 667).

- 21 Plan.** Le tableau du droit civil de la famille qui constitue l'objet de cet ouvrage commande d'étudier séparément les liens de parenté et d'alliance qui forment la famille avant d'envisager les effets plus larges du lien familial. Quoique le lien de descendance soit aujourd'hui juridiquement autonome par rapport au couple dont l'enfant est issu (en ce sens que le lien de celui-ci avec chacun de ses parents ne dépend plus de la relation juridique existant entre eux), de sorte que d'un point de vue individuel le lien de descendance (qui existe dès la naissance) précède le lien d'alliance (que chacun peut créer au cours de sa vie), ce qui justifierait d'étudier le droit de l'enfant avant celui du couple²², des raisons pédagogiques jointes au constat qu'en fait la formation d'un couple précède la venue d'enfants conduisent à maintenir l'ordre traditionnel qui sera présenté en trois parties :

— **l'alliance**, c'est-à-dire le droit du couple, uni soit par le mariage (alliance classique et véritable), soit par des formes plus récemment organisées de « *quasi-alliance* » ;

— **la descendance**, c'est-à-dire le droit de l'enfant tant du point de vue de son état civil (quel que soit son âge) que de celui de son éducation (pendant son enfance) ;

— **la solidarité familiale** qui exprime, de manière plus générale, l'appartenance à un même groupe familial.

- 22 Bibliographie.** La transformation totale de la matière a rendu caducs les ouvrages des XIX^e et XX^e siècles, dont l'intérêt est devenu d'ordre historique.

Sur cette histoire du droit de la famille, voir :

— LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

— LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 67 à 83.

Sur le droit actuel, voir principalement les écrits de CARBONNIER :

— *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, t. 1, 2004, n° 384 à 662 ;

— *Écrits rassemblés en 2008*, PUF, p. 37 à 375.

Sur les ouvrages courants :

— A. BATTEUR, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 9^e éd., 2017.

— G. CORNU, *La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006.

— P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 7^e éd., 2017.

— V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, Lexis Nexis, 2016.

— LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, 1^{re} année*, Dalloz, 18^e éd., 2013.

■ 21. V. SAULIER, *La multiplication des autorités en droit de la famille*, *Dr. fam.* 2017, étude 17.

■ 22. C'est le choix fait et expliqué par CARBONNIER dans sa dernière édition : *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 405.

- LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014.
- MALAURIE et FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011.
- O. ROY, *Droit de la famille*, Archétype 82, 2014.
- TERRÉ, GOLDIE-GÉNICON et FENOUILLET, *Les personnes, la famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018.

À quoi il faut ajouter des **revues périodiques** spécifiquement dédiées au droit de la famille :

- Actualité Juridique Famille (AJ Famille), mensuel Dalloz.
- Droit de la famille (Dr. fam.), mensuel LexisNexis.
- L'Essentiel, droit de la famille (LEFP), mensuel Lextenso.
- Revue Juridique personnes et famille (RJPF), mensuel Lamy.

PREMIÈRE PARTIE

L'ALLIANCE

23 Évolution sociologico-juridique. Pendant longtemps, le seul couple envisagé par la loi était le couple marié. Le mariage était la seule forme d'union reconnue et organisée tant par le droit canon (régissant seul les relations familiales sous l'Ancien Régime) que par le Code civil qui laissait délibérément hors de son champ le concubinage (sous la déclaration de Bonaparte : « *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* »).

Le mouvement de libéralisation sociologique qui s'est accentué au cours de la seconde partie du xx^e siècle a fait céder cette exclusivité.

D'abord au profit des **couples hétérosexuels** non mariés. L'ignorance juridique du concubinage a fait place peu à peu à des textes particuliers attachant certains droits à des situations de concubinage (en matière de sécurité sociale, de bail, de responsabilité, etc.). Et, à deux reprises en juillet 1994, le législateur lui-même a consacré la notion de « *couple* » sans distinguer entre mariés et concubins (lois du 25 juillet sur la politique familiale et du 29 juillet sur la bioéthique quant à la procréation médicalement assistée).

Le législateur a fini par donner lui-même une définition générale du concubinage, permettant la mise en œuvre de ces dispositions ponctuelles et surtout proclamant ainsi la sortie des concubins du « *non-droit* » (art. 515-8 du Code civil issu de la loi du 15 novembre 1999 sur le PACS). En même temps, il a offert un cadre juridique à ceux qui souhaitent organiser leur union sans vouloir ou pouvoir s'inscrire dans le moule strict du mariage : le PACS.

C'est ensuite le cas des **couples homosexuels** qui a fait l'objet, mais avec beaucoup de difficultés, de la reconnaissance légale.

Il a d'abord fallu déclarer non fautives les relations homosexuelles : longtemps réprimées en tant que telles, elles n'ont cessé de constituer une infraction pénale spécifique que par une loi du 4 août 1982¹. Il en résulte par exemple que le

■ 1. Commentaire JESTAZ, *RTD civ.* 1982.795.

licenciement de l'intéressé pour ce motif est abusif². La Convention européenne des droits de l'homme prohibe toute répression de l'homosexualité entre majeurs³.

Mais le mouvement tendant à prolonger cette libéralisation sur le plan civil par la reconnaissance d'un concubinage homosexuel, produisant les mêmes effets que tout autre concubinage, s'étant heurté à la résistance de la Cour de cassation⁴ malgré quelques rébellions⁵, il a fallu la loi du 15 novembre 1999, votée après un débat de société passionné, pour que les couples homosexuels se voient reconnaître droit de cité, tant au titre de la définition générale du concubinage visant « deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (art. 515-8 du Code civil) que par l'ouverture à leur profit du PACS⁶.

La Convention européenne des droits de l'homme, qui prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, est aujourd'hui lue comme renforçant ce mouvement⁷, jusqu'à la condamnation d'une loi organisant un partenariat réservé aux hétérosexuels⁸.

Et la dernière phase a consisté à ouvrir, par la loi du 17 mai 2013, le mariage civil aux couples de même sexe, comme l'avaient déjà fait de nombreux pays depuis le début du siècle, mais non sans de vifs débats (cf. *infra*, n° 32), la prochaine étant peut-être l'ouverture à leur profit de la procréation médicalement assistée (v. *infra*, n° 568).

24 **Triple cadre juridique.** Désormais donc, l'union de deux personnes peut concerner tous les couples, hétérosexuels ou homosexuels, et peut suivre trois régimes juridiques : le mariage, le PACS et le concubinage.

Ces trois régimes seront successivement étudiés, l'examen du premier étant incomparablement plus long que celui des autres non seulement parce qu'il est (encore ?) le plus pratiqué, mais surtout en raison de la complexité de sa rupture en l'état actuel du droit français.

■ 2. Pour un sacristain d'église : Soc., 17 avril 1991, *Bull. civ. V*, n° 201.

■ 3. CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon*, condamnant l'Irlande et 22 avril 1993, *Modinos*, condamnant Chypre (cf. *JCP* 1994.I.3742, n° 5 et 28).

■ 4. Soc., 11 juillet 1989, deux arrêts : *JCP* 1990.II.21553 et les remarquables conclusions DORWING-CARTER constituant une étude exhaustive, sur les plans historique, sociologique et juridique, de l'homosexualité : *D.* 1990.582, note MALAURIE. – V. la critique RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1990.53. – Cass. 3^e civ., 17 décembre 1997, *D.* 1998.111, concl. (contraires) WEBER, note (approbative) AUBERT ; *Deffrénois* 1998.404 et la note (critique), refusant au compagnon homosexuel le titre de « concubin » qui lui donnerait droit au transfert du bail lors du décès du locataire.

■ 5. Pour la réparation du préjudice en cas de décès de l'un des intéressés : TGI Belfort, 25 juillet 1995, *JCP* 1996.II.22724, note PAULIN.

■ 6. V. NICOLAS-MAGUIN, *La formation du couple : entre liberté et contraintes*, *Mél. Goubeaux*, 2009-385.

■ 7. Si les législations fermant le mariage aux couples homosexuels ne sont pas contraires à la Convention (CEDH, 24 juin 2010, n° 3041/04, *Schak et Kopf c/ Autriche*), celles excluant de façon générale ces couples du bénéfice des dispositions familiales le sont (CEDH, 2 mars 2012, n° 13102/02, *Kozac c/ Pologne*).

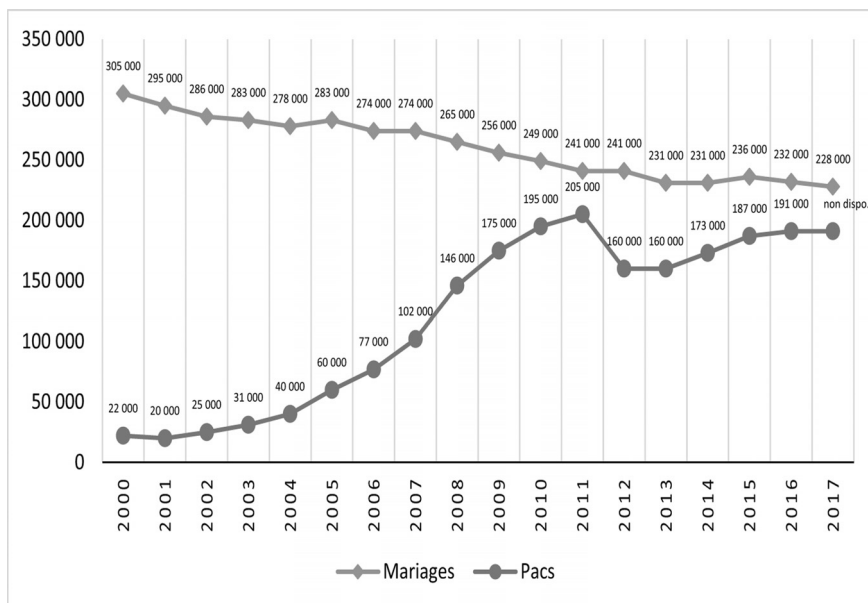
■ 8. CEDH, 7 novembre 2013, *D.* 2013.2889, note LAFFAILLE.

Mais il n'est pas inutile de fournir d'emblée une vue générale rapide de la situation comparée de ces trois régimes :

TABLEAU COMPARÉ DES FORMES D'UNION

		Mariage	PACS	Concubinage
Formation	Mineurs	Non (dispense)	Non	Oui
	Homosexuels	Oui	Oui	Oui
	Interdiction de la bigamie et de l'inceste	Oui	Oui	Non
	Formation formaliste	Oui	Oui	Non
	Obligations juridiques	Oui	Oui	Non
	Effets fiscaux	Oui	Oui	Non
Effets	Droits sociaux	Oui	Oui	Oui
	Droits locatifs	Oui	Oui	Oui
	Droits successoraux	Oui	Non	Non
Dissolution	Dissolution judiciaire	Oui	Non	Non
	Dissolution unilatérale	Non	Oui	Oui

ÉVOLUTION DU NOMBRE DE MARIAGES ET DE PACS



Sous-partie 1

LE MARIAGE CIVIL

25 Définition du mariage. Elle n'apparaît pas dans le Code civil qui se contente d'en préciser les conditions et les effets.

Si chacun sait de quoi il s'agit, il n'en est pas moins difficile de définir le mariage, et ce pour deux raisons : la première provient de la double finalité qu'on peut lui prêter (perpétuer l'espèce ou vivre ensemble) et des différents aspects du mariage, aspects sociaux, religieux et moraux qui se laissent mal insérer dans une définition juridique ; la seconde résulte du double sens du mot mariage qui désigne tantôt l'*acte instantané* qui donne naissance à cet état, tantôt l'*état lui-même, continu*.

Compte tenu de ces difficultés, on peut dire que le mariage est un *acte juridique solennel*, par lequel deux personnes établissent une union organisée par la loi civile et dont la rupture ne peut être obtenue que dans des conditions déterminées.

Le mariage apparaît ainsi comme un **accord de volontés en vue d'adhérer à un modèle légal**. Un débat s'est alors instauré sur sa nature juridique, contrat ou institution : un peu vain, ce débat est resté en suspens, bien que l'admission du divorce par consentement mutuel depuis 1975 ait rapproché le mariage du contrat. En réalité, tout comme le mariage catholique est indivisiblement contrat et sacrement, le mariage civil participe à la fois du contrat et de l'institution : évidemment plus proche de l'institution lorsqu'il était l'acte fondateur de la famille, il s'est rapproché du simple contrat depuis qu'il existe une famille (et un lien identique envers les enfants) sans mariage, de sorte que celui-ci apparaît de plus en plus comme ne concernant que la relation entre les époux eux-mêmes. Ne reste dans l'orbite de l'ordre public que la sortie du mariage (qui ne peut faire l'objet d'un accord à l'avance, comme c'est le cas dans un contrat).

26 Éléments historiques¹. Le **mariage romain**, du moins à partir de l'époque où la personnalité juridique a été reconnue à la femme², reposait sur une volonté continue, dont la persistance était nécessaire au maintien du lien : la cessation du

■ 1. V. *Histoire du mariage*, sous la direction de S. MELCHIOR-BONNET et C. SALLES, éd. Laffont, 2009.

■ 2. Sous le vieux droit romain, elle était comme les enfants sous la puissance juridique du *pater familias*.

consentement de l'un seul des deux époux lui faisait perdre son fondement, et chaque époux pouvait donc y mettre fin par volonté unilatérale.

Le **droit canon** a imposé une conception toute différente, qui devait dominer la matière jusqu'au xx^e siècle³. Acte volontaire et libre, le mariage canonique résulte de l'accord initial des époux, à l'origine efficace par lui-même, même s'il était clandestin, puis soumis par le Concile de Trente au témoignage d'un officier du culte. Acte charnel, le mariage canonique n'est parfait que par la consommation⁴. Enfin, l'indissolubilité du mariage canonique, qui oppose la religion catholique à presque tous les autres systèmes et jusqu'aux autres branches de la doctrine chrétienne (protestante et orthodoxe), a considérablement pesé, d'une influence qui n'est d'ailleurs pas toujours éteinte, sur la question du divorce.

Le pouvoir civil ne s'est séparé des dogmes canoniques que très progressivement.

Sous l'**Ancien Régime**, où le droit de la famille dépendait entièrement des autorités ecclésiastiques, le mariage était un *acte religieux*. En tant que *sacrement*, il ne pouvait être détruit par le divorce. Cependant, dans les derniers temps de la monarchie, on a admis le mariage des non-catholiques par une déclaration faite au choix devant un juge royal ou une autorité religieuse. Cette exception ouvrait la brèche à la sécularisation du mariage qui fut consacrée sous la Révolution. La Constitution de 1791 proclamait : « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ».

La brutale rupture ainsi tentée par le *Droit révolutionnaire* a été tempérée par le Code civil de 1804, et plus encore par la Restauration qui a réintroduit l'indissolubilité demeurée jusqu'en 1884. Du moins en est-il resté la séparation du mariage religieux et du mariage civil, qui a permis ensuite à ce dernier de se défaire de l'emprise catholique, d'une façon d'ailleurs très lente et progressive, comme l'ont encore montré en 2013 les très vives résistances au « mariage pour tous », signe d'une assimilation sous-jacente encore forte (v. *infra*, n° 34) que l'on eût peut-être atténuée si l'on avait pris soin de préciser dans le Code civil lui-même que c'est le « mariage civil » qui y est organisé.

27 **Éléments sociologiques.** Il est fréquent de parler d'une désaffection du mariage : le thème n'est pas nouveau⁵.

Les statistiques confirment cette observation : en une génération, le nombre annuel de célébrations a diminué de presque la moitié (416 000 en 1972, 305 000 en 2000 et 22 800 en 2017).

Cette évolution est quasiment identique dans tous les pays européens.

Durant les années 1970, l'apparition en masse du phénomène de la cohabitation juvénile a fait penser que la diminution du nombre des mariages traduisait une situation temporaire, et plutôt un recul de l'âge du mariage précédé d'une période

■ 3. V. BUFFELAN-LANORE, *Le mariage du droit canonique au droit contemporain*, Mél. Champenois, 2012, p. 113 – R. LIBCHABER, *La notion de mariage civil*, Mél. Jestaz, Dalloz 2006, p. 327.

■ 4. À la consommation physique, certains théologiens contemporains tendent à assimiler la consommation morale, afin de pouvoir en déduire la nullité des unions dans lesquelles la vie conjugale a désintégré la personnalité des époux qui n'ont pas ainsi consenti librement à la consommation morale : v. MAC AVOY, *Mariage et divorce : Études*, 1974, 269.

■ 5. V. déjà NAST, *Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal*, D. 1938, chron. 37. – PLANIOL, *Droit civil*, 1^{er} éd., t. 1, n° 695.

plus ou moins longue d'essai. Mais cette opinion ne semble pas vérifiée et l'augmentation du nombre de **célibataires définitifs** paraît aujourd'hui importante et certaine.

Tout particulièrement, on observe, à côté d'une montée en flèche du nombre de divorces, une augmentation considérable du refus des divorcés de se remarier, ainsi qu'une proportion importante de concubins ou pacsés n'envisageant pas de se marier.

Malgré cette évolution, il faut constater qu'un certain attachement social au mariage demeure⁶, tout particulièrement dès que le couple envisage une postérité. C'est sans doute en ce sens qu'il faut interpréter l'*élévation* de l'âge moyen des époux : on se marie aujourd'hui en moyenne à 32 ans pour les hommes et à 30 ans pour les femmes (moyenne qui était de 25 et 23 ans en 1980).

Le modèle matrimonial a changé : le mariage traditionnel conçu comme un engagement définitif d'adhérer à un modèle social régresse au profit d'une union où priorité est donnée aux sentiments et à la souplesse des choix individuels. Il est de plus en plus conçu comme une formalité donnant acte à la société de la formation d'un couple nouveau, et dont l'élément déterminant est le plus souvent l'intérêt des enfants, les termes de cet accord et sa durée relevant des seuls conjoints.

Ce nouveau modèle matrimonial dont les sociologues démontrent la force ne correspond pas à la conception de notre droit qui régleme tant les conditions que les effets et la dissolution du mariage, ce que nous étudierons en quatre titres :

Titre 1. – La formation du mariage : l'acte de mariage

Titre 2. – Le statut des gens mariés : l'état de mariage

Titre 3. – Le relâchement du mariage : les séparations

Titre 4. – La dissolution du mariage : veuvage et divorce

■ 6. Pour une réflexion sur le sens actuel du mariage, v. G. RAYMOND, *Bicentenaire in Mél. Cornu*, PUF, 1994.359. – FULCHIRON, *De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle*, *Mél. Jacques Foyer*, Economica, 2008, 395.

TITRE 1

L'ACTE DE FORMATION DU MARIAGE CIVIL

28 La liberté du mariage, droit de l'homme et liberté fondamentale. Dans beaucoup de sociétés, la cellule familiale que crée le mariage joue un tel rôle dans l'édifice social en son entier qu'est regardé comme naturel un droit de regard, voire un droit de décision ou d'interdiction, du groupe social sur la formation du mariage : d'où le rôle tutélaire ou décisionnel des familles ou des autorités dans de nombreux systèmes qui n'appartiennent pas qu'au passé et au théâtre de Molière, mais se rencontrent aussi dans des civilisations contemporaines.

La promotion en Occident du principe de liberté individuelle, qui trouve sa source dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais n'a pris son essor véritable qu'au milieu du xx^e siècle, a entraîné la consécration à cette période de la liberté nuptiale comme faisant partie des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Non point par le Code civil, qui a conservé sur ce point son mutisme napoléonien, mais par des instruments internationaux auxquels la France a adhéré.

Ainsi l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, charte des libertés individuelles proclamée en 1948 par les Nations unies, dont l'article 16 est ainsi conçu :

« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille.

Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et le plein consentement des futurs époux ».

Les mêmes termes sont repris par l'article 23 du Pacte international de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, tandis que la Convention européenne des droits de l'homme proclame en son article 12 que « l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »¹.

■ 1. La Cour européenne veille à ce que ces lois ne portent pas atteinte à la substance de ce droit : ainsi a-t-elle jugé excessifs certains empêchements édictés par la loi suisse ou la loi anglaise (*infra*, notes 3 et 10) et pourrait faire de même pour certains des nôtres (*infra*, n° 46).

Ce qui a permis au Conseil constitutionnel de reconnaître, au moins par deux fois, la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage².

29 Le triptyque de cette liberté. À l'analyse, cette liberté se compose de trois attributs : le droit de se marier, le droit de choisir librement son conjoint, le droit de ne pas se marier.

— Droit de se marier

Pourvu qu'il remplisse les conditions posées par la loi, l'individu reçoit le droit de se marier comme une prérogative d'ordre public. Aucune autorité administrative ou judiciaire ne peut l'en priver : il n'existe pas de peine, si grave soit-elle, qui emporte une interdiction de se marier³ et le Conseil d'État annule les dispositions statutaires qui interdiraient à certains agents de l'État de se marier, en réservant toutefois le cas où cette interdiction résulterait des « *nécessités particulières* » des fonctions en cause⁴.

La jurisprudence civile a eu à connaître des **clauses de célibat** qui subordonnent, dans un acte juridique, les droits d'une personne à la condition qu'elle demeure célibataire. Ces clauses ne constituent pas un obstacle total au mariage, qui demeure valable, mais elles exercent une pression sur l'individu en le contraignant à choisir entre le mariage et les avantages qu'il tire de l'acte⁵. Une vieille jurisprudence n'en repoussait pas le principe dans les testaments, n'annulant la clause imposant au légataire de ne pas se marier ou remarier que si le testateur avait été inspiré par un mobile illégitime, comme un sentiment de jalousie posthume⁶. Mais elle a été rendue caduque par la jurisprudence plus récente qui, dans les contrats de travail, a annulé les clauses de célibat des assistantes sociales et des hôtesses de l'air⁷ ou encore a déclaré abusif le licenciement fondé sur le mariage du salarié⁸ hormis le cas exceptionnel d'incompatibilité majeure reconnue,

■ 2. Cons. constit., 13 août 1993, *JCP* 93.III.66372, note d'ONORIO – 9 novembre 1999 (décision relative au PACS *infra* n° 406), considérant 62.

■ 3. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la disposition du droit suisse – aujourd'hui disparue – qui permettait au juge qui prononce un divorce d'interdire, à titre de sanction, à l'époux fautif de se remarier pendant une durée de deux ans pouvant être portée à trois ans en cas d'adultère (CEDH, 18 décembre 1987, *RTD civ.* 1989, 408 ; *Clunet*, 1988.892). Plus récemment, elle a condamné le refus de mariage opposé à des prisonniers (CEDH, 5 janvier 2010, n° 22933/02, *Frasck c/Pologne* ; *Dr. fam.* 2010.37, obs. V.L.T.) tout comme l'obstacle résultant de l'exigence de « *frais de dossier* » élevés pour des étrangers (CEDH, 14 décembre 2010, n° 34848/07, *O'Donogue c/Royaume-Uni*).

■ 4. CE, 11 mars 1960, *Dr. soc.* 1960, 416, concl. BERNARD.

■ 5. V. HUET, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques* : *RTD civ.* 1967, 45 – VORIN ; *D.* 1963, chron. 247 – N. COIRET, *La liberté du mariage au risque des pressions matérielles* : *RTD civ.* 1985, 63.

■ 6. CARBONNIER : *D.* 1949, 467 – GUHO ; *JCP* 1953.II.7632 – HUET, article précité n° 10.

■ 7. Soc., 7 février 1968, *D.* 1968.428 – Paris, 30 avril 1963, *D.* 1963, 428, note ROUAST ; *RTD civ.* 1963.570, obs. G. CORNU et 697, obs. H. DESBOIS : « *Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner [...] la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée et [...] à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de célibat doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité* » – v. également R. VOIRIN, « *Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie* », *D.* 1963 chron. 247.

■ 8. Cass. soc., 17 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 216 ; *JCP* 1971.II.16870.

à l'issue d'un procès à rebondissements, dans le cas du remariage après divorce d'une enseignante dans un établissement catholique⁹.

— Droit de choisir son conjoint

En raison du caractère éminemment personnel de cet acte, la liberté du mariage inclut le libre choix du conjoint. Non seulement elle cantonne ainsi les interdits légaux au strict minimum¹⁰, mais encore elle conduit à soumettre les pressions particulières visant à détourner l'intéressé de se marier avec telle ou telle personne au même régime que celles qui s'opposent au mariage en général (contrairement à l'ancien droit qui considérait qu'il n'y avait là qu'un empêchement relatif n'atteignant pas le droit naturel de se marier). Les clauses d'une libéralité interdisant le mariage avec une personne désignée ou d'une appartenance sociale, raciale ou religieuse précise sont nulles¹¹. Si une certaine jurisprudence avait un temps fait exception pour le cas précis où un salarié épouse l'employée d'un concurrent, en regardant ce fait comme une juste cause de licenciement, elle est aujourd'hui condamnée¹². À plus forte raison ne peut-on interdire le mariage au sein de l'entreprise¹³, de même qu'on ne peut décider par principe que le divorce mettra fin aux contrats de deux époux embauchés ensemble¹⁴.

Enfin, les lois étrangères qui restreignent ce libre choix sont jugées contraires à notre ordre public¹⁵.

Toutes ces règles protectrices s'étendent aujourd'hui au cas où ce libre choix se porte sur un partenaire homosexuel, la loi française organisant même la mise en échec des lois étrangères plus restrictives (v. *infra*, n° 90).

— Droit de refuser le mariage

La liberté du mariage comporte le volet négatif de toute liberté, à savoir le droit de n'en pas user. Les pressions qui viseraient à contraindre une personne au

■ 9. La Cour d'Aix avait déclaré ce licenciement valable (2 décembre 1971, *JCP* 1972.II.17085). Sur pourvoi, la chambre sociale s'est partagée et l'affaire a été renvoyée devant une chambre mixte, qui a cassé (17 octobre 1975, *D.* 1976, 511, note GUHO; *JCP* 1977.II note LINDON). La Cour de Lyon a résisté (7 octobre 1976, *D.* 1977.408, note GUHO) et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, désavouant la chambre mixte, a admis la validité du licenciement (9 mai 1978, *D.* 1978.541, concl. SCHMELCK, note ARDANT; *RTD civ.* 1978.565, obs. NERSON et 1979.370, note CORNU – V. BEDOURA, *Le licenciement des maîtres dans les établissements confessionnels* : *D.* 1978, chron. 51).

■ 10. Ainsi la Cour européenne a-t-elle condamné la loi anglaise prohibant le mariage entre un beau-père et l'ex-épouse de son fils : CEDH, 13 septembre 2005, *D.* 2006.1418, obs. LEMOULAND; *JCP* 2006.I.109 n° 11, obs. SUDRE; *RTD civ.* 2005.735, obs. MARGUENAUD, ce que la Cour de cassation française a récemment imité : voir *infra* n° 46.

■ 11. Paris, 8 mars 1924 : *Sem. Jur.* 1024.352 – Trib. civ. de la Seine, 22 janvier 1947, *D.* 1947.126 – Trib. Civ. Chatellerault, 8 février 1949, *D.* 1949.467, note CARBONNIER – Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1965, *Gaz. Pal.* 1966.I.55.

■ 12. Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 597 – 9 janvier 1991, *Bull. civ.* V, n° 1 – 10 décembre 1991, *Bull. civ.* V, n° 561 – 21 septembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 285 – cf. aussi CE, 17 juillet 1987, *D.* 1988, somm. 215.

■ 13. A été annulée la clause d'un règlement intérieur prohibant l'emploi simultané de deux conjoints dans l'entreprise : Cass. soc., 10 juin 1982, *JCP* 1084.II.20230, note HENNION-MOREAU.

■ 14. Paris, 10 mars 1994, *D.* 1994, Inf. rap. 137.

■ 15. Pour la loi islamique prohibant le mariage d'une musulmane avec un non musulman : Paris, 9 juin 1995, *D.* 1996, somm. 171, obs. AUDIT.

mariage sont illicites¹⁶. C'est cette liberté qui constitue le fondement du défaut de force obligatoire des fiançailles (v. *infra*, n° 63 et s.).

Ce droit inclut celui de choisir une autre forme de conjugalité (idée dont la Cour constitutionnelle italienne a cru pouvoir déduire qu'étendre les règles du mariage aux autres couples constituerait une violation de cette liberté¹⁷).

30 Catégories de conditions et leur champ d'application. Parce que le mariage est un acte à la fois issu de volontés individuelles et à portée sociale, sa formation est soumise à des conditions d'ordre social (Chapitre 1), à des conditions d'ordre individuel (Chapitre 2) et à des conditions de forme (Chapitre 3) dont l'inobservation peut entraîner la nullité du mariage (Chapitre 4).

Ces conditions s'appliquent à tous les mariages célébrés en France pour ce qui est de la forme de la célébration (C. civ. art. 202-2, cf. *infra*, n° 78). En revanche, les conditions de fond dépendent de la loi nationale de chaque époux (C. civ. art. 202-1), en particulier quant à la capacité et au consentement¹⁸, sauf toutefois si ces conditions heurtent trop ouvertement notre ordre public : un mariage polygamique ou incestueux ne pourra être célébré en France même si la loi personnelle des époux l'autorise (cf. *infra*, n° 34) ; inversement la loi du 17 mai 2013 permet le mariage en France de deux personnes de même sexe dont la loi personnelle ne l'autorise pas (C. civ. art. 202-1 al. 2, cf. *infra*, n° 35).

■ 16. V. pour un congédiement motivé par le refus de l'employé d'épouser telle personne : Paris, 1^{er} juin 1900, *D.* 1904.1.299 – Une décision récente a cependant reconnu valable le legs fait sous condition de se marier en l'absence de toute discrimination quant au conjoint : Poitiers, 17 février 1998, *JCP* 1999.IV.2181.

■ 17. Arrêt du 13 mai 1998, cité par CALZOLAIO, *Le mariage en droit italien*, *RJPF* 2015, 11/7.

■ 18. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-71992 – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, nos 12-12351 et 11-23174 – Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2014, n° 12-23435.

CHAPITRE 1

CONDITIONS D'ORDRE SOCIAL

- 31 Contingence du « cadre social » du mariage.** Tous les systèmes sociaux organisent un certain encadrement du mariage qui se traduit par divers **interdits matrimoniaux**, qui varient au gré des lieux et des époques. À peu près tous les interdits imaginables ont été ou sont pratiqués : polygamie, mariage homosexuel, mariages « mixtes » de toute nature (entre races ou ethnies, entre religions, entre parents ou alliés plus ou moins éloignés, entre classes ou castes sociales, entre colons et indigènes, entre ressortissants de pays ennemis, etc.).

Les interdits, qui n'ont pas toujours été exotiques (même durant le xx^e siècle, la France a connu les deux derniers exemples), ont souvent été et sont parfois encore renforcés de sanctions pénales ou religieuses, traduisant le degré d'emprise que le groupe entend exercer sur ses membres. L'essor contemporain de la liberté individuelle a conduit chez nous à les réduire progressivement, et en dernier lieu en levant celui du mariage homosexuel, de sorte qu'en droit positif français, ils ne sont plus à l'heure actuelle qu'au nombre de deux : prohibition de la polygamie ; prohibition du mariage incestueux.

SECTION 1

L'EX-PROHIBITION DU MARIAGE HOMOSEXUEL

TEXTE

Code civil, art. 143

Art. 143. – Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.

- 32 Évidence classique.** La différence de sexe entre les époux était jusqu'à une époque récente d'une telle évidence que le Code civil n'avait pas éprouvé le besoin de l'énoncer parmi les conditions du mariage, seules quelques expressions pouvant

être lues comme reflétant cet acquis implicite : « *l'homme et la femme...* » (Code civil, article 144 – CEDH, article 12), « *mari et femme...* » (Code civil, article 75, et ancienne rédaction des articles 214 et 215).

Aussi nul ne fut surpris de voir en 1986 la Cour européenne des droits de l'homme juger que le droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention ne vise que « *le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent* »¹.

33 Remise en cause contemporaine. Mais le fort mouvement qui s'est dessiné à la fin du siècle contre l'exclusion juridique des couples homosexuels et en faveur de l'organisation de leur union, consacré par l'institution de partenariats dans de nombreux pays (Danemark en 1989, Norvège en 1993, Suède en 1994, Islande en 1996, Pays-Bas, Catalogne et Belgique en 1998, France en 1999 avec le PACS) a poussé ses avantages en obtenant au début du XXI^e siècle l'ouverture du mariage lui-même à ces couples par certaines législations : Pays-Bas en 2001, Belgique en 2003, puis Canada et Espagne en 2005, Norvège et Suède en 2009, Argentine et Portugal en 2010², sans compter plusieurs États des USA.

En France, le débat législatif a tardé à s'ouvrir³ et l'initiative provocatrice d'un maire ayant médiatiquement célébré un mariage homosexuel le 5 juin 2004 a conduit la Cour de cassation à énoncer sobrement que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* »⁴, signifiant clairement qu'il appartient au seul législateur de prendre parti sur une telle question, ce que le Conseil constitutionnel a confirmé en 2010⁵. La Cour européenne a adopté la même prudence en laissant la question à la liberté de chaque État⁶ (même sur la question du maintien ou non d'un mariage après transexualisme de l'un des époux⁷, sous réserve toutefois que soit offert un cadre statutaire aux couples homosexuels⁸).

■ 1. CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/Royaume-Uni*, JDI 1987.796, obs. ROLLAND – cf. aussi CEDH, 30 juillet 1998, *RTD civ.* 1998.1001, obs. MARGUENAUD.

■ 2. Cf. Le mariage homosexuel en Europe, *Deffrénois* 2005.6547. – Le mariage entre personnes du même sexe, *RIDC* 2008.375 (droits américain, anglais, belge, canadien, espagnol et néerlandais). – Sur un bilan, v. LELEU, *D.* 2010.2896.

■ 3. V. toutefois : « *Le mariage homosexuel* », juin 2004, Doc. Sénat n° LC 134. – MIRKOVIC, *Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale*, *RLDC* 2011.4419.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Bull. civ.* I, n° 113 ; *GAJC*, 12^e éd. n° 32 ; *D.* 2007.1389, *rapp. Pluyette*, note AGOSTINI et Pan. 1561, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP* 2007.I.170, n° 1, obs. FAVIER ; *Gaz. Pal.* 2007.1073, *rapp. PLUYETTE*, avis DOMINGO ; *Deffrénois* 2007.781, obs. MASSIP ; *AJ Famille* 2007.277, obs. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2007, n° 76, note AZAVANT ; *RJPF* 2007.5122, note LEBORGNE ; *RTD civ.* 2007.287, obs. MARGUENAUD et 315, obs. HAUSER, sur Bordeaux, 19 avril 2005, *D.* 2005.1687, note AGOSTINI ; *D.* 2006 Pan. 1414, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2005, n° 124, note AZAVANT ; *RTD civ.* 2005.574, obs. Hauser, confirmant TGI Bordeaux, 27 juillet 2004, *D.* 2004.2392, note AGOSTINI et Somm. 2965, obs. LEMOULAND ; *JCP* 2004.II.10169, note KESSLER ; *Gaz. Pal.* 2004.3250, note de GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *AJ Famille* 2004.407, obs. ATTUEL-MENDES ; *Dr. fam.* 2004, n° 166, note LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2004.719, obs. HAUSER.

■ 5. Cons. constit., 25 janvier 2011, n° 2010-92, *RTD Civ.* 2011.326, obs. HAUSER ; *AJ Famille* 2011.157, obs. CHENEDE.

■ 6. CEDH, 28 novembre 2006, *Parry c/Royaume-Uni*, *RTD civ.* 2007.287, obs. MARGUENAUD. – CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalck et Kopf c/Autriche* (v. FULCHIRON, *JCP* 2010.1013).

■ 7. CEDH, 16 juillet 2014, *H. Y Finlande*, n° 37359/09, *JCP* 2014.971.

■ 8. CEDH, 21 juillet 2011, n° 18766/11, *D.* 2015.2160, note FULCHIRON.

34 Loi du 17 mai 2013. Bien que ne supprimant aucun droit pour quiconque puisqu'elle laisse à chacun le droit d'épouser un conjoint de l'autre sexe, la loi ouvrant « *le mariage pour tous* » a soulevé un débat débordant largement les milieux juridiques et déclenchant des réactions de foule aux excès rappelant ceux qui avaient précédé quatorze ans plus tôt la loi sur le PACS (cf. *infra* n° 397).

Le même recours au Conseil constitutionnel a échoué⁹, et celui-ci a ensuite refusé d'ouvrir une « *clause de conscience* » aux officiers d'état civil qui souhaitaient être dispensés d'avoir à célébrer de tels mariages¹⁰.

Sur le plan de la technique juridique, cette ouverture du mariage à deux conjoints de même sexe n'emporte pas de bouleversement majeur : les effets de ce mariage sont ceux-là mêmes qui existent déjà, tant sur le plan des devoirs personnels que des relations patrimoniales. L'essentiel a consisté, sur le plan terminologique, à supprimer dans divers textes les mots « *mari* » et « *femme* » pour les remplacer par « *époux* », « *conjoint* » ou « *parents* ». C'est sur le terrain des conséquences en matière de filiation qu'il faut signaler deux particularités : la présomption de paternité du mari n'a pas à s'appliquer, et l'adoption de l'enfant du conjoint peut conduire à lui donner deux parents du même sexe, l'un biologique et l'autre par le sang (dualisme que connaît depuis longtemps l'adoption simple qui ne rompt pas le lien de famille avec les parents biologiques).

En outre, la loi a introduit dans le Code civil un article 6-1 précisant que le mariage a les mêmes effets quel que soit le sexe des époux.

Un décret du 24 mai 2013 et une importante circulaire du 29 mai¹¹ ont facilité la mise en application de cette loi qui, par ailleurs, a mis à profit l'occasion pour adapter les règles concernant le nom des époux (v. *infra*, n° 123) et celui des enfants (v. *infra*, n° 706).

35 Effet international. Le législateur français a eu pour souci de permettre le « *mariage pour tous* » dès lors que l'un des deux époux y est autorisé par la loi de sa nationalité ou de sa résidence (C. civ. art., 202.1), mais en même temps de ne pas choquer les pays qui ne connaissent pas cette forme d'union, raison pour laquelle il a prévu que le mariage pourrait être en ce cas célébré en France même si aucun des deux époux n'y réside pourvu que l'un d'entre eux soit français, la délivrance d'un visa à l'autre conjoint étant obligatoire pour permettre ce mariage¹² et même d'un titre de séjour s'il est ressortissant d'un pays n'admettant pas l'union homosexuelle¹³ (v. *infra*, n° 90).

Le caractère d'ordre public de cette loi le fait prévaloir sur des traités bilatéraux conclus avec des pays n'admettant pas ce type d'union¹⁴.

■ 9. Cons. Constit., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

■ 10. Cons. Constit., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC.

■ 11. V. BIDAUT-GAREN, *JCP* 2013.729.

■ 12. Et ce même si l'intéressé a été auparavant expulsé du territoire : CE, 9 juillet 2014, n° 382145, D. 2015.450, note JAULT-SESEKE.

■ 13. CEDH, gde ch., 5 juin 2018, n° C 673/16.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2015, n° 13-50059, D. 2015.464, note FULCHIRON ; *RTD civ.* 2015.91, obs. P. PUIG, et 343, obs. L. USUNIER ; *JCP* 2015.318, note L. GANAGÉ.

SECTION 2

LA PROHIBITION DE LA POLYGAMIE

TEXTE

Code civil, art. 147

Art. 147. – On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

36 Principe monogamique. La civilisation occidentale impose la monogamie comme un principe fondamental qui ne paraît pas lié à la christianisation puisqu'il était déjà reçu avant celle-ci en droit romain. Cette civilisation occidentale s'oppose ainsi à d'autres qui admettent la polygamie (droit musulman, droit biblique) ou, plus rarement, la polyandrie (certains peuples tibétains par exemple)¹⁵.

37 Sanctions. La bigamie est d'abord constitutive d'un **délit pénal**, passible d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, outre l'interdiction des droits civiques, civils et de famille pour cinq ans au maximum (Code pénal, art. 433-20 et 433-22). Avant 1933, il s'agissait même d'un crime (transformé en délit correctionnel parce que les Cours d'assises étaient trop indulgentes à l'égard des bigames).

Sur le plan civil, la bigamie emporte nullité du deuxième mariage¹⁶, et ce même dans le cas où le premier mariage est ensuite dissous¹⁷. Il en va toutefois autrement si ce premier mariage était nul¹⁸.

La loi s'efforce de prévenir toute bigamie en exigeant, pour la célébration du mariage, la production de l'acte de naissance des futurs époux, l'extrait produit devant dater de moins de trois mois. Les cas constatés (qui ne sont pas si rares) intéressent les sujets dont l'état civil est difficilement contrôlable (étrangers)¹⁹ ou résultent d'erreurs (délivrance à tort d'un certificat de non-appel contre un jugement de divorce, par exemple)²⁰.

38 Effets en France des polygamies étrangères. La polygamie étant autorisée notamment par l'islam et pratiquée dans de nombreux pays dont certains

■ 15. Sur les difficultés liées à cet égard au choix de la nationalité française par des musulmans à la suite de l'indépendance algérienne, v. Cass. 1^{re} civ., 22 avril 1986, *Bull. civ. I*, n° 93 ; *D.* 1986, Inf. rap. 270, obs. AUDIT (la polygamie antérieure à ce choix reste valable).

■ 16. Pour une application curieuse et peut-être même aveugle aux mêmes époux mariés à l'étranger et se remarquant en France, v. Cass. 1^{re} civ., 3 février 2004, n° 00-13838 ; *Bull. civ. I*, n° 33 ; *JCP* 2004.II.10074, note BOTTINI ; *D.* 2004.3171, note MAHINGA (s'il y a bien deux mariages, il n'y a pourtant pas alors bigamie).

■ 17. Cass. 1^{re} civ., 10 février 1998, n° 95-21491 – Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012, n° 11-26713 – Grenoble, 23 janvier 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 54, obs. LECUYER.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 25 septembre 2013, n° 12-26041, *Bull. civ. I*, n° 184 – Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-25285 ; *D.* 2012.258, note RAOUL-CORMEIL (le juge saisi de la question de la bigamie doit donc attendre que soit tranchée la question de la validité du premier mariage) – Civ 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-17530.

■ 19. Lyon, 21 mai 1974, *D.* 1975.9, note GUHO ; *Gaz. Pal.* 1974.2.641, note VIATTE – TGI Nanterre, 13 janvier 1983, *Gaz. Pal.* 1983, somm. 424 – Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 367.

■ 20. V. BOSQUET-DENIS, *Le remariage*, *RTD civ.* 1979.524 – ENDREO, *Bigamie et double ménage*, *RTD civ.* 1991.263.

traditionnellement liés avec la France, la question se pose fréquemment des effets en France de cette licéité.

L'état actuel du droit positif sur cette question très débattue se résume en trois propositions :

— la célébration en France d'un mariage polygamique, même entre époux que leur loi personnelle autorise à le faire, heurte notre conception de l'ordre public et ne peut intervenir, à peine de nullité²¹, sauf peut-être devant leurs agents consulaires²² ;

— le mariage célébré dans un pays autorisant la polygamie est pareillement sans effet en France si l'un des époux est français ou si sa loi personnelle ne l'admet pas²³ ;

— mais le mariage régulièrement célébré à l'étranger entre personnes de statut polygamique peut, à la faveur d'un effet « atténué » de l'ordre public, produire en France certains effets, comme des droits alimentaires²⁴, des droits successoraux²⁵ ou des droits à réversion de retraite²⁶ ; mais tous les effets du mariage ne sont pas admis : la loi du 24 août 1993 a exclu le bénéfice du regroupement familial pour plusieurs conjoints et le Conseil constitutionnel a dit cette restriction valable, car « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie »²⁷. En outre, on voit dans cette polygamie régulière un signe de non-assimilation permettant de refuser de naturaliser français l'intéressé²⁸.

39 Licéité du remariage. La loi interdit seulement d'avoir plusieurs conjoints *en même temps*. Elle permet, en revanche, de contracter un nouveau mariage après la dissolution du premier par veuvage ou divorce, et sans limiter, comme cela est le cas dans certains pays, le nombre des unions successives ainsi permises²⁹.

La certaine défaveur en laquelle ont été longtemps tenues les secondes nocés³⁰ a aujourd'hui disparu³¹, et il n'en demeure que des séquelles dans certains empêchements à mariage tirés de l'alliance (cf. *infra*, n° 46).

■ 21. Cf. Paris, 7 juin 1994, *D.* 1994.IR.177 – Dijon, 23 mai 1995, *JCP* 96.IV.176.

■ 22. Paris, 5 avril 1990, *D.* 1990.424, note F. BOULANGER.

■ 23. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1988, n° 85-12743, *Rev. crit. DIP* 1989.71, note LEQUETTE – 24 septembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *D.* 2003.1935, obs. LEMOULAND – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2011, n° 10-27864 – Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996.156, note BOULANGER et *D.* 1996 somm. p. 174, obs. AUDIT, pour un mariage libano-polonais – Un arrêt a permis de contester ce mariage même au-delà de la prescription de trente ans : Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 2016, n° 15-50098, *D.* 2016.2549, note SINDRES.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 28 février 1958, *JCP* 58.II.10488.

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 3 janvier 1980, *Bull. civ. I*, n° 4.

■ 26. Cass. 2^e civ., 2 mai 2007, n° 06-11418 ; *Dr. fam.* 2007.182 – 22 avril 1986, précité, *Bull. civ. I*, n° 93 ; *D.* 1986.IR.270, obs. AUDIT (droits à partager entre les épouses).

■ 27. Cons. constit., 13 août 1993, *JCP* 93.III.66372.

■ 28. CE, 24 janvier et 11 février 1994, *D.* 1995.108, note GUIHO.

■ 29. TGI Nanterre, 15 janvier 1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.577.

■ 30. V. MERLIN, *Répertoire*, 1825 V° Viduité.

■ 31. Au point que la perte de la chance de se remarier du fait d'un accident constitue une préjudice réparable : Cass. 2^e civ., 15 janvier 2015, n° 13-27761, *D.* 2015.661, note TAULIÉ.

Le « *délai de viduité* » de 300 jours qui était imposé à la femme pour se remarier par l'ancien article 228 du Code civil (pour éviter l'incertitude sur la paternité d'un futur enfant...) a été supprimé par la loi du 26 mai 2004.

SECTION 3

**LA PROHIBITION DU MARIAGE
INCESTUEUX**

TEXTES

Code civil, art. 161 à 164, 342-7 et 366

Art. 161. – En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Art. 162. – En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs.

Art. 163. – Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce.

Art. 164. – Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées :

1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ;

2° (*abrogé*) ;

3° par l'article 163.

Art. 342-7. – Le jugement qui alloue les subsides crée entre le débiteur et le bénéficiaire, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, les empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent Code.

Art. 366. – Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.

Le mariage est prohibé :

1° entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

2° entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ;

3° entre les enfants adoptifs du même individu ;

4° entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

Néanmoins, les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves.

La prohibition au mariage portée au 2° ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée.

- 40 Réduction progressive.** Tabou universel, l'inceste n'est pas réprimé par le droit pénal français, sauf s'il est commis à l'égard de mineurs de 15 ans ou avec abus d'autorité³². Mais il est interdit par la loi civile qui en fait non seulement un

■ 32. Cf. D. MAYER, *La pudeur du droit face à l'inceste*, D. 1988, chron. 213.

empêchement à mariage, mais encore un obstacle à l'établissement du double lien de filiation qui le ferait apparaître³³ (cf. *infra*, n° 503).

Deux raisons sont à l'origine de cet empêchement. La première est d'ordre eugénique : selon certains, les enfants nés d'une union entre proches parents pourraient être atteints de tares graves ; mais elle ne suffit pas car elle n'explique pas l'interdiction du mariage résultant de l'alliance ou de la parenté adoptive. La seconde est d'ordre moral : l'union entre personnes appartenant à un même cercle de famille serait regardée comme choquante et entraînerait des troubles familiaux ; c'est pourquoi à l'époque où le groupe familial était très cohérent et étendu, le droit canonique prohibait le mariage entre parents jusqu'au 7^e degré canonique, ce qui correspond à notre 14^e degré civil (dans le Droit canon actuel, elle est limitée au 3^e degré canonique). Au fur et à mesure que la famille se resserrait, ces interdictions ont été restreintes. Non seulement le Code civil a fait table rase des multiples empêchements antérieurs liés à une parenté spirituelle (parrains et marraines, existence de fiançailles ou d'un concubinage rompus), mais encore ceux qu'il avait retenus ont eux-mêmes été diminués : suppression progressive de l'interdiction de se remarier entre époux divorcés et de l'empêchement entre anciens beau-frère et belle-sœur, disparu en 1975 diminution de celui concernant les alliés en ligne directe³⁴, suppression de la défense d'épouser le complice de l'adultère.

À l'heure actuelle, les empêchements à mariage, fixés par les articles 161 à 164, 342-7, 356 et 366 du Code civil, tiennent soit à un lien de sang, soit à un lien adoptif, soit à un lien d'alliance. Certains sont absolus et d'autres susceptibles d'être levés par dispense.

§ 1. LES CAS D'EMPÊCHEMENT

A. LES EMPÊCHEMENTS DUS AU LIEN DE SANG

41 Parenté en ligne directe. Le mariage est toujours prohibé entre parents en ligne directe, quel que soit le degré (C. civ. art. 161).

Une simple possibilité de parenté, qui a suffi à condamner un amant de la mère à verser des subsides à l'enfant (cf. *infra*, n° 700), crée le même empêchement (C. civ. art. 342-7), ce qui paraît bien résoudre positivement le vieux débat sur le jeu de l'empêchement en cas de filiation non juridiquement établie (mais susceptible d'être prouvée, sans quoi la question restera théorique).

42 Parenté collatérale. La parenté collatérale crée des empêchements à deux degrés.

— Il y a empêchement absolu entre frères et sœurs (C. civ. art. 162). Cet empêchement vise aussi bien les « demi-frères » que les autres³⁵ et la simple possibilité de parenté résultant d'une condamnation à subsides produit le même effet qu'en

■ 33. Cf. A. BATTEUR, *L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille*, RTD civ. 2000.759.

■ 34. Sur les étapes successives de ces réductions, v. RTD civ. 1973, p. 462, n° 31.

■ 35. Pour la fille d'une demi-sœur : Rouen, 23 février 1982, D. 1982, Inf. rap. 211.

ligne directe : il y a empêchement entre tous les enfants ayant obtenu des subsides d'un même individu (C. civ. art. 342-7).

— Il y a empêchement susceptible de dispense entre oncle ou tante et neveux et nièces (C. civ. art. 163), ce qui s'étend aux grands-oncles et grands-tantes³⁶.

Au-delà, le mariage est libre entre tous cousins, même entre cousins germains.

B. | LES EMPÊCHEMENTS DUS À UN LIEN ADOPTIF

43 Adoption plénière. Créant un lien que la loi déclare en tous points semblables à une filiation biologique (art. 358), l'adoption plénière engendre l'application pure et simple des mêmes empêchements.

Ceux-ci viennent s'ajouter alors aux empêchements dus au rang, que l'article 356 déclare maintenus³⁷.

44 Adoption simple. Tout en maintenant aussi les empêchements par le sang, l'adoption simple crée aussi, par mimétisme avec la famille par le sang, des empêchements similaires (art. 366), sous réserve de deux différences concernant la ligne collatérale :

- entre frères et sœurs d'adoption, l'empêchement est susceptible de dispense ;
- entre oncle ou tante et neveux et nièces, l'empêchement n'existe pas.

C. | LES EMPÊCHEMENTS DUS À L'ALLIANCE

45 Ligne directe seulement. Parce que l'alliance crée un lien de famille de chaque époux avec la famille de l'autre, elle crée également des empêchements à mariage. Ceux-ci ont donné lieu cependant à des réductions successives et, depuis que la loi du 11 juillet 1975 a supprimé tout empêchement entre anciens beaux-frères et belles-sœurs, ces empêchements n'existent qu'en ligne directe : l'ex-beau-père ne peut épouser la fille de sa femme (belle-fille) ou la femme de son fils (bru), ni l'ex-belle-mère son gendre ou son beau-fils (cela vaut aussi pour des filiations adoptives).

L'empêchement peut être levé si le mariage qui créait l'alliance a été dissous par décès, mais non s'il a été dissous par divorce (idée de prévention de désordres au sein de la famille, avant ce divorce comme après ce remariage...). L'impossibilité de dispense après divorce a toutefois été déclarée (à l'égard de la loi anglaise) contraire à la Convention européenne des droits de l'homme³⁸ et la Cour de cassation en a écarté l'application dans un cas dont la portée est incertaine³⁹.

■ 36. Req., 28 novembre 1877, *DP* 1878.1.209.

■ 37. Ce qui est toutefois d'application pratique difficile en l'état de la rupture totale résultant du droit positif, du moins tant que le droit d'accès à ses origines ne sera pas reconnu à l'adopté (cf. *infra*, n° 609).

■ 38. CEDH, 13 septembre 2005, *JCP* 06.I.109, n° 11, obs. SUDRE ; *D.* 2006.1418, obs. LEMOULAND et 1433, note GLANDIER ; *RTD civ.* 2005.735, obs. MARGUENAUD ; *Dr. fam.* 2005, n° 234, obs. GOUTTENoire et LAMARCHE.

■ 39. Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26066 ; *D.* 2014.153, note FULCHIRON et 179, note CHÉNÉDÉ (le communiqué accompagnant l'arrêt s'efforçant d'en réduire la portée à une décision d'espèce, pourtant de cassation sur un moyen relevé d'office...) – Voir, revenant à l'application de la loi : Aix, 2 décembre 2014, *Dr. fam.* 2015.44, note BINET, entériné par Civ. 1^{er}, 8 décembre 2016, n° 15-27201, *Gaz. Pal.* 4 avril 2017

Ce régime est identique dans la famille par le sang (art. 161) et dans la famille adoptive (art. 366).

§ 2. SANCTIONS ET DISPENSES

46 **Empêchements absolus.** Ceux des empêchements précités qui sont absolus mettent au mariage un obstacle irrémédiable. La célébration du mariage doit être refusée par l'officier d'état civil. Mais le mariage peut avoir été néanmoins prononcé, parce que l'empêchement était ignoré de cet officier, voire parfois des époux eux-mêmes (cas, toujours propice à la littérature depuis Œdipe, d'une filiation révélée postérieurement). Il est alors atteint d'une nullité absolue (cf. *infra*, n° 110), que certains proposent toutefois d'écarter pour les empêchements nés de l'adoption qui seraient simplement prohibitifs⁴⁰.

47 **Cas susceptibles de dispense.** Dans les cas précités où l'empêchement peut être levé par dispense, le pouvoir de délivrer celle-ci est confié au président de la République (art. 164 et 366). Cette séquelle de pouvoir régalien n'est toutefois pas entièrement discrétionnaire puisque les textes exigent une « *cause grave* »⁴¹, ce qui permet un contrôle juridictionnel que le Conseil d'État a renvoyé aux tribunaux civils, motif pris de ce qu'il s'agit d'une question touchant à l'état des personnes⁴².

L'absence de dispense s'oppose au mariage et l'expose, s'il a été célébré, à une nullité absolue. On enseigne généralement qu'une dispense délivrée après coup ne pourrait régulariser le mariage, mais cette conception rigide ne mérite guère approbation.

48 Tableau des empêchements familiaux à mariage

	Empêchements absolus	Empêchements susceptibles de dispense
Parenté directe	Entre ascendants et descendants (même adoptifs)	
Parenté collatérale	Entre frères et sœurs par le sang (même par un seul parent)	1° Entre oncle ou tante et neveux ou nièces 2° Entre frères et sœurs d'adoption
Alliance	Si la personne créant l'alliance est vivante : 1° Entre beaux-parents et gendre ou bru 2° Entre beaux-enfants et parâtre ou marâtre 3° Entre adoptant et conjoint de l'adopté et vice-versa	Entre les mêmes si la personne créant l'alliance est décédée

p. 44, note HAMOU (le cas n'était guère propice à l'indulgence : mari de 77 ans épousant en 4^e noces la fille de 27 ans de sa troisième épouse !).

■ 40. TERRE, GOLDIE-GÉNICON et FENOUILLET, n° 137.

■ 41. Cf. MICHEL, *Les dispenses en matière de mariage*, JCP 1965.1.1908 – Sur la pratique, v. M. BIEGELMANN-MASSARI, *Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 : Population* 1966.61.

■ 42. CE, 12 octobre 2005, D. 2006.1433, note GLANDIER et 1418, obs. LEMOULAND ; Dr. fam. 2005.259, note LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2006.91, obs. HAUSER.

CHAPITRE 2

LES CONDITIONS INDIVIDUELLES

SECTION 1 | CONDITIONS PHYSIQUES

§ 1. CONDITIONS TENANT L'ÂGE

TEXTES

Code civil, art. 144 et 145

Art. 144. – Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus.

Art. 145. – Néanmoins, il est loisible au Procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

49 **Seuil minimum.** Si aucun âge maximum n'est imposé, ce qui détache bien cette condition de la fonction procréatrice, en revanche un seuil minimum est toujours exigé.

Ce seuil varie selon les époques et les lieux. L'évolution tend à le repousser de l'âge simplement nubile (14 et 12 ans sous l'Ancien Droit) vers un âge suffisamment mature : si le Code civil fixait un minimum de 18 ans pour le mari et de 15 ans pour la femme, la loi du 4 avril 2006 a égalisé ce seuil à 18 ans pour tous.

L'âge du mariage se trouve ainsi coïncider désormais avec celui de la majorité (ramené de 21 à 18 ans en 1974), ce qui élimine en principe les problèmes de capacité et d'autorisations parentales (qui n'intéressent plus que le cas où dispense a été donnée à un mineur).

50 **Dispense d'âge.** Pour « *motifs graves* » (souvent en fait la grossesse de la femme qui démontre que la condition de puberté est satisfaite), le mariage peut être autorisé plus tôt par dispense du Procureur de la République du lieu de célébration (C. civ., art. 145).

La procédure n'est pas exceptionnelle (aux alentours de 400 par an) et c'est pourquoi le pouvoir d'octroyer dispense a été transféré en 1970 du Président de la République aux procureurs.

Il faut probablement admettre qu'une décision de refus pourrait faire l'objet d'un recours devant le tribunal de grande instance (comp. *supra*, n° 46 pour les dispenses de parenté).

§ 2. CONDITIONS TENANT AU SEXE

51 **Identité du sexe et transsexualisme.** Lorsque les époux devaient être de sexe différent (*supra*, n° 34), il fallait être en mesure d'identifier celui de chacun des intéressés. Confrontée aux incertitudes sur le sexe d'un époux malformé, la jurisprudence classique, « *dans le but de prévenir les incertitudes, les difficultés et les scandales de la preuve* »¹, avait décidé qu'il fallait s'en tenir aux indications figurant sur l'acte de l'état civil : le mariage est valable si les époux y sont indiqués comme de sexe différent (ce qui sera toujours le cas, sans quoi l'officier d'état civil aurait refusé de célébrer).

Plus récemment, le phénomène du transsexualisme, apparu avec les progrès récents de la médecine, avait fait rebondir la question².

La loi du 17 mai 2013 a fait disparaître la difficulté : que l'un des époux change de sexe en cours d'union ne fait pas disparaître les conditions du mariage, et renvoie seulement sur une éventuelle cause de divorce³.

52 **Inaptitude sexuelle.** Le droit canon (et par conséquent notre ancien droit) admet la nullité du mariage en cas d'impuissance sexuelle faisant obstacle à la consommation.

Le droit civil ne fait pas de cette consommation un élément indispensable du mariage, et n'admet donc pas l'impuissance comme constituant en soi une cause de nullité⁴. Mais si elle a été ignorée du conjoint, elle sera à la source d'un vice du consentement qui pourra, quant à lui, justifier la nullité (v. *infra*, n° 71). Sa dissimulation pourra aussi donner prise à une action en divorce en tant que manquement au devoir de sincérité (v. *infra*, n° 152).

■ 1. Cass. civ., 6 avril 1903 ; *D.* 1904.1.395 ; *S.* 1904.1.273, note WAHL.

■ 2. V. REIGNÉ, *Sexe, genre et état des personnes*, *JCP* 2011.1140. – Papeete, 1^{er} septembre 2011, *JCP* 2011.1132, note GOURDON – Comp. CEDH, 11 juillet 2002, *D.* 2003.2032 ; *RTD civ.* 2002.782, obs. HAUSER, et 862, obs. MARGUENAUD condamnant la loi anglaise imposant de s'en tenir au sexe enregistré à la naissance – Rennes, 16 octobre 2012, *RJPF* 2012, 11/12, note CORPART maintenant le mariage – CEDH, 16 juillet 2014, n° 37359/09, *RTD Civ.* 2014.83 : le droit finlandais peut alors imposer le divorce, dès lors qu'il autorise le PACS homosexuel.

■ 3. Si l'opération a été faite sans l'accord du conjoint, elle peut constituer à son égard une injure cause de divorce (v. situant la faute dans l'opération elle-même : Nîmes, 7 juin 2000, *LPA* 12 avril 2001 p. 20, note MASSIP critique – V. aussi Caen, 28 mai 2001, *D.* 2002.124, note MAUGER-VIELPEAU, plaçant la faute dans la non-prise en compte des conséquences). Si le conjoint a donné son accord, il n'y aura plus injure.

■ 4. Cass. civ., 6 avril 1903, *préc.* – M. TROCHU, *L'impuissance*, *D.* 1965, chron. 153.

§ 3. CONDITIONS TENANT À L'ÉTAT DE SANTÉ

TEXTES

Code civil, art. 96-1 et 171

Art. 96-1. – En cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national, pour causes graves et sur autorisation, d'une part, du garde des sceaux, ministre de la justice, et d'autre part, du ministre de la défense, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires, des marins de l'État, des personnes employées à la suite des armées ou embarquées à bord des bâtiments de l'État sans que le futur époux comparaisse en personne et même si le futur époux est décédé, à la condition que le consentement au mariage ait été constaté dans les formes ci-après :

1° Sur le territoire national, le consentement au mariage du futur époux est constaté par un acte dressé par l'officier de l'état civil du lieu où la personne se trouve en résidence ;

2° Hors du territoire national ou dans tous les cas où le service de l'état civil ne serait plus assuré dans le lieu où la personne se trouve en résidence, l'acte de consentement est dressé par les officiers de l'état civil désignés à l'article 93 ;

3° Lorsqu'il s'agit de militaires prisonniers de guerre ou internés, ce consentement peut être établi par les agents diplomatiques ou consulaires de l'État étranger chargé des intérêts français dans les pays où ces militaires sont retenus en captivité ou par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises accréditées dans les pays où ils sont internés. Il peut également être établi soit par deux officiers ou sous-officiers français, soit par un officier ou un sous-officier français assisté de deux témoins de même nationalité ;

4° L'acte de consentement est lu par l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage.

Les actes de procuration et les actes de consentement au mariage de leurs enfants mineurs passés par les personnes susmentionnées peuvent être dressés dans les mêmes conditions que l'acte de consentement prévu aux alinéas précédents.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par voie réglementaire.

Art. 171. – Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement.

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

53 Absence de contrôle et disparition du certificat prénuptial. Certaines conceptions autoritaires conduiraient à interdire le mariage aux individus atteints de certaines maladies ou affections, dangereuses pour le conjoint ou pour les enfants à naître. C'est ainsi que certaines législations étrangères excluent du mariage les personnes atteintes de maladies vénériennes ou de tares héréditaires.

Notre droit a choisi une voie plus libérale et donnant plus d'importance à la responsabilité individuelle. Il rejette tout empêchement tenant à l'état de santé des époux, en considérant tout à la fois leur inefficacité (l'époux « *interdit* » pourrait vivre en concubinage et avoir des enfants) et leur aspect d'atteinte à la liberté individuelle (crainte d'un arbitraire des médecins)⁵.

Aucune affection physique ne peut donc s'opposer au mariage de celui qui en souffre, pourvu qu'il puisse exprimer son consentement, et que celui de son conjoint soit donné en connaissance de cause : la dissimulation d'une affection grave justifierait une action en nullité pour erreur (v. *infra*, n° 71) ou en divorce (v. *infra*, n° 152).

Cette question a resurgi avec l'extension du sida : elle n'a pas reçu une réponse différente (la contamination consciente peut constituer un cas d'empoisonnement, mais ce n'est guère préventif...).

Cependant, une loi du 16 décembre 1942 reprise par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et insérée dans l'article 63 du Code civil avait rendu obligatoire un *examen médical* avant le mariage dont le résultat n'était toutefois pas communiqué à l'autre époux, mais au seul intéressé placé seul devant sa responsabilité. Le déficit de la Sécurité sociale qui prenait en charge cet examen a poussé à supprimer cette exigence par une loi du 20 décembre 2007.

54 Mariage des mourants. La condition de santé est si peu essentielle au mariage civil que celui-ci est ouvert aux mourants.

Le mariage d'un moribond, dit « *extremis* », était admis par le droit canonique, bien qu'il ne soit pas destiné à être consommé, en raison de son effet rédempteur, purifiant une liaison préexistante et légitimant les enfants qui en sont le plus souvent nés ou attendus. Notre droit civil l'admet de même, sous la seule condition que le mourant soit en état de donner un consentement lucide⁶, les formalités étant même assouplies (déplacement de l'officier d'état civil, etc.). Pour éviter que le procédé ne serve à permettre le transfert de pensions de réversion, et ne donne lieu à des fraudes notamment dans les établissements de retraite, les régimes de retraite subordonnent la réversion à une durée minimale de vie commune.

55 Mariage posthume. Allant encore plus loin, notre droit admet encore que le mariage puisse être célébré avec un défunt qui y avait donné son consentement de manière non équivoque. Cela concerne deux cas :

— en cas de guerre ou d'opérations militaires à l'étranger, pour motifs graves et sur autorisation conjointe des ministres de la justice et de la défense, pourvu que le défunt ait au préalable donné son consentement devant un officier d'état civil ou un agent diplomatique (C. civ., art. 96-1) ;

— pour motif grave et sur autorisation du Président de la République, lorsque les circonstances établissent sans équivoque le consentement du défunt (C. civ., art. 171).

■ 5. V. ULIOLI, *La maladie d'un époux : idéalisme et réalisme en droit français* : RTD civ. 1968.253.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1968, *Bull. civ. I*, n° 27 ; JCP 1968.II.15442, note R. L. – 2 décembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 299 ; D. 1993.409, note F. BOULANGER – 31 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 47 (la preuve incombe à celui qui conteste l'acte).

La question des recours contre ces décisions n'est pas des plus claires. S'il est quasiment certain qu'un refus ne peut faire l'objet d'un recours, la décision d'autorisation est plus débattue. En l'état actuel de la jurisprudence, le Président apprécie souverainement et sans recours⁷ si ces formalités manifestent le consentement du défunt, mais le juge civil vérifie l'existence même des formalités et la persistance du consentement jusqu'au décès⁸.

Les effets de ce mariage posthume sont principalement d'ordre moral (ils étaient importants lorsqu'en dépendait la qualité d'enfant « *légitime* », aujourd'hui disparue). La « *fiancée veuve* » peut porter le nom du défunt. Sur le plan matériel, si ce mariage posthume n'ouvre aucun régime matrimonial ni droit successoral, il permet le bénéfice d'assurances ou de rentes d'accident du travail⁹, outre l'application de l'avantageux régime fiscal des libéralités entre époux.

SECTION 2

CONDITIONS DE CAPACITÉ

TEXTES

Code civil, art. 148 à 150 et 460

Art. 148. – Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement.

Art. 149. – Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

[...]

Art. 150. – Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement.

[...]

Art. 460. – Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge.

Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

■ 7. CE, 25 octobre 1963, *Lebon* 504 – Voir, avançant une analogie avec son droit de grâce, BEIGNIER, *Dr fam.* juin 2016 p. 1.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 380 ; *D.* 1990.225, note HAUSER ; *JCP* 1990.II.21557, note F. BOULANGER. Cet arrêt a en même temps curieusement jugé que les conditions ordinaires d'autorisation nécessaires pour les incapables ne s'appliquaient pas en ce cas, l'incapacité de l'époux ayant pris fin... avec son décès – Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 114 – Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 123 ; *RTD civ.* 2006.90, obs. HAUSER – 17 octobre 2007, *Bull. civ. I*, n° 324 ; *Dr. fam.* 2008.197, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 9. Soc., 15 février 2001, *Bull. civ. V*, n° 57 ; *RTD civ.* 2001.563 – Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 206 – Cass. 2^e civ., 10 juillet 2008, n° 07-15390 *Bull. civ. II*, n° 4.

56 Évolution des autorisations familiales. Si aujourd'hui la question des autorisations au mariage ne concerne plus que les incapables, mineurs ou majeurs, il n'en a pas toujours été ainsi. Aussi longtemps que la famille a dominé ses membres, son consentement au mariage de l'un d'eux a été exigé avec rigueur. À Rome, quel que fût son âge, le candidat au mariage qui n'était pas *sui juris* devait obtenir le consentement de son *pater*, à peine de nullité du mariage. Dans notre Ancien Droit, si la règle canonique ne faisait pas de ce consentement une condition de validité du mariage, le pouvoir royal édictait contre les mineurs de vingt-cinq ans qui s'en passaient des sanctions civiles (telles que la possibilité d'exhérédation) et même pénales (telles les peines du rapt de séduction). À la fin de l'Ancien Régime, les tribunaux allèrent jusqu'à prononcer la nullité de l'union, par une conception extensive du rapt de séduction.

Le droit intermédiaire, qui édictait la pleine liberté nuptiale au-delà de vingt et un ans, n'eut sur ce point aucune influence sur les codificateurs qui reproduisirent l'exigeant système antérieur (dont on trouve maints échos dans l'œuvre de Balzac). À peine de nullité du mariage, l'autorisation des parents était requise jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les hommes et vingt et un ans pour les femmes. Au-delà, ce consentement devait toujours être demandé, et son refus retardait l'accomplissement de la cérémonie en raison de la formalité des « *actes respectueux* » au nombre de trois jusqu'à trente ans pour les hommes et vingt-cinq ans pour les femmes, et d'un seul ensuite¹⁰.

Un assouplissement considérable s'est marqué depuis lors tant en ce qui concerne le seuil d'âge que les personnes habiles à autoriser. La formalité des actes respectueux a disparu en 1933 déliant de toute condition le mariage des majeurs non incapables. La majorité s'est abaissée à 18 ans en 1974, de sorte que l'autorisation n'est plus nécessaire qu'au-dessous de cet âge (ce qui, depuis 2006, suppose que le mineur obtienne une dispense d'âge : *supra*, n° 50) ou pour les majeurs incapables : en un mot, le contrôle familial a disparu pour faire place à une simple question de capacité.

§ 1. MINEURS

57 Régime spécifique. Depuis la loi du 4 avril 2006, un mineur ne peut plus se marier que s'il a obtenu une dispense d'âge du Procureur de la République (*supra*, n° 50). Mais cette dispense ne lui suffit pas à elle seule : sa minorité qui le rend incapable (même à cet égard s'il est émancipé : C. civ., art. 413-6) le contraint à obtenir une autorisation.

Celle-ci ne suit toutefois pas le droit commun de la minorité, mais obéit à un régime spécifique organisé aux articles 148 et suivants du Code civil. Il est important de souligner que ce régime est indépendant de l'exercice de l'autorité parentale : quelles que soient les modalités de cet exercice (par exemple en présence de

■ 10. Analogues aux « *sommations respectueuses* » de l'Ancien Droit, ces actes notifiés aux parents obligeaient leur enfant majeur à laisser s'écouler un mois avant de pouvoir passer outre au refus. Lorsqu'ils étaient au nombre de trois, le délai atteignait donc au total trois mois.

parents séparés, ou de délégation ou retrait de l'autorité parentale), le droit de consentir au mariage d'un mineur demeure lié au lien de filiation.

58 Auteur de l'autorisation. Non seulement elle est désormais rarement nécessaire, mais en outre l'autorisation est devenue plus facile à obtenir.

Dans le système du Code civil, l'opinion de l'un des parents était considérée comme décisive et, même avec l'appui de l'autre, le mineur ne pouvait vaincre une opposition de ce parent privilégié. C'était le père dans les couples légitimes, le titulaire de la puissance paternelle dans les familles naturelles, le parent ayant obtenu le divorce à son profit et la garde de l'enfant dans les couples divorcés¹¹. Et lorsque l'enfant, n'ayant plus ses parents, recourait à ses aïeux, c'était l'avis des grands-pères qui prédominait sur celui des grands-mères : il fallait à l'enfant, pour pouvoir se marier, en convaincre au moins un. La loi du 17 juillet 1927 a grandement assoupli les choses en décidant que désormais tout dissentiment vaudrait consentement : il suffit donc que le mineur obtienne l'approbation de n'importe lequel de ses deux parents, et, si la décision incombe aux grands-parents, l'assentiment de l'un d'eux suffit à vaincre la résistance des trois autres.

En l'état actuel, il convient de distinguer selon la situation familiale de l'intéressé.

— *En cas de filiation par le sang*, le consentement des père et mère est demandé ; en cas de dissentiment entre eux, le partage emporte consentement (art. 148). Si l'un des parents est mort ou hors d'état de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit (art. 149). Si les deux parents sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les ascendants les remplacent : le consentement d'un seul des ascendants suffit (art. 150).

En l'absence d'ascendants ou lorsque ceux-ci sont hors d'état de manifester leur volonté, le pouvoir de consentir au mariage de l'enfant mineur appartient au *conseil de famille* ou au juge et non au tuteur.

— *En cas de filiation adoptive*, que l'adoption soit simple ou plénière, c'est l'adoptant qui doit consentir au mariage de l'adopté mineur. Si l'adoption a été faite par deux époux, ils sont tous deux appelés à donner leur avis, mais, en cas de désaccord, le consentement d'un seul suffit.

La famille d'origine n'a donc pas à être consultée, sauf dans l'hypothèse où l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l'adopté puisque alors l'autorité parentale est attribuée concurremment à l'adoptant et son conjoint, ce dont il résulte que tous deux doivent être consultés et que l'assentiment d'un seul suffit (C. civ., art. 365).

59 Caractères de l'autorisation. L'autorisation doit être **spéciale**, c'est-à-dire préciser l'identité du conjoint que le mineur est autorisé à épouser. Elle est donnée lors de la cérémonie, ou auparavant par acte authentique (mais elle est alors révocable jusqu'au dernier moment et devient caduque si son auteur décède entre-temps).

■ 11. Lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1897.

Elle est souvent dite **discrétionnaire**, c'est-à-dire qu'elle n'a pas à être motivée et qu'il n'existerait aucun recours contre un refus¹² mais une révocation ou un refus inspiré par des mobiles illégitimes pourrait donner lieu à des dommages-intérêts pour abus de droit¹³. Toutefois, lorsqu'elle relève du conseil de famille, l'autorisation n'a pas ce caractère et un recours est ouvert devant le tribunal (art. 1289 du Code de procédure civile).

§ 2. INCAPABLES MAJEURS

60 Majeurs en curatelle. Reprenant l'exigence posée par l'ancien article 514, l'article 460 du Code civil, issu de la loi du 5 mars 2007 réformant le droit des majeurs protégés, soumet le mariage du majeur en curatelle à l'autorisation du curateur¹⁴. Mais si celui-ci refuse, le juge des tutelles peut y suppléer¹⁵.

61 Majeurs en tutelle. Le même texte requiert pour le majeur en tutelle l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Sans reprendre l'exigence d'un avis médical que posait l'ancien article 506, il impose l'audition « *des futurs conjoints* » (et non pas du seul incapable) et incite à recueillir « *l'avis des parents et de l'entourage* ».

En outre, il faut naturellement que le majeur soit en état de donner un consentement personnel¹⁶.

Il est à souligner que si ce consentement est donné et si le mariage est prononcé, c'est le conjoint qui devient aussitôt en principe tuteur ou curateur, par le jeu de l'article 449¹⁷.

SECTION 3 CONDITIONS DE CONSENTEMENT

TEXTES

Code civil, art. 146 et 180

Art. 146. – Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. [...]

■ 12. Rouen, 26 juillet 1949, *D.* 1949.352, note LEBRUN – *Contra*, C. civ. belge, art. 160 bis, qui ouvre un recours devant le tribunal de la jeunesse, qui peut permettre le mariage s'il juge le refus « *abusif* ». Il en est de même en Allemagne (BGB, art. 1304) et en Italie (C. civ., art. 90) – Lyon, 23 mars 1983, *RTD civ.* 1985.135.

■ 13. Lyon, 23 janvier 1907, *D.* 1907.2.73, note JOSSERAND – TGI Fougères, 21 novembre 1962, motifs : *Gaz. Pal.* 1963.1.424.

■ 14. Exigence jugée conforme à la Constitution par Cons. constit., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC.

■ 15. V. Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 2012, n° 11-25158, *Bull. civ.* I, n° 255 (appréciation souveraine).

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1998, *Bull. civ.* I, n° 124 ; *Defrénois* 1998, p. 1398, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 1998.658, obs. HAUSER – Civ 1^{ere}, 2 décembre 2015, n° 14-25777, *D.* 2016.1334, obs. LEMOULAND et VIGNEAU (pas d'autorisation judiciaire possible, même en présence d'une vie familiale avec enfants) – Civ 1^{ere}, 20 avril 2017, n° 16-15632

■ 17. Cass. 1^{re} civ., 5 février 1991, *Bull. civ.* I, n° 50 p. 32.

Art. 180. – Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministre public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.

62 Rôle central de la volonté. Dans la conception essentiellement psychologique du mariage que reçoit notre droit positif, c'est cette volonté qui joue le rôle principal. Et cette importance ne va que croissant au fur et à mesure que s'affirme l'idée de liberté individuelle en la matière¹⁸ au point que le mariage tend à reposer aujourd'hui intégralement sur cette volonté, ce qui explique d'une part que le PACS et l'union libre où se retrouve en partie cette volonté se rapprochent du mariage et d'autre part que le mariage soit susceptible d'être dissous lorsque cette volonté conjugale cesse d'exister.

Ce lien entre la liberté individuelle et le respect de la volonté des époux dans la formation du mariage ressort d'ailleurs très nettement de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont l'article 16, après avoir posé en principe le droit de se marier, ajoute aussitôt que « *le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et le plein consentement des futurs époux* ». Le principe fondamental de la liberté du mariage a pour objet de préserver cette volonté contre toute atteinte (cf. *supra*, n° 28).

Il en découle non seulement que le consentement des époux doit être donné de façon libre et consciente (§ 1) mais encore qu'il doit répondre par son objet à une intention matrimoniale (§ 2).

§ 1. LE CONSENTEMENT AU MARIAGE

A. MOMENT DU CONSENTEMENT

63 Problème de la promesse de mariage, ou fiançailles. Le consentement qui sera donné devant l'officier d'état civil est toujours l'aboutissement d'un accord préalable qui s'est lui-même formé progressivement : à un moment donné, qu'ils vivent ou non déjà ensemble, les « *fiancés* » se sont promis de s'épouser.

Le contenu sociologique de cette période préparatoire, sorte de transition du célibat au mariage, est divers. La variété classique, « *bourgeoise* », met l'accent sur l'annonce du projet de mariage au groupe social, et sur la préparation morale, matérielle, voire religieuse de l'union future. Dans une autre acception, plus « *contemporaine* », il s'agira d'une véritable ébauche de l'union, accompagnée d'une cohabitation, sorte de prémariage ou mariage à l'essai.

64 Évolution historique. La force de l'engagement représenté par les fiançailles apparaît comme proportionnelle à l'influence de la doctrine chrétienne sur le droit positif. L'époque classique romaine n'y attachait aucune obligation, mais Justinien,

■ 18. V. *La liberté individuelle et le mariage*, RTD civ. 1973.440.

sous l'influence du christianisme, leur a conféré un effet considérable : elles constituaient en elles-mêmes le consentement nuptial et se transformaient automatiquement en mariage par les relations charnelles entre les fiancés. Après le Concile de Trente (1545), la doctrine canonique, puis le pouvoir royal, ont atténué quelque peu la force de l'engagement tout en lui conservant la nature d'un véritable contrat. S'il ne pouvait en aucun cas être condamné à une exécution en nature, par mariage¹⁹, le fiancé qui manquait à sa parole sans juste motif s'exposait à des sanctions ecclésiastiques outre des dommages-intérêts civils. De plus, des fiançailles brisées par rupture ou par décès de l'un des futurs créaient une alliance spirituelle qui faisait obstacle au mariage ultérieur de l'un des fiancés avec les proches parents de l'autre.

65 Nature juridique. Malgré le silence du Code civil, qui a laissé le champ libre à des controverses doctrinales²⁰, la jurisprudence a très vite refusé aux fiançailles toute valeur contractuelle, afin de sauvegarder jusqu'au dernier moment la pleine et entière liberté de consentement au mariage. Elle a posé le principe que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage »²¹. La promesse n'a donc pas une force juridique impérative.

Ce n'est pas dire qu'elle soit dépourvue de toute portée et qu'elle soit insusceptible de produire des effets de droit : il demeure en effet qu'elle revêt une valeur morale et constitue un fait sociologique. Sa valeur morale explique que, sans être source d'une obligation de droit, elle puisse avoir des conséquences juridiques entre les fiancés ; le fait sociologique qu'elle représente justifie qu'elle produise également des effets à l'égard des tiers.

Les fiançailles constituent donc le type même du *fait juridique*, ce qui commande le régime de leur preuve, qui peut être rapportée par tous moyens²².

66 Régime de la rupture. Les fiançailles ne produisent guère d'effets juridiques pendant leur déroulement, ni d'ailleurs dans l'hypothèse la plus fréquente où elles aboutissent à un mariage. Tout juste peut-on noter que la situation créée par les fiançailles est opposable aux tiers, de sorte qu'en cas de décès ou accident causé à l'un des fiancés, l'autre pourra obtenir du responsable réparation de son préjudice « *par ricochet* », moral ou matériel²³.

C'est sur le cas de la rupture que se concentrent les difficultés, touchant au sort des cadeaux et à d'éventuels dommages-intérêts.

67 Sort des cadeaux. Il vient souvent à l'esprit des fiancés brouillés de remettre en cause les cadeaux qu'ils s'étaient offerts en de meilleurs temps – voire aux parents du donateur décédé d'en demander retour. Parfois, c'est après l'échec du mariage

■ 19. La promesse de Figaro à Marcelline n'est donc pas aussi dangereuse qu'il le paraît.

■ 20. JOSSERAND, *Le problème de la rupture des fiançailles*, D. 1927, chron. 24.

■ 21. Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838.1.494 – Jurisprudence constante depuis lors (cf. Cass. 1^{er} civ., 4 janvier 1995, n° 92-21767 ; D. 1995.251 et la note ; *RTD civ.* 1995.604, obs. HAUSER).

■ 22. Cass. 2^e civ., 7 juin 1967, *Bull. civ.* II, n° 210 p. 146 – Cass. 1^{er} civ., 26 mai 1971, *Bull. civ.* I, n° 175 ; D. 1971.501, pour une preuve par **photographie** – Cass. 1^{er} civ., 3 janvier 1980, *Bull. civ.* I, n° 5 ; *RTD civ.* 1983, obs. RUBELLIN-DEVICHI, 321 n° 2.

■ 23. Cf. Crim., 16 décembre 1954, *JCP* 55.II.8505 – 5 janvier 1956, D. 1956.216.

qui a suivi que la question se pose. Leur restitution ou leur conservation dépend à la fois de leur nature et des circonstances de la rupture.

Les *présents d'usage*, caractérisés par leur valeur modique eu égard au train de vie et aux habitudes du donateur, sont définitivement acquis et ne pourront être remis en cause après rupture, quelles qu'en soient les circonstances.

Les *cadeaux les plus importants*, ceux qui étaient inspirés par la considération du mariage futur, sont au contraire soumis à l'article 1088 du Code civil, déclarant caduque toute donation faite en faveur d'un mariage qui ne se conclut pas. Ils doivent donc en principe être restitués²⁴. Toutefois, dépassant le texte et mue par une idée de réparation, la jurisprudence décide parfois que ces cadeaux pourront être conservés, comme une sorte de compensation forfaitaire, si la rupture provient d'une faute du donateur²⁵.

Quant à la *bague de fiançailles*, son sort est nuancé. L'on affirme traditionnellement qu'elle obéit au régime des cadeaux importants, et devrait être restituée en cas de rupture due à toute autre cause que la faute du fiancé ainsi peut-être que son décès²⁶. Mais la jurisprudence récente paraît en faire souvent un équivalent des présents d'usage : ce qui implique qu'elle peut être conservée en toute occurrence. Pour cela, il faut toutefois que sa valeur soit en rapport avec les moyens du donateur²⁷.

S'il s'agit de *bijoux de famille*, on admet un régime particulier : ils sont censés avoir été simplement remis à titre de prêt et doivent rester dans la famille dont ils proviennent quelles que soient l'importance du bijou et les circonstances de la rupture²⁸.

Dans le cas où restitution est due, des difficultés de **preuve** peuvent surgir, car ces cadeaux ne sont pas de ceux que l'usage accompagne d'écrits. Celui qui réclame restitution devra établir le don – ce qu'il pourra faire par tous moyens au titre de l'impossibilité morale d'exiger un écrit. Mais, une fois ce don établi, c'est au bénéficiaire de prouver la restitution qui seule le libère. Ici encore, on comprendra l'absence de reçu écrit, mais la prudence doit inciter cependant à conserver trace de cette restitution pour ne pas s'exposer à devoir la rééditer, sous forme d'une indemnité²⁹.

68 Liberté de rupture et abus. L'absence de force obligatoire des fiançailles a pour objet de permettre à chaque fiancé de renoncer librement à son projet : jus-qu'au moment de la célébration, la rupture est possible. N'étant que l'exercice

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 1960, *Bull. civ. I*, n° 62 p. 51.

■ 25. V. Paris, 3 décembre 1976, *D.* 1978.339, note FOULON-PIGANIOL.

■ 26. Paris, 3 décembre 1976, *D.* 1978.339, note FOULON-PIGANIOL – Amiens, 2 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1980.1 somm. 182 – Douai, 17 septembre 1985, *D.* 1985.301, note LANGLADE.

■ 27. V. Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 1979, *Bull. civ. I*, n° 331 – Amiens, 28 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 458 – Paris, 25 juin 1985 et 17 juin 1986, *RTD civ.* 1989.280.

■ 28. Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1983, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *D.* 1984.81, note BRETON ; *JCP* 1984.II.20202, note BARBIERI – Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2007, n° 05-14258 ; *Dr. fam.* 2008, n° 23 – V. BARBIERI, *Les souvenirs de famille*, *JCP* 1984.1.3156 – CARBONNIER, *Le statut des bijoux dans le droit patrimonial : Deffrénois* 1960, 26885.

■ 29. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1974, *Bull. civ. I*, n° 94 ; *JCP* 1974.II.17760, pour un cas où la fiancée prétendait avoir laissé sa bague dans la voiture du donateur.

d'une liberté, celle de ne pas se marier, cette rupture ne peut pas constituer une faute par elle-même et engager la responsabilité de son auteur³⁰.

Cette liberté demeure, même si les fiançailles se sont accompagnées de rapports charnels³¹, et même s'il en est issu ou attendu un enfant³². Toute convention ou arrangement contraire serait sans valeur³³.

Cependant, appliquant ici la théorie de l'abus de droit, la jurisprudence admet que la rupture, en elle-même licite, peut dégénérer en faute dans certaines circonstances³⁴. En effet si elles n'obligent pas au mariage, les fiançailles obligent à courtoisie et respect de l'autre. Aussi y a-t-il faute dans la **manière de rompre** si elle est incorrecte, injurieuse ou brutale. On observe que plus on se rapproche de la date prévue pour le mariage, plus les tribunaux ont tendance à admettre la faute³⁵.

Plus récemment, est apparue une seconde variété de faute, qui résiderait non plus dans les circonstances mais dans les **motifs de la rupture** : ainsi serait fautive la rupture inspirée par des motifs illégitimes, tels que des considérations de fortune³⁶, de race, d'opinion, de milieu social³⁷. La survenance d'une autre rencontre a été jugée non suffisante si les fiançailles étaient anciennes³⁸ ou en présence d'un enfant³⁹. Il a même été admis que l'opposition familiale ne constituait pas un motif légitime de rompre⁴⁰.

■ 30. Solution constante depuis Cass. civ., 30 mai 1838 préc. – V. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965, *Bull. civ. I*, p. 221 – Cass. 2^e civ., 2 juin 1967, *Bull. civ. II*, p. 146 – Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995, n°92-21767 ; *D.* 1995.251 et la note.

■ 31. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965 préc. – BERMOND DE VAULX, *La promesse d'épouser sa maîtresse* : *D.* 1966.137.

■ 32. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965 préc. – Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1958, *Bull. civ. I*, p. 15.

■ 33. Ainsi, une clause de dédit déguisée sous l'apparence d'un prêt est nulle : Ch. réunies, 7 mai 1838, *S.* 1838.1.574.

■ 34. V. Colmar, 12 juin 1970, *D.* 1970.406 retenant une lettre de rupture sans même une formule de courtoisie. – Paris, 3 décembre 1976, *D.* 1976.339, pour une non-présentation à la cérémonie au prétexte d'une crevaisson de pneu, suivie d'une lettre six jours plus tard. – Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 1970, *Bull. civ. I*, p. 215.

■ 35. V. par exemple, Req. 23 juin 1938, *Gaz. Pal.* 1938.2.586 (disparition le matin même du mariage). – Cass. 2^e civ., 2 juillet 1970, *Bull. civ. II*, p. 178 (rupture cinq jours avant le mariage prévu). – Paris, 3 décembre 1976, *D.* 1978.339 (non-présentation à la cérémonie). – Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1988, n°86-16152, *Gaz. Pal.* 1989.374 (après fixation de la date auprès de la mairie). – Paris, 12 mai 1987, *D.* 1987, Inf. rap. 142 (la veille du mariage prévu). – Paris, 1^{er} juillet 1999, *D.* 2000 somm. p. 411, obs. LEMOULAND (quatre jours avant).

■ 36. V. Cependant Cass. 2^e civ., 19 juillet 1966, *Bull. civ. II*, n°443 ; *D.* 1966.632 admettant qu'une divergence sur le régime matrimonial justifie la rupture.

■ 37. Cass. 2^e civ., 2 juillet 1970, *D.* 1970.743.

■ 38. Amiens, 2 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1980, somm. 182.

■ 39. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973, *Bull. civ. I*, p. 150 – 29 avril 1981, *Bull. civ. I*, n°144.

■ 40. Cass. civ., 20 novembre 1954, *Gaz. Pal.* 1955.1.26 – Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1958, *Bull. civ. I*, p. 132 – Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1964, *Bull. civ. I*, p. 96.

Un certain courant de jurisprudence a même un temps paru inverser la charge de la preuve en exigeant de celui qui rompt qu'il fournisse ses motifs⁴¹. Il semble heureusement en voie de régression⁴².

On peut, à vrai dire, éprouver quelque réticence à reconnaître ainsi aux juges le pouvoir d'apprécier le bien-fondé de la rupture. D'abord, elle est incertaine sur le plan pratique, car entre le caprice (fautif) et le manque d'amour (licite), la différence est bien subjective : c'est que la faute n'est pas de rompre, mais d'avoir au contraire tardé à le faire (encore qu'il soit naturel que l'approche de la cérémonie intensifie la réflexion...). Ensuite et surtout, cette conception paraît sur le plan des principes entamer la liberté même de la rupture : il y a incompatibilité entre liberté et contrôle des motifs.

Dans les cas où la rupture est jugée abusive, quelle peut en être la conséquence ?

L'état actuel des mœurs n'admet guère le fiancé éconduit à solliciter réparation, non pas qu'une faute de la fiancée soit inconcevable, mais sans doute parce que son préjudice paraît moins caractérisé.

La fiancée fautivement délaissée obtiendra une indemnité pécuniaire, car on ne conçoit guère de réparation en nature. Le dommage réparé sera d'abord moral mais pourra aussi être matériel : il couvrira alors les pertes éprouvées (frais engagés en vue de la célébration du mariage, démission de la fiancée de son emploi pour se consacrer à son foyer⁴³, frais engagés en vue du logement commun, etc.). Mais on ne saurait admettre la perte du profit escompté, c'est-à-dire des avantages matériels qu'elle aurait tirés du mariage, compte tenu de l'état de fortune de son fiancé (train de vie, droits successoraux, etc.). Ce préjudice, tant matériel que moral, sera considérablement accru si la fiancée est délaissée enceinte ou avec un enfant : c'est de loin l'hypothèse la plus fréquente d'action en justice.

B. | INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

69 Consentement inconscient. Le consentement qui ne serait donné que sous l'empire de la démence ou de tout autre état d'inconscience, tel que l'ivresse⁴⁴ ou l'hypnose, est purement inexistant. Est-ce à dire que les aliénés se voient en pratique fermer le mariage, malgré l'absence de toute interdiction d'ordre eugénique ? Non point, car la jurisprudence considère que le consentement n'est altéré que si l'intéressé était inconscient au moment précis de la célébration, mais qu'au contraire, ce consentement est valable s'il a été recueilli au cours d'un **intervalle lucide**⁴⁵. Et, favorable à l'exercice du droit au mariage, la jurisprudence estime que

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 22 février 1972, *Bull. civ. I*, n° 54 ; *JCP* 1972.II.17111, note LINDON – Cass. 2^e civ., 18 janvier 1973, *Bull. civ. II*, n° 25 ; *JCP* 1974.II.17794 – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973, *Bull. civ. I*, p. 150 – Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 1974, *Bull. civ. I*, n° 254 – Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1976, *Bull. civ. I*, p. 1258 – Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1981, *Bull. civ. I*, n° 143 et 144 p. 118 et 119.

■ 42. V. L'analyse détaillée de nombreuses décisions inédites par RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1989.282, puis Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995, *D.* 1995.251 et la note ; *RTD civ.* 1995.604, obs. HAUSER.

■ 43. V. par exemple : Cass. 2^e civ., 2 juillet 1970, *D.* 1970.178.

■ 44. Besançon, 12 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1931.553.

■ 45. Bastia, 8 février 1888, *D.* 1888.2.317 – Aix, 17 mars 1838, *S.* 1838.2.202 – Cass. civ., 9 novembre 1887, *D.* 1888.1.161 – Paris, 8 novembre 1965, *JCP* 1966.II.14506 – 31 janvier 1967, *JCP* 1967.II.15036, note BOULBES.

l'intervalle lucide doit être présumé, celui qui poursuit la nullité du mariage devant établir l'inconscience au moment précis de la célébration⁴⁶, preuve difficile⁴⁷.

70 Consentement extorqué par violence. Expressément visé par l'article 180 du Code civil, ce vice se présente rarement dans la pratique. Il est difficile d'imaginer une violence physique parce que l'officier de l'état civil qui la constaterait refuserait de célébrer le mariage⁴⁸. Seule peut exister la **violence morale**.

Pendant longtemps, elle a été rarement admise, car l'hypothèse la plus fréquente, celle où la contrainte émane des parents, était précisément exclue : la « crainte révérencielle » envers les parents était regardée comme une violence légitime, de sorte que la jurisprudence se limitait aux cas où la pression provenait de tiers, tels que par exemple la belle-famille offensée par « l'atteinte à l'honneur » de sa fille⁴⁹ ou l'autorité hiérarchique⁵⁰ ou encore de l'autre époux lui-même⁵¹.

Mais après avoir été abandonnée par les tribunaux⁵², l'exception de crainte révérencielle a été expressément condamnée par la loi du 4 avril 2006 venue compléter à cet effet l'article 180 du Code civil pour tenter de lutter contre les mariages forcés. En effet, contrairement à ce que l'on pourrait croire, les mariages forcés n'appartiennent pas au passé ni à l'exotisme : ils constituent une menace réelle pour de nombreux jeunes (filles surtout) de communautés ayant conservé diverses traditions (le Conseil de l'Europe en estimait le nombre à 70 000 en France en 2006). Pour lutter contre ce phénomène, la loi du 4 avril 2006 a ouvert au Ministère public l'action en nullité que les parties elles-mêmes n'osent le plus souvent pas exercer (cf. *infra*, n° 112).

71 Consentement vicié par l'erreur. L'article 180 alinéa 2, assoupli par la loi du 11 juillet 1975, vise aussi bien l'erreur « *dans la personne* » de l'autre que sur ses « *qualités essentielles* ».

— **L'erreur sur la personne** concerne l'erreur soit sur l'identité **physique** (il faudrait une substitution de personnes, comme des jumeaux par exemple, puisque la loi exige la comparution personnelle lors de la célébration), soit sur l'identité

■ 46. Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 1975, *Bull. civ. I*, n° 42 ; *D.* 1975.668, note HAUSER – 2 décembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 299 ; *D.* 1993.409, note F. BOULANGER – 31 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 47.

■ 47. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 1965, *Bull. civ. I*, n° 665 : que l'intéressé soit « *fatigué, anxieux, hébété et privé de son entier jugement* » n'établit pas une absence complète de lucidité ! – cf. toutefois Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1980, *Bull. civ. I*, n° 159 ; *JCP* 81.II.13498, note RAYMOND, admettant la nullité en présence d'une démence sénile depuis plusieurs années – Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 09-68983 ; *D.* 2011.2387, note RAOUL-CORMEIL (nullité en raison de lourdes déficiences mentales ne permettant pas de mesurer l'engagement).

■ 48. V. pourtant quelques très vieux exemples : Paris, 20 mars 1872, *D.* 1872.2.109 pour un mourant harcelé. – Agen, 14 juin 1890, *D.* 1891.2.153 pour une mariée frappée à coups de bâton ! – Plus récemment Civ. 1^{re}, 14 novembre 2000, n° 96-21845 (mariage imposé à une personne déficiente coupée de sa famille pour obtenir une carte de séjour).

■ 49. Bastia, 27 juin 1949, *D.* 1949.417 – Bastia, 25 octobre 1955, *Gaz. Pal.* 1956.1.78 – Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1959, *D.* 1960.540 – Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1968, *D.* 1969.410.

■ 50. Trib. civ. Montpellier, 16 juillet 1946, *Gaz. Pal.* 1946.2.183, beau-père colonel du mari.

■ 51. Cass. 1^{re} civ., 2 décembre 1997, n° 96-12324 *LPA*, 11 décembre 1998, note MASSIP.

■ 52. TGI Versailles, 25 avril 1979, *Gaz. Pal.* 1979.2.532 annulant le mariage consenti sous la pression du père n'ayant pas voulu décommander 700 invités. Cf. aussi Paris, 9 janvier 1996, *RTD civ.* 1996 p. 365, obs. HAUSER.

civile, cas plus réel. Encore faut-il qu'elle soit déterminante du consentement. Ainsi, une erreur sur la situation de famille de célibataire ou divorcé, selon les conceptions de l'intéressé, peut paraître ou non déterminante⁵³. Est généralement regardée comme non déterminante l'erreur sur la filiation⁵⁴ ou le nom⁵⁵ et la nationalité⁵⁶ ou la paternité⁵⁷ ou encore l'âge⁵⁸. Mais on a admis l'erreur sur l'existence d'une curatelle⁵⁹.

— *L'erreur sur les qualités essentielles* a suscité plus de controverses. La jurisprudence est restée longtemps dans la dépendance du célèbre arrêt *Berton* rendu par la Cour de cassation en 1862⁶⁰ ayant jugé que l'erreur sur la personne susceptible d'entraîner l'annulation du mariage s'entendait seulement de l'erreur sur l'identité physique ou civile du conjoint et non de celle qui porte sur ses qualités (en l'occurrence, il s'agissait de celle d'ancien forçat). Elle s'en est peu à peu dégagée en admettant l'erreur sur l'honorabilité du conjoint⁶¹, sur **son état mental**⁶² ou l'erreur sur ses **aptitudes sexuelles** (en précisant que l'impossibilité du conjoint doit être absolue et définitive)⁶³.

La loi du 11 juillet 1975, complétant l'article 180, a consacré cette évolution jurisprudentielle.

Mais comment comprendre la notion de « *qualités essentielles* » ? Peut-on se référer à une conception purement subjective, comme l'avait fait une décision au retentissement médiatiquement national, ensuite infirmée, au sujet de la **virginité**

■ 53. **Admettant** cette erreur à raison des convictions du conjoint : TGI Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.201 – Trib. civ. Seine, 4 avril 1951, *JCP* 1953.II.7408 – TGI Basse-Terre, 26 octobre 1973, *D.* 1974. somm. 44 – Cass. 1^{re} civ., 2 décembre 1997, *Deffrénois* 1998 p. 1017, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 1998.659, obs. HAUSER. **La rejetant** au contraire : Bordeaux, 21 décembre 1954, *D.* 1955.242, note ESMEIN – Cass. belge, 17 juillet 1925 : *Pasicrisie* 1925.370.

■ 54. Conjoint enfant naturel et non légitime : Paris, 12 juin 1957, *D.* 1957.571 ; *JCP* 1957.II.10110, note LINDON.

■ 55. V. Cependant, admettant l'erreur en cas d'**usurpation d'état civil** : Paris, 12 mars 1903, *S.* 1904.2.47 – Trib. civ. Seine, 7 juillet 1948, *D.* 1950.441.

■ 56. Paris, 7 juin 1973, *JCP* 1973.II.17539, note GOUBEUX ; *D.* 1974.174, note GUIHO (sur pourvoi : Cass. 1^{re} civ., 19 février 1975, *Bull. civ.* I, n° 70) – Lyon, 9 janvier 1979, *D.* 1981.241. Il en va autrement en temps de guerre : Trib. civ. Seine, 4 février 1918 et 2 janvier 1920, *D.* 1920.2.78.

■ 57. Trib. civ. Seine, 18 janvier 1938, *S.* 1938.2.119 pour l'ignorance que le conjoint est parent d'un enfant naturel.

■ 58. Pour une femme de 35 ans n'en ayant avoué que 25 : Trib. civ. Seine, 6 décembre 1949, *D.* 1950.103 – Et (plus fort encore !) pour une femme de 68 ans n'en ayant avoué que 35 : Lyon, 10 avril 1856, *DP* 1857.2.54.

■ 59. TGI Vesoul, 28 novembre 1989, *D.* 1990.591, note C. PHILIPPE ; *RTD civ.* 1991.298, obs. HAUSER.

■ 60. Civ., 24 avril 1862, *D.* 1862.I.153.

■ 61. Pour un meurtrier arrêté à la sortie de la cérémonie : TGI Bressuire, 27 juillet 1944, *D.* 1945.94 – voir aussi TGI Paris, 8 février 1971, *JCP* 1972.II.17244, note RAYMOND – 23 mars 1982, *RTD civ.* 1983 p. 323.

■ 62. TGI Le Mans, 18 mars 1965, *D.* 1967.203 – TGI Rennes, 9 novembre 1976, *D.* 1976.539, note COSNARD – TGI Tarascon, 8 juillet 1981 : *Deffrénois* 1982, 1240, note MASSIP.

■ 63. Trib. civ. Grenoble, 20 novembre 1958, *D.* 1959.495 – 19 juin 1963, *JCP* 1964.II.13334 – TGI Avranches, 10 juillet 1973, *D.* 1974.174, note GUIHO – Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982.519, note J.M. – Sur l'ensemble de cet effort jurisprudentiel, v. CORNU, Centenaire : *D.* 1959, chron. 215.

de la femme⁶⁴ ? Certes non (car alors pourquoi pas l'état du compte bancaire qui peut avoir été tout aussi déterminant ?).

Les « *qualités essentielles* » doivent être comprises comme celles qui, tant du point de vue individuel que du point de vue sociologique, sont regardées comme liées à la conception du mariage⁶⁵. Un état dépressif du conjoint a été jugé insuffisant⁶⁶, de même qu'une liaison passée⁶⁷ ou même l'absence de réels sentiments⁶⁸. Mais on peut admettre la prostitution⁶⁹, le sida⁷⁰ ou des atteintes héréditaires.

Il faut observer que si le conjoint concerné connaissait son état et l'a dissimulé à l'autre, ce dernier peut aussi agir par la voie du divorce, la dissimulation constituant un manquement au devoir de sincérité entre époux (*infra*, n° 152).

72 Consentement surpris par dol. Reprenant le vieil adage de Loysel sous l'ancien Droit « *dans le mariage, il trompe qui peut* » (avant, s'entend...), l'article 180 du Code civil a volontairement passé sous silence le dol, qui est en droit commun contractuel le troisième (et le plus fréquent) des vices du consentement. La raison en est qu'il serait, de manière générale, trop difficile à distinguer des artifices normaux qui ne sont « *qu'art de plaire* » (et la crainte de voir les tribunaux submergés...).

Il subsiste qu'en pratique, la preuve de manœuvres dolosives rendra les tribunaux beaucoup plus sensibles à l'erreur qu'elles auront provoquée et que si le dol a porté sur une qualité essentielle, il sera ainsi pris en compte, de sorte qu'en pratique son exclusion n'affectera que les cas où il a porté sur une qualité accessoire, et n'a ainsi pas été déterminant (du moins d'une manière légitime : ainsi s'il a porté sur l'état de fortune).

73 Sanctions. C'est la nullité du mariage qui sanctionne l'absence d'un consentement intègre. Mais cette nullité n'est pas soumise dans tous les cas au même régime : tandis que l'absence de consentement conscient est sanctionnée d'une nullité dite absolue que tout intéressé peut faire valoir⁷¹, la violence ou le dol n'ouvrent qu'une nullité relative, qui ne peut être demandée que par leurs victimes (et le Ministère public, dans le cas de violence depuis la loi du 4 avril 2006 voulant lutter contre les mariages forcés) et pendant un délai beaucoup plus bref (sur le régime respectif de ces deux types de nullité en général, v. *infra*, nos 106 et s.). Cela

■ 64. TGI Lille, 1^{er} avril 2008, *D.* 2008.1389 et 1788 ; *RTD civ.* 2008.455, infirmé par Douai, 17 novembre 2008, *Dr. fam.* 208.167, obs. LARRIBAU-TERNEYRE ; *JCP* 09.II.10005, note MALAURIE.

■ 65. Pour une tentative d'énumération, v. TGI Le Mans, 18 mars 1965, *D.* 1967.203, note PRADEL, qui écarte l'erreur sur la fortune, la race, la religion, l'intelligence, la virginité, le caractère, mais l'admet sur l'état mental de même que TGI Rennes, 9 novembre 1976, *D.* 1977.539. – Pour l'admission d'une erreur sur les convictions religieuses, v. TGI Le Mans, 7 décembre 1981, *JCP* 1986.20573, note LEMOULAND.

■ 66. Paris, 1^{er} décembre 1988, *D.* 1989, Inf. rap. 6.

■ 67. Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 495 ; *D.* 2006.417, obs. LEMOULAND et VIGNEAU. – *Contra* pour une liaison non rompue, mettant en cause la fidélité : Rennes, 11 décembre 2000, *Dr. fam.* 2001, n° 6.

■ 68. Saint-Denis de la Réunion, 8 juillet 2015. *Dr. fam.* 2016.23.

■ 69. TGI Paris, 13 février 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 1.

■ 70. COURBE, n° 91.

■ 71. Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2010, n° 18-19500, *D.* 2011.1042, note LEMOULAND et VIGNEAU.

n'empêche pas que d'autres sanctions (pénales ou dommages-intérêts) peuvent s'appliquer⁷².

§ 2. L'INTENTION MATRIMONIALE

74

Problème classique des mariages simulés. On a de tout temps connu des cas où les époux ne se marient pas dans le but d'adhérer à l'institution et de créer une union conjugale, mais dans la seule perspective d'obtenir ainsi un avantage lié au mariage⁷³ : légitimation d'un enfant naturel⁷⁴, acquisition d'une nationalité⁷⁵, dispense d'obligations militaires, voire obtention de libéralités ou d'avantages matrimoniaux⁷⁶, sociaux ou fiscaux⁷⁷, voire même (plus folklorique) désir de mettre à profit de supposés pouvoirs surnaturels⁷⁸.

Le mariage ainsi conçu comme un expédient pour obtenir l'une de ses conséquences est un mariage fictif ou simulé dont le droit canonique connaissait déjà l'existence⁷⁹.

Tant qu'il est demeuré épisodique et folklorique, ce problème des mariages simulés ou fictifs a donné lieu à des hésitations et des solutions ou propositions de la même eau, comme celle de tenir un tel mariage pour valable afin de sanctionner les époux qui ont entendu utiliser frauduleusement l'institution, faisant du maintien du mariage une sorte de peine privée⁸⁰, ou de priver de valeur le seul effet recherché⁸¹ voire de distinguer selon que cet effet recherché est une fin essentielle ou une conséquence secondaire du mariage⁸², distinction dont la séduction apparente est fallacieuse car, outre que la loi n'énonce pas les fins essentielles du mariage, il reste en toute occurrence que l'on se trouve en présence d'époux n'ayant pas voulu l'union conjugale elle-même.

■ 72. Par exemple pour délit d'abus de faiblesse : Crim., 26 mai 2009, *Bull. crim.* n° 104.

■ 73. Pour un historique détaillé, v. LAROCHE-GISSEROT, note au *JCP* 1991.II.21759.

■ 74. Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1963, *D.* 1964.465 ; *JCP* 1964.II.13498, note J. MAZEAUD.

■ 75. Trib. Seine, 7 janvier 1948, *JCP* 1948.4430, note MAZEAUD – Trib. civ. Melun, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.* 1954.1.272 – Paris, 16 octobre 1958, *JCP* 1958.II.10897 – Versailles, 15 juin 1990, *D.* 1991.268, note HAUSER – Toulouse, 5 avril 1994, *JCP* 1995.II.22462, note BOULANGER – Grenoble, 3 novembre 1998, *D.* 1999 somm. 373, obs. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 1999, n° 23, obs. LECUYER.

■ 76. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 215 – Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 267.

■ 77. Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 215 ; *D.* 2004.21, note GRIDEL ; *RTD civ.* 2004.66, obs. HAUSER.

■ 78. Rennes, 26 octobre 1998, *JCP* 1999.IV.2743.

■ 79. V. ESMEN et GENESTAL, *Le mariage en droit canonique*, Sirey, t. 1, p. 336 citant une décrétale d'innocent III annulant le mariage feint par un homme auquel tout baiser sans mariage était refusé.

■ 80. C.-I. FOULON-PLANIOL, *Le mariage simulé* : *RTD civ.* 1960.217 et *Le mariage à effets conventionnellement limités* : *D.* 1965 chron. 9.

■ 81. Pour l'acquisition de nationalité : Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1981, *JCP* 1982.II.19842, note GOBERT ; *D.* 1982.573, note GUIHO ; *Gaz. Pal.* 1982.567, note MASSIP. – Dans le même sens le Conseil d'État, dans un avis du 9 octobre 1992 (*D.* 1993.251 ; *JCP* 1993.II.22025) et dans un arrêt du 13 novembre 1992 (*D.* 1993.297, note HAÏM).

■ 82. Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1963, *JCP* 1964.II.13498, note J. MAZEAUD ; *D.* 1964.465, note RAYMOND.

Mais l'accroissement du phénomène lié au durcissement des conditions d'immigration a poussé récemment la jurisprudence à clarifier sa position.

75 Recrudescence « immigrative » et réactions. Au fur et à mesure que les conditions de séjour en France des étrangers sont devenues plus sévères, la pratique s'est répandue d'utiliser la voie du mariage avec un national ou résident français pour tenter de contourner l'obstacle.

La lutte contre cette fraude doit cependant rester prudente pour deux raisons :

— *d'une part c'est le principe de la liberté du mariage* qui risque d'être touché, principe de la plus haute valeur consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et rangé par le Conseil constitutionnel parmi les libertés fondamentales ;

— d'autre part, ce sont les *mariages mixtes* qui sont le plus souvent visés, alors qu'ils représentent plus de 20 % des mariages (en 2005) et qu'on ne saurait les englober dans une suspicion générale sans risque de xénophobie, voire de racisme. Cette prudence nécessaire a cependant été parfois perdue de vue, soit par un pouvoir démagogiquement restrictif⁸³, soit par des officiers de l'état civil au zèle suspect auxquels il a dû être rappelé qu'ils ne peuvent refuser la célébration en dehors de la procédure d'opposition ouverte au Ministère public⁸⁴.

Les réactions à ce phénomène ont été de divers ordres :

— allongement progressif du délai à l'expiration duquel le mariage permet au conjoint étranger d'obtenir une carte de résident puis la nationalité française (actuellement trois et quatre ans : cf. *infra*, n° 125) ;

— création depuis 2003 d'un délit pénal passible de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (Code des étrangers, art. L. 623-1) ;

— ouverture d'un droit d'opposition au Ministère public (C. civ., art. 175-2, cf. *infra*, n° 86).

Quant à la validité même du mariage, ce phénomène a conduit la jurisprudence à affiner et préciser la notion même de consentement au mariage, en dégagant une véritable *condition supplémentaire* et autonome tenant à l'intention matrimoniale.

76 Expression nouvelle : l'absence d'intention matrimoniale. Depuis 1997, on a vu apparaître en jurisprudence une nouvelle terminologie pour justifier la nullité du mariage qui n'a été conclu qu'à seule fin de produire un effet étranger à la finalité : l'absence de véritable « *intention matrimoniale* »⁸⁵.

Peu à peu se dessinent au fil des arrêts le contenu de cette notion et son fonctionnement :

— elle est distincte d'une absence ou d'un vice du consentement : c'est délibérément que les intéressés ont recouru au mariage et en pleine connaissance de cause

■ 83. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il dû déclarer contraire à la liberté fondamentale du mariage une disposition autorisant mairies et parquets à surseoir pendant trois mois à la célébration d'un mariage leur paraissant suspect (décision 13 août 1993, *JCP* 93.III.66372).

■ 84. Cass. 1^{re} civ., 6 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 49.

■ 85. Cass. 1^{re} civ., 22 avril 1997, *Deffrénois* 1997.1326 – 8 juin 1999, *Deffrénois* 1999.1256 – 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 441 et 442 – 7 juin 2006, n° 04-13447 – 28 novembre 2006, n° 04-19109 – 9 juillet 2008, n° 07-19079, *RTD civ.* 2008.659, obs. HAUSER. – Voir F. BOULANGER, *Le défaut de sincérité matrimoniale dans la célébration de l'union*, *JCP* 2013.337.

de son caractère fictif ; ce n'est donc pas l'existence d'un consentement réel et non vicié qui manque, mais celle d'un consentement *au mariage* pris dans sa conception légale d'ensemble ;

— son contenu est essentiellement axé sur la communauté de vie : « *l'intention matrimoniale implique la volonté d'une communauté de vie* »⁸⁶ ; ce critère principal n'est cependant peut-être pas suffisant : non seulement une « *cohabitation de façade* » n'y satisfait pas⁸⁷, mais on a même vu cette intention niée en présence d'une cohabitation de cinq ans dont était né un enfant⁸⁸ ; il y est donc parfois ajouté l'exigence d'une communauté affective⁸⁹ (ce qui est une nouveauté remarquable lorsqu'on se souvient que le mariage civil ne requiert ni amour ni sentiment : *supra* n° 71) ;

— la preuve du défaut d'intention matrimoniale incombe à qui demande la nullité du mariage⁹⁰ ; mais en pratique elle est souvent déduite du constat *a posteriori* de la non-cohabitation considérée comme révélatrice de l'intention au moment même du mariage⁹¹ ;

— l'absence d'intention matrimoniale équivaut à un défaut total de volonté, de sorte qu'elle entraîne une nullité absolue du mariage même dans le cas où elle n'émane que d'un seul des époux, tandis que l'autre aurait cru à un « *vrai* » mariage⁹² ; en quoi l'on voit combien on s'est éloigné des notions de fraude ou de simulation, qui impliquent un commun accord.

L'application principale de cette nouvelle exigence concerne évidemment les mariages mixtes poursuivant une fin « *naturalisante* ». Mais elle ne se restreint pas à ce cas et s'applique aussi bien à un mariage conclu à des fins exclusivement financières⁹³ ou fiscales⁹⁴. En tout état de cause, c'est à qui conteste la validité du mariage d'établir qu'il est fictif⁹⁵.

■ 86. Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, précité.

■ 87. Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 442.

■ 88. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2006, précité (sans doute excessif...).

■ 89. Civ. 1^{re}, 14 janvier 2015, n° 13-27138, *Dr. fam.* 2015.45.

■ 90. Cf. Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 441.

■ 91. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2000, n° 98-10462 – 7 juin 2006, n° 04-13447 – 6 mars 2013, n° 12-12910, *Dr. fam.* 2013.50, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 92. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2006 et 9 juillet 2008, précités – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-67805.

■ 93. Pour une captation de patrimoine (suivie d'un meurtre !), v. Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012, n° 09-15606, *Bull. civ. I*, n° 267 ; *D.* 2013.1117 et la savoureuse note NAUDIN (rappelant que c'est l'un des moteurs les plus anciens du mariage).

■ 94. Cf. Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, *D.* 2004.21, note GRIDEL pour la recherche, à la veille du décès, d'avantages patrimoniaux qu'un testament n'aurait pas procurés.

■ 95. Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 2011, n° 10-21914 ; *Dr. fam.* 2011.176, note V.B.T. ; *D.* 2012.973, obs. LEMOULAND et VIGNEAU (manifestant un certain contrôle de la Cour de cassation).

CHAPITRE 3

LE FORMALISME DU MARIAGE

77 Triple fonction du caractère solennel. Le mariage n'a pas toujours été et n'est pas partout entouré du véritable rite civil que notre Code a instauré avec une grande précision, dans le souci évident d'implanter le mariage civil par rapport au mariage religieux seul en cours sous l'Ancien régime¹ : on est loin de la simple convocation du notaire évoquée dans le théâtre classique.

Cette solennité, qui comporte une phase préparatoire et fait intervenir l'autorité publique en la personne de l'officier d'état civil, remplit une triple fonction : d'abord, comme tout formalisme, elle a pour but de faire prendre conscience aux intéressés de l'importance de l'acte et de ses enjeux ; ensuite, comme elle fait intervenir l'autorité publique et s'accompagne d'une publicité, elle permet d'informer le corps social et de le mettre en mesure d'exercer un certain contrôle, notamment par la voie d'oppositions éventuelles ; enfin, en laissant trace dans les actes d'état civil, elle assure la fiabilité de la preuve ultérieure du mariage.

78 Mariages en France et mariages à l'étranger. Il va de soi que la loi française n'a de prise directe que sur les célébrations qui ont lieu sur le territoire français et qu'ailleurs, chaque autorité suit son propre droit : le mariage est l'illustration la plus claire de la célèbre règle de droit international « *locus regit actum* » (le lieu régit l'acte), pour ce qui est de sa forme (cf. *supra*, n° 30). Mais les mariages célébrés à l'étranger pouvant avoir de nombreuses conséquences et incidences en France (et pas seulement dans le cas où un ressortissant français y est partie), il a fallu préciser les conditions auxquelles ces mariages à l'étranger pourront être reconnus en France et y produire effet. D'où la distinction divisant le présent chapitre.

■ 1. Sur cette « rivalité », v. CARBONNIER, n° 542 et 543.

SECTION 1 | **LES MARIAGES CÉLÉBRÉS EN FRANCE**

79

Distinction du mariage civil et du mariage religieux. La laïcisation du mariage juridique n'a pas fait disparaître le mariage religieux et la cérémonie qui l'accompagne, mais l'a simplement rendu sans effet de droit. Toutefois, de crainte de voir ce mariage religieux supplanter le mariage civil, la loi exige encore de nos jours que la cérémonie juridique à la mairie *précède* celle qui est religieuse, qu'elle ait lieu à l'église, au temple, à la mosquée, à la synagogue ou en tout autre lieu (l'article 433-21 nouveau du Code pénal prévoit des sanctions pour les ministres des cultes qui auraient donné une bénédiction nuptiale sans avoir exigé la preuve de la célébration civile antérieure du mariage)².

Facultative et sans effet, la célébration religieuse peut néanmoins revêtir une importance décisive pour certains époux : la promesse non tenue de donner une consécration religieuse au mariage constitue, d'après la jurisprudence, une faute, cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil, voire un cas de nullité pour erreur³.

Même à l'égard des étrangers dont le statut admet le seul mariage religieux, il ne semble pas que le droit français reconnaisse la valeur de tels mariages célébrés en France⁴ alors qu'ils sont reconnus s'ils ont été conclus à l'étranger (cf. *infra*, n° 103). En contrepartie, leur mariage civil en France sera valable aux yeux du droit français même dans le cas où leur statut personnel ou confessionnel exigerait un mariage religieux préalable⁵.

§ 1. | LES FORMALITÉS PRÉPARATOIRES

TEXTES

Code civil, art. 63 à 65, 166 et 169

Art. 63. – Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré.

La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée :

1° À la remise, pour chacun des futurs époux, des indications ou pièces suivantes :

— les pièces exigées par les articles 70 ou 71 ;

■ 2. V. pour une application : trib. pol. Dunkerque, 9 mars 1972, *Gaz. Pal.* 1972.1.436 – V. REVET, *De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage*, *JCP* 1987.I.3309.

■ 3. TGI Basse-Terre, 25 octobre 1973, *D.* 1974 somm. 44.

■ 4. Cf. MESTRE, *Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel* : *Rev. Crit. DIP*, 1977.659.

■ 5. Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *D.* 1956.73 ; *Rev. crit.* 1955.723, note BATIFFOL.

— la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique ;

— l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère ;

2° À l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180.

L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

L'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint.

L'officier de l'état civil peut déléguer à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires du service de l'état civil de la commune la réalisation de l'audition commune ou des entretiens séparés. Lorsque l'un des futurs époux réside à l'étranger, l'officier de l'état civil peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente de procéder à son audition.

L'autorité diplomatique ou consulaire peut déléguer à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires chargés de l'état civil ou, le cas échéant, aux fonctionnaires dirigeant une chancellerie détachée ou aux consuls honoraires de nationalité française compétents la réalisation de l'audition commune ou des entretiens séparés. Lorsque l'un des futurs époux réside dans un pays autre que celui de la célébration, l'autorité diplomatique ou consulaire peut demander à l'officier de l'état civil territorialement compétent de procéder à son audition.

L'officier d'état civil qui ne se conformera pas aux prescriptions des aliénas précédents sera poursuivi devant le tribunal de grande instance et puni d'une amende de 3 à 30 euros.

Art. 64. – L'affiche prévue à l'article précédent restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours.

Le mariage ne pourra être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication.

Si l'affichage est interrompu avant l'expiration de ce délai, il en sera fait mention sur l'affiche qui aura cessé d'être apposée à la porte de la maison commune.

Art. 65. – Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai de la publication, il ne pourra plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus.

Art. 166. – La publication ordonnée à l'article 63 sera faite à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence.

[...]

Art. 169. – Le procureur de la République dans l'arrondissement duquel sera célébré le mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai ou de l'affichage de la publication seulement.

80 Information juridique des futurs époux. C'est la loi du 3 décembre 2001 (relative aux droits du conjoint survivant) qui a prévu, pour la première fois, qu'une information sur le droit de la famille serait fournie aux futurs époux lors des formalités préalables au mariage (art. 22).

Un décret du 23 décembre 2002 (annexe au décret du 15 mai 1974 sur le livret de famille) en a précisé le contenu, qui devra être repris sur le livret de famille. Cette information doit porter sur dix rubriques :

- les règles relatives au nom des futurs époux et de leurs enfants ;
- les droits et devoirs résultant du mariage ;
- les obligations alimentaires qui en découlent ;
- les règles relatives à la filiation, notamment pour les enfants déjà nés ;
- celles relatives à l'adoption, en particulier des enfants d'un des futurs conjoints ;
- le régime de l'autorité parentale ;
- celui du logement des époux ;
- le régime fiscal issu du mariage ;
- l'organisation du régime matrimonial ;
- les droits du conjoint survivant.

Le texte d'information établi par ce décret constitue un véritable « *memento* » du droit français du mariage, même si l'on doit déplorer une lacune considérable en ce qu'il est totalement muet sur le **divorce**, qui est pourtant aujourd'hui un mode normal de dissolution du mariage. Malgré ce silence – révélateur du maintien d'une conception sous-jacente du mariage indissoluble – sa rédaction claire et concise est remarquable, ce qui justifie qu'il soit reproduit plus loin en annexe (cf. *infra*, n° 104).

81 Production de pièces. Certaines pièces énumérées à l'article 63 du Code civil doivent être remises à l'officier de l'état civil par chacun des futurs époux : une expédition de l'acte de naissance datant de moins de trois mois (ou un acte de notoriété y suppléant), une pièce d'identité officielle et l'indication de l'identité des futurs témoins.

Des pièces supplémentaires peuvent être exigées dans certaines hypothèses :

- un certificat attestant que les époux ont fait un *contrat de mariage*⁶ ;
- *en cas de remariage*, ils doivent produire les pièces attestant de la dissolution du mariage antérieur : extrait de l'acte de décès du premier conjoint, ou extrait du jugement de divorce devenu définitif ;
- *s'il s'agit d'un mineur*, il doit justifier du consentement familial ;
- *en cas de dispense*, d'âge ou de parenté, il faut produire le document l'accordant.

82 Audition des futurs époux. Depuis les lois du 26 novembre 2003 et 14 novembre 2006, une formalité nouvelle a été prévue, non seulement dans la hantise des mariages simulés mais aussi pour prévenir les mariages forcés : il s'agit de l'audition des futurs époux par l'officier d'état civil.

Celui-ci dispose d'une large faculté d'appréciation : il peut estimer que cette audition n'est pas nécessaire si les pièces produites excluent par elles-mêmes toute atteinte aux règles sur le consentement ; il peut à l'inverse décider d'entendre chacun des futurs époux séparément, hors la présence de ses parents même s'il est

⁶ V. une proposition rendant obligatoire la consultation préalable d'un notaire sur ce point : M. DAGOT, *Le certificat prénuptial*, JCP 1977.I.2838.

mineur ; il peut faire procéder à cette audition par les agents diplomatiques ou consulaires.

En outre, si l'audition est impossible, cela ne peut pas faire obstacle à la poursuite de la procédure⁷.

- 83 Publication des « bans ».** Héritée du droit canonique (*les bans du mariage*), cette formalité tend à prévenir les tiers en les incitant à faire savoir les empêchements dont ils pourraient avoir connaissance, par voie d'opposition ou d'avis officieux. Mais, en pratique, ces publications sont peu efficaces dans les villes du moins, où elles sont peu lues.

Les formes de la publication sont énoncées par les articles 63 et suivants du Code civil. La publication se fait pendant dix jours par *l'apposition d'une affiche* à la porte de la « maison commune » (*la mairie*) à la fois du domicile de chaque époux et du lieu prévu pour la célébration (art. 166). Elle comporte un certain nombre de mentions relatives aux noms, prénoms, professions, domicile ou résidence des futurs époux, mais non de leur famille afin de préserver le secret de leur filiation. Elle précise également le lieu où le mariage sera célébré.

La *dispense* de cette publication peut être accordée par le procureur de la République pour cause grave (maladie, accouchement imminent) ou pour convenance (régularisation d'une union ancienne passant déjà pour légale).

- 84 Sanction.** L'omission de ces formalités préalables justifie une sanction civile contre l'officier d'état civil qui les a négligées (amende civile pouvant aller jusqu'à... 30 € : art. 63 *in fine*), mais non l'annulation du mariage ensuite célébré : on dit qu'il s'agit d'obstacles simplement prohibitifs (cf. *infra*, n° 107).

§ 2. LES OPPOSITIONS À LA CÉLÉBRATION

TEXTES

Code civil, art. 172 à 179

Art. 172. – Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.

Art. 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.

Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition, formée par un ascendant, n'est recevable ni ne peut retarder la célébration.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n° 7 : si la future épouse (étrangère) n'a pu se rendre à l'audition faute de visa, il y a là une impossibilité que l'officier d'état civil aurait dû constater : le juge peut lui enjoindre de recevoir le dossier de mariage.

Art. 174. – À défaut d’aucun ascendant, le frère ou la sœur, l’oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l’article 159, n’a pas été obtenu ;

2° Lorsque l’opposition est fondée sur l’état de démence du futur époux ; cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu’à la charge, par l’opposant, de provoquer la tutelle des majeurs, et d’y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

Art. 175. – Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu’autant qu’il y aura été autorisé par un conseil de famille, qu’il pourra convoquer.

Art. 175-1. – Le ministère public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.

Art. 175-2. – Lorsqu’il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l’audition prévue par l’article 63, que le mariage envisagé est susceptible d’être annulé au titre de l’article 146 ou de l’article 180, l’officier de l’état civil peut saisir sans délai le procureur de la République. Il en informe les intéressés.

Le procureur de la République est tenu, dans les quinze jours de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu’il sera sursis à sa célébration, dans l’attente des résultats de l’enquête à laquelle il fait procéder. Il fait connaître sa décision motivée à l’officier de l’état civil, aux intéressés.

La durée du sursis décidé par le procureur de la République ne peut excéder un mois renouvelable une fois par décision spécialement motivée.

À l’expiration du sursis, le procureur de la République fait connaître par une décision motivée à l’officier de l’état civil s’il laisse procéder au mariage ou s’il s’oppose à sa célébration.

L’un ou l’autre des futurs époux, même mineur, peut contester la décision de sursis ou son renouvellement devant le président du tribunal de grande instance, qui statue dans les dix jours. La décision du président du tribunal de grande instance peut être déferée à la cour d’appel qui statue dans le même délai.

Art. 176. – Tout acte d’opposition énonce la qualité qui donne à l’opposant le droit de la former. Il contient également les motifs de l’opposition, reproduit le texte de loi sur lequel est fondée l’opposition et contient élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré. Toutefois, lorsque l’opposition est faite en application de l’article 171-4, le ministère public fait élection de domicile au siège de son tribunal.

Les prescriptions mentionnées au premier alinéa sont prévues à peine de nullité et de l’interdiction de l’officier ministériel qui a signé l’acte contenant l’opposition.

Après une année révolue, l’acte d’opposition cesse de produire effet. Il peut être renouvelé, sauf dans le cas visé par le deuxième alinéa de l’article 173.

Toutefois, lorsque l’opposition est faite par le ministère public, elle ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire.

Art. 177. – Le tribunal de grande instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée formée par les futurs époux, même mineurs.

Art. 178. – S’il y a appel, il y sera statué dans les dix jours et, si le jugement dont est appel a donné mainlevée de l’opposition, la Cour devra statuer même d’office.

Art. 179. – Si l’opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts.

Les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles d’opposition.

85 Notion. À l’inverse des *avis officieux* informels par lesquels quiconque croyant connaître un empêchement au mariage peut en avertir l’officier d’état civil qui en fera ce que bon lui semble, *l’opposition* est un acte juridique qui oblige l’officier de l’état civil à surseoir au mariage, sans pouvoir en apprécier le bien-fondé.

L’opposition est donc un acte grave. C’est pourquoi le législateur, dans les articles 172 à 179 du Code civil, la réglemente d’une façon minutieuse : il précise la forme dans laquelle elle doit être faite, énumère les personnes qui peuvent faire opposition et pour quels motifs, et organise son dénouement. Il convient d’éviter en effet que cette voie ne soit utilisée, ainsi qu’elle l’était officiellement sous l’Ancien Droit, comme un moyen de retarder une union parfaitement licite mais simplement désapprouvée par les parents des intéressés.

86 Titulaires d’un droit d’opposition. Certains sont titulaires d’un droit d’opposition général, d’autres d’un droit spécial limité à certains motifs déterminés.

— *Les ascendants* peuvent s’opposer au mariage de leurs enfants ou descendants même majeurs, pour tout empêchement légal⁸. Peu importe donc le motif allégué qui peut être relatif à n’importe laquelle des conditions du mariage. Encore faut-il qu’il s’agisse véritablement d’une condition juridique du mariage : de simples raisons d’intérêts ou d’opportunité ne sauraient justifier une opposition⁹.

Le droit de faire opposition n’appartient pas aux ascendants cumulativement : il appartient *successivement* d’abord au père et à la mère, ensuite, à défaut, aux aïeuls et aïeules.

— *Le Ministère public* peut également faire opposition au mariage pour tous les cas où il pourra agir en nullité (c’est-à-dire les cas de nullité absolue et celui de mariage forcé : cf. *infra*, n° 109 et s.). Cette possibilité initialement admise par la jurisprudence a été consacrée par la loi du 24 août 1993, introduisant un article 175-1 dans le code. Le texte voté permettait même au Ministère public de faire surseoir au mariage en cas d’indices de mariage de complaisance ; mais le Conseil constitutionnel ayant dit cet article 175-2 contraire au principe constitutionnel de la liberté du mariage¹⁰, la loi du 3 décembre 1993 lui a donné une nouvelle rédaction limitant à un mois le sursis et organisant les voies de recours (ce nouveau texte, qui n’a pas été initialement soumis au Conseil constitutionnel, a fait l’objet d’une question prioritaire de constitutionnalité transmise et rejetée¹¹).

■ 8. Jusqu’à la loi du 8 avril 1927, les ascendants n’avaient pas à fournir de motif à cette opposition.

■ 9. Trib. Seine, 29 juin 1948, *D.* 1948.545 – Trib. Dinan, 29 avril 1952, *D.* 1952.446.

■ 10. Cons. constit., 13 août 1993, *JCP* 1993.III.66372.

■ 11. Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 12-40013 et Cons. constit., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC.

— **Le conjoint** non divorcé d'un des futurs époux peut faire opposition au mariage pour *bigamie* (art. 172).

— **Certains collatéraux**, frères et sœurs, oncles ou tantes, cousins germains, peuvent invoquer le *défaut d'autorisation du conseil de famille* (cela suppose un majeur en tutelle ou un mineur n'ayant plus d'ascendants et qui aurait dû demander une autorisation au conseil de famille pour se marier) ou la *démence du futur époux* (l'opposant doit demander en même temps l'ouverture de la tutelle).

— **Le tuteur** ainsi que **le curateur** d'un des futurs conjoints (s'il est donc en tutelle ou en curatelle) peut faire opposition, avec le consentement du conseil de famille, pour les mêmes motifs que les collatéraux, c'est-à-dire pour défaut d'autorisation du conseil de famille ou démence.

87 **Forme de l'opposition.** C'est par un acte d'huissier signifié aux futurs époux et à l'officier d'état civil que doit se faire l'opposition.

Cet acte doit préciser la qualité de l'opposant et le motif de son opposition (mais sans avoir à ce stade à en prouver le bien-fondé).

88 **Effet et durée de l'opposition.** Si elle est régulière, l'opposition a un effet radical : elle interdit la célébration du mariage¹², à peine de sanction pour l'officier de l'état civil (la nullité du mariage n'étant encourue que si l'empêchement allégué était réel et non du seul fait qu'il a été passé outre à l'opposition).

Lorsqu'elle émane d'un particulier, l'opposition devient caduque au bout d'un an, mais peut être renouvelée (sauf après mainlevée judiciaire).

Lorsqu'elle a été faite par le Ministère public, l'opposition ne peut au contraire se dénouer que par décision judiciaire.

89 **Dénouement de l'opposition.** Sauf si son auteur en donne volontairement mainlevée, l'opposition contraint les futurs époux qui persistent dans leur projet à saisir le tribunal pour que soit vidée la question de la licéité du mariage envisagé. Le tribunal, qui doit se prononcer dans les dix jours, ordonnera, si l'empêchement n'est pas avéré, *mainlevée* de l'opposition, et pourra en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts, sauf s'il s'agit d'un ascendant (art. 179)¹³. Dans son appréciation, le tribunal doit interpréter le doute en faveur de la mainlevée¹⁴.

Quel que soit son sens, le jugement peut être frappé d'appel et la Cour doit aussi juger dans les dix jours¹⁵.

■ 12. Pour une opposition à un mariage posthume pourtant autorisé par le président de la République : Paris, 20 juin 1995, *D.* 1995, Inf. rap. 192.

■ 13. Pour une opposition parentale au mariage d'un transsexuel, v. Paris, 13 décembre 1983, *D.* 1984.350, note RASSAT ; *RTD civ.* 1985.136, obs. RUBELLIN-DEVICHI.

■ 14. Pour un doute sur le caractère frauduleux du mariage : Colmar, 24 juin 1994, *JCP* 1995.IV.379. – V. aussi Versailles, 15 juin 1990, *D.* 1991.268, note HAUSER ; *JCP* 1991.II.21759, note GISSEROT et LIMOGES, 19 décembre 1996, *RTD civ.* 1997.549.

■ 15. Le pourvoi en cassation est quant à lui soumis au droit commun, ce qui est regrettable : si la mainlevée est refusée, le délai de l'instance en cassation recule considérablement le mariage ; si elle est accordée, le mariage peut être célébré (effet non suspensif du pourvoi) et une cassation sera donc sans effet.

§ 3. LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

TEXTES

Code civil, art. 74, 75, 165 et 171-9

Art. 74. – Le mariage sera célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi.

Art. 75. – Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212 et 213, du premier alinéa des articles 214 et 215 et de l'article 371-1 du présent code.

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

Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

[...]

Art. 165. – Le mariage sera célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un des époux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après.

Art. 171-9. – Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. À défaut, le

mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix.

La compétence territoriale de l'officier de l'état civil de la commune choisie par les futurs époux résulte du dépôt par ceux-ci d'un dossier constitué à cette fin au moins un mois avant la publication prévue à l'article 63. L'officier de l'état civil peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente de procéder à l'audition prévue à ce même article 63.

90 Lieu, date et publicité. Le mariage est célébré dans la commune où l'un des époux (où l'un de leurs parents, depuis la loi du 17 mai 2013) a son domicile ou sa résidence établie *par un mois au moins d'habitation* continue (art. 74)¹⁶. La loi du 17 mai 2013 a cependant prévu le cas où cette résidence se situe dans un pays prohibant le mariage homosexuel, pour autoriser alors le mariage en France (art. 171-9), ce qui implique pour l'État l'obligation de délivrer un visa à cette fin au conjoint étranger (v. *supra*, n° 35). La célébration a lieu à la *mairie*. Cependant, en cas de maladie grave ou d'infirmité de l'un des époux, l'officier de l'état civil pourra se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties, voire à l'hôpital.

Le mariage a lieu au jour désigné par les parties avec l'accord de l'officier d'état civil, sous réserve du délai de publication.

La cérémonie doit être publique, c'est pourquoi les portes du local où elle a lieu doivent être ouvertes (art. 165).

91 Personnes présentes. Les *époux* doivent être personnellement présents (art. 146-1). On ne peut se marier par procuration comme il arrivait sous l'Ancien Droit et comme l'admettent certaines lois étrangères. Cette présence obligatoire des conjoints est exceptionnellement écartée en temps de guerre pour un militaire ou un prisonnier (art. 96-1) et évidemment lorsqu'il s'agit d'un mariage posthume.

Les *témoins* des époux doivent assister à la cérémonie : deux au moins, quatre au plus, parents ou non.

Le mariage est célébré par un *officier de l'état civil* de l'endroit où il a lieu, c'est-à-dire par le maire ou, à défaut, par son adjoint ou par un conseiller municipal délégué¹⁷ mais le non-respect de cette règle n'entraîne pas automatiquement la nullité (cf. *infra*, n° 113).

92 Rituel. Le déroulement chronologique de la cérémonie est minutieusement fixé par l'article 75 du Code civil :

— l'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux des articles 212 à 215 du Code civil relatifs aux effets du mariage et 371-1 concernant l'autorité parentale (à noter : pas un mot sur le divorce, pourtant devenu mode normal de sortie du mariage) ;

— puis, il interpelle les futurs époux (et s'ils sont mineurs les ascendants) pour savoir si un contrat de mariage a été fait ; dans l'affirmative, la date du contrat et le nom du notaire qui l'a reçu devront être précisés ;

■ 16. Pour un cas d'opposition pour défaut de cette condition : Bordeaux, 3 décembre 1992, *JCP* 1993. IV.1765.

■ 17. Pour l'irrégularité d'un mariage d'un Français célébré en France au consulat d'un pays étranger : Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999 somm. p. 374, obs. LEMOULAND ; *RTD civ.* 1999.604, obs. HAUSER.

— il demande ensuite aux futurs époux s'ils veulent se prendre pour mari et femme ; la réponse est verbale, mais la loi ne l'exige pas (les muets pourront donc répondre par signes) ; s'il y a lieu, il se tournera vers les personnes dont le consentement est nécessaire pour qu'elles le donnent ;

— l'officier de l'état civil prononce ensuite la formule d'union (à condition bien entendu que les époux aient répondu « oui » à sa demande) : « au nom de la loi », il les déclarera unis par le mariage ; cette formule est un élément important de la cérémonie : pour certains, c'est elle qui forme le mariage ; pour d'autres, ce n'est qu'une formule déclarative, le mariage étant créé au moment du deuxième « oui »¹⁸.

93 Acte de mariage. L'officier d'état civil dresse immédiatement l'acte de mariage, qui est un acte public¹⁹. Celui-ci comporte un certain nombre d'énonciations énumérées par l'article 76 et la signature de l'officier de l'état civil, des époux, des témoins et des ascendants dont le consentement était nécessaire s'ils assistent au mariage. Cet acte de mariage est le mode de preuve normal du mariage.

94 Sanctions. L'article 191 précise que l'incompétence de l'officier d'état civil et le défaut de publicité permettent à quiconque (époux, ascendants, Ministère public et tout tiers justifiant d'un intérêt juridique) de demander la nullité du mariage pendant trente ans. Cependant le juge disposera d'un pouvoir d'appréciation selon qu'il y a eu ou non volonté de fraude (cf. *infra*, n° 113).

Les autres prescriptions légales ne peuvent donner lieu qu'à amende civile (art. 192).

§ 4. LA PREUVE DU MARIAGE

TEXTES

Code civil, art. 194 à 198

Art. 194. – Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil ; sauf les cas prévus par l'article 46, au titre Des actes de l'état civil.

Art. 195. – La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

Art. 196. – Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.

Art. 197. – Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de

■ 18. CARBONNIER, n° 544.

■ 19. D'où l'établissement d'un acte fictif constitue pour l'officier d'état civil une infraction criminelle, relevant de la cour d'assises : Crim., 20 juillet 2011, n° 10-83763.

l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.

Art. 198. – Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage.

95 Importance. La preuve du mariage est souvent requise des époux lorsqu'ils en invoquent les effets, soit entre eux, soit à l'encontre de tiers. Mais elle peut être également nécessaire aux enfants des époux (pour faire jouer la présomption de paternité) ou encore à des tiers pour qui l'existence de ce mariage est la condition d'un droit (par exemple du droit de réclamer à un époux paiement des dettes ménagères contractées par l'autre, ou encore d'une vocation successorale dépendant de l'établissement d'une généalogie).

96 Moyens de preuve. La solennité du mariage assure la préconstitution d'un moyen privilégié par la rédaction de *l'acte de mariage* inscrit sur les registres d'état civil. Ce moyen de preuve écrite est le seul à garantir l'existence d'un mariage, et non seulement d'une situation maritale qui pourrait confondre mariage, PACS et concubinage. La *possession d'état* d'époux, c'est-à-dire la preuve que le couple passait aux yeux du public pour marié, n'est qu'une preuve inférieure, précisément parce qu'elle risque de couvrir un concubinage installé. Enfin, *la preuve libre* du mariage pourra consister dans des témoignages ou indices *relatifs* à la célébration, sans même qu'une possession d'état ultérieure soit exigée.

C'est pourquoi l'admissibilité de ces deux moyens de preuve s'articule différemment selon le demandeur à la preuve.

97 Preuve par les époux. La règle de principe est énoncée par l'article 194 du Code civil : « *Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne présente un acte de célébration* inscrit sur le registre de l'état civil... ». Cette règle paraît normale puisque l'officier de l'état civil dresse l'acte de mariage à la fin de la cérémonie ; admettre d'autres modes de preuve permettrait de contourner le formalisme du mariage : c'est pourquoi la possession de l'état d'époux ne constitue pas un mode de preuve ouvert aux époux (art. 195).

Mais, la **possession d'état** vient conforter l'acte s'il est irrégulier : l'article 196 du Code civil dispose : « Lorsque'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier d'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ».

Ce texte permet aux époux d'invoquer la possession d'état lorsque l'acte de mariage est nul pour vice de forme, notamment lorsqu'il a été rédigé sur une feuille volante ou que manque une des signatures nécessaires. La jurisprudence a interprété largement cette disposition en l'appliquant aux vices de forme du mariage lui-même, en cas d'incompétence de l'officier d'état civil ou de défaut de publication, par exemple, ce qui est beaucoup plus fréquent.

À titre exceptionnel, la preuve pourra être rapportée par **tous moyens** lorsque les registres auront été perdus, détruits ou non tenus (C. civ., art. 46). Lorsque le

mariage a été célébré sans fraude à l'étranger, il peut être prouvé par les modes locaux²⁰.

98 Preuve par les enfants. Les enfants, dont le mariage conditionnait la légitimité jusqu'à la réforme de la filiation en 2005, et pour lesquels il conditionne encore le jeu de la présomption de paternité, doivent, en principe, l'établir selon les mêmes modes que les époux eux-mêmes. Toutefois, l'article 197 du Code civil assouplit cette exigence en leur permettant de recourir à la **possession d'état** lorsque les parents sont décédés (ou hors d'état de leur indiquer le lieu de la célébration nécessaire à la consultation des registres).

99 Preuve par les tiers. L'article 194 ne visant que les époux eux-mêmes, il ne semble pas que l'exigence de l'acte s'impose aux tiers qui n'ont aucun moyen de déterminer le lieu du mariage où ils pourront obtenir un extrait de l'acte. Aussi est-il admis qu'ils peuvent prouver le mariage par tous moyens, notamment (mais pas seulement en ce cas) s'il s'agit d'une recherche généalogique²¹.

SECTION 2

LES MARIAGES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER

§ 1. MARIAGES CONCERNANT UN FRANÇAIS

TEXTES

Code civil, art. 202-2 et 171-1 à 171-8

Art. 202-2. – Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu.

Art. 171-1. – Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre 1^{er} du présent titre.

Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.

Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret.

Art. 171-2. – Lorsqu'il est célébré par une autorité étrangère, le mariage d'un Français doit être précédé de la délivrance d'un certificat de

■ 20. Req., 8 juin 1909, S. 1909.1.37, pour un mariage musulman sans acte, par cérémonie privée. – Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1963, *Bull. civ. I*, n° 392 p. 325 pour un mariage constaté par la convention matrimoniale selon la loi israélienne. – Cass. 1^{re} civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 240 p. 175, pour un mariage tunisien constaté par la « *Ketouba* » dressée par deux rabbins. – L'acte étranger fait preuve de sa date (Cass. soc., 27 novembre 1997, *Bull. civ. V*, n° 410 ; *Defrénois* 1998.1016, obs. MASSIP).

■ 21. Cass. civ., 8 mars 1904, D. 1904.1.246.

capacité à mariage établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, des prescriptions prévues à l'article 63.

Sous réserve des dispenses prévues à l'article 169, la publication prévue à l'article 63 est également faite auprès de l'officier de l'état civil ou de l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu où le futur époux français a son domicile ou sa résidence.

Art. 171-3. – À la demande de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, l'audition des futurs époux prévue à l'article 63 est réalisée par l'officier de l'état civil du lieu du domicile ou de résidence en France du ou des futurs conjoints, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente en cas de domicile ou de résidence à l'étranger.

Art. 171-4. – Lorsque des indices sérieux laissent présumer que le mariage envisagé encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191, l'autorité diplomatique ou consulaire saisit sans délai le procureur de la République compétent et en informe les intéressés.

Le procureur de la République peut, dans le délai de deux mois à compter de la saisine, faire connaître par une décision motivée, à l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu où la célébration du mariage est envisagée et aux intéressés, qu'il s'oppose à cette célébration.

La mainlevée de l'opposition peut être demandée, à tout moment, devant le tribunal de grande instance conformément aux dispositions des articles 177 et 178 par les futurs époux, mêmes mineurs.

Art. 171-5. – Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants.

Les futurs époux sont informés des règles prévues au premier alinéa à l'occasion de la délivrance du certificat de capacité à mariage.

La demande de transcription est faite auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique compétente au regard du lieu de célébration du mariage.

Art. 171-6. – Lorsque le mariage a été célébré malgré l'opposition du procureur de la République, l'officier de l'état civil consulaire ne peut transcrire l'acte de mariage étranger sur les registres de l'état civil français qu'après remise par les époux d'une décision de mainlevée judiciaire.

Art. 171-7. – Lorsque le mariage a été célébré en contravention aux dispositions de l'article 171-2, la transcription est précédée de l'audition des époux, ensemble ou séparément, par l'autorité diplomatique ou consulaire. Toutefois, si cette dernière dispose d'informations établissant que la validité du mariage n'est pas en cause au regard des articles 146 et 180, elle peut, par décision motivée, faire procéder à la transcription sans audition préalable des époux.

À la demande de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, l'audition est réalisée par l'officier de l'état civil du lieu du domicile ou de résidence en France des époux, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente si les époux ont leur domicile ou résidence à l'étranger. La réalisation de l'audition peut être déléguée à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires chargés de l'état civil ou, le cas échéant, aux fonctionnaires

dirigeant une chancellerie détachée ou aux consuls honoraires de nationalité française compétents.

Lorsque des indices sérieux laissent présumer que le mariage célébré devant une autorité étrangère encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191, l'autorité diplomatique ou consulaire chargée de transcrire l'acte en informe immédiatement le ministère public et sursoit à la transcription.

Le procureur de la République se prononce sur la transcription dans les six mois à compter de sa saisine.

S'il ne s'est pas prononcé à l'échéance de ce délai ou s'il s'oppose à la transcription, les époux peuvent saisir le tribunal de grande instance pour qu'il soit statué sur la transcription du mariage. Le tribunal de grande instance statue dans le mois. En cas d'appel, la cour statue dans le même délai.

Dans le cas où le procureur de la République demande, dans le délai de six mois, la nullité du mariage, il ordonne que la transcription soit limitée à la seule fin de saisine du juge. Jusqu'à la décision de celui-ci, une expédition de l'acte transcrit ne peut être délivrée qu'aux autorités judiciaires ou avec l'autorisation du procureur de la République.

Art. 171-8. – Lorsque les formalités prévues à l'article 171-2 ont été respectées et que le mariage a été célébré dans les formes usitées dans le pays, il est procédé à sa transcription sur les registres de l'état civil à moins que des éléments nouveaux fondés sur des indices sérieux laissent présumer que le mariage encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191.

Dans ce dernier cas, l'autorité diplomatique ou consulaire, après avoir procédé à l'audition des époux, ensemble ou séparément, informe immédiatement le ministère public et sursoit à la transcription.

À la demande de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, l'audition est réalisée par l'officier de l'état civil du lieu du domicile ou de résidence en France des époux, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente si les époux ont leur domicile ou résidence à l'étranger. La réalisation de l'audition peut être déléguée à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires chargés de l'état civil ou, le cas échéant, aux fonctionnaires dirigeant une chancellerie détachée ou aux consuls honoraires de nationalité française compétents.

Le procureur de la République dispose d'un délai de six mois à compter de sa saisine pour demander la nullité du mariage. Dans ce cas, les dispositions du dernier alinéa de l'article 171-7 sont applicables.

Si le procureur de la République ne s'est pas prononcé dans le délai de six mois, l'autorité diplomatique ou consulaire transcrit l'acte. La transcription ne fait pas obstacle à la possibilité de poursuivre ultérieurement l'annulation du mariage en application des articles 180 et 184.

100 Réforme de 2006. Si le droit français a toujours admis qu'un Français puisse se marier hors de France (avec un autre Français ou avec un étranger) et faire reconnaître en France ce mariage, une loi du 14 novembre 2005²² a refondu la matière

■ 22. Validée par le Conseil constitutionnel le 9 novembre 2006 : *D.* 2007.1166 ; *Dr. fam.* 2007, n° 1, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

qu'elle a regroupée dans un nouveau chapitre du Code civil, aux articles 171-1 à 171-8²³.

Son esprit général est clair : sans contester le principe général « *locus regit actum* » qui veut que ce mariage puisse être valablement célébré selon les formes locales, il s'est agi de renforcer le contrôle de ces mariages par toute une série d'exigences qui conditionneront sa reconnaissance et sa transcription ultérieures en France.

- 101 Mariage dans les ambassades et consulats.** Le Français qui se marie à l'étranger peut d'abord choisir de le faire devant les autorités diplomatiques ou consulaires françaises.

La forme suit alors les étapes précédemment examinées prévues par la loi française (art. 171-1 al. 2) sous la seule réserve de l'allongement à deux mois du délai d'opposition ouvert au Ministère public (art. 171-4).

L'acte de mariage dressé par l'autorité diplomatique ou consulaire est valable par lui-même (art. 48).

- 102 Mariage devant les autorités locales.** Ce mariage obéit naturellement aux formes locales (juridiques, religieuses, coutumières...) sur lesquelles le droit français n'a aucune prise.

Mais pour qu'il puisse ensuite être transcrit en France, la loi française impose désormais que le mariage local ait été précédé d'un **certificat de capacité à mariage** délivré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises sur place : or la délivrance de ce certificat exige que soient suivies les formalités préparatoires prévues par le droit français (*supra*, n^{os} 80 et s.), ce qui permet un contrôle des autorités françaises et une éventuelle opposition du Ministère public (art. 171-2).

— **En présence de ce certificat**, la transcription en France ne devra pas faire de difficulté, sauf si des éléments nouveaux sont entre-temps apparus permettant de suspecter une cause de nullité, auquel cas il est procédé à une nouvelle audition des époux ; le Ministère public dispose alors de six mois pour agir en nullité du mariage, à défaut de quoi il est procédé à la transcription (art. 171-8).

— **En l'absence de ce certificat**, la transcription est l'occasion d'effectuer le contrôle qui n'a pas été fait auparavant. Sauf s'il apparaît que la validité du mariage n'est pas en cause, il est procédé à l'audition des époux et c'est le Ministère public qui décide d'ordonner ou non la transcription, sous le contrôle éventuel du tribunal (art. 171-7)²⁴.

Le mariage transcrit produit tous ses effets en France. Celui qui ne l'est pas est inopposable aux tiers, mais produit néanmoins effet dans les rapports entre époux et envers les enfants (art. 171-5).

■ 23. Cf. commentaires LEROYE, *RTD civ.* 2007.191 – LEMOULAND et VIGNEAU, *D.* 2007.1563 – Dossier *AJ Famille* 2006.440.

■ 24. Pour un refus de transcription pour cause de bigamie alors même que le mariage remontait à plus de 30 ans et que la bigamie avait cessé aussi depuis plus de 30 ans : Civ. 1^{ère}, 19 octobre 2016, n^o 15-50098 ; *D.* 2016. 2549, note SINDRES.

§ 2. MARIAGES ENTRE ÉTRANGERS

103

Reconnaissance en France. La loi française n'a évidemment aucun titre à régir la célébration dans un autre pays de mariages auxquels aucun Français n'est partie.

Lorsque la question se posera des effets en France de ces mariages (parce que les époux sont venus s'installer en France, y ont acquis des biens, ou élevé des enfants, voire que l'un d'eux y décède), le droit français reconnaîtra la validité de ces mariages, dès lors qu'ils ont été conclus valablement selon les formes locales, même si ces formes diffèrent de celles imposées en France, en particulier s'il s'agit de mariages purement confessionnels, le juge français devant au besoin interpréter la loi locale pour vérifier que si l'acte présente bien la nature d'un mariage²⁵. Seront seuls privés d'effet les mariages entachés d'un vice qui entraîne la nullité selon la loi locale ou la loi personnelle des époux, ou encore d'un vice si grave aux yeux du droit français qu'il le considère comme contraire à sa conception internationale de l'ordre public²⁶.

ANNEXE I - DOCUMENT D'INFORMATION REMIS AUX FUTURS ÉPOUX PAR L'ÉTAT CIVIL

104

Information sur le droit de la famille.

DOCUMENT

Annexe au décret n° 2002-1556 du 23 décembre 2002 (modifié par décret du 1^{er} juin 2006)

Ce document est destiné à donner une information générale sur le droit tel qu'il résulte des lois et règlements en vigueur.

Nom des époux et de leurs enfants

Le mariage est sans effet sur le nom des époux, qui continuent chacun d'avoir pour seul nom officiel celui qui résulte de leur acte de naissance. Toutefois, chacun des époux peut utiliser dans la vie courante, s'il le désire, le nom de son conjoint, en l'ajoutant à son propre nom ou même, pour la femme, en le substituant au sien.

Les époux choisissent le nom de famille qui est dévolu à leur premier enfant commun, soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés suivant l'ordre qu'ils ont choisi et dans la limite d'un

■ 25. Cf. Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 224 ; D. 1983. IR. 151, obs. AUDIT – Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, *Bull. Cass. 1^{re} civ.*, n° 240 – Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2012, n° 12-16633, D. 2013. 1503, note JAULT-SESEKE et 2242, obs. REVEL.

■ 26. Cas qui semble réservé aux mariages forcés ou incestueux puisque le mariage polygamique ou homosexuel bénéficie d'un « *effet atténué* » de l'ordre public (*supra*, n°s 35 et 37).

seul nom de famille pour chacun d'eux. Ils remettent le document mentionnant la déclaration de choix de nom à l'officier d'état civil.

En l'absence de déclaration conjointe de choix de nom, l'enfant commun prend le nom de son père. Le nom dévolu au premier enfant commun est valable pour les autres enfants communs du couple.

La faculté de choix de nom ne peut être exercée qu'une seule fois.

Droits et devoirs respectifs des époux

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance et s'obligent à une communauté de vie.

Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives. Toutefois, un aménagement de cette contribution peut être prévu par contrat de mariage.

Chacun des époux peut passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Les dettes ainsi contractées engagent les deux époux, sauf lorsqu'elles sont manifestement excessives.

Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage.

Chacun des époux peut se faire ouvrir tout compte de dépôt (notamment comptes-chèques postaux, compte bancaire, livret d'épargne) et tout compte de titres en son nom personnel. À l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt.

Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou s'il met en péril les intérêts de la famille, l'autre époux peut faire prendre en justice toutes mesures nécessaires ou même se faire transférer l'administration des biens normalement gérés par son conjoint.

Obligations alimentaires dues aux époux et par eux

Les époux ont l'obligation de nourrir et entretenir leurs enfants. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque les enfants sont majeurs. Réciproquement, les enfants doivent des aliments à leur père et mère qui sont dans le besoin.

Les gendres et belles-filles doivent des aliments à leur beau-père et belle-mère. Cette obligation cesse lorsque celui des époux qui créait des liens d'alliance et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Réciproquement, les beaux-pères et belles-mères sont tenus de cette obligation envers leur gendre et belle-fille.

Filiation

Le mari est présumé être le père de l'enfant né avant le 180^e jour du mariage, de ceux conçus pendant l'union et de ceux nés moins de 300 jours après la dissolution du mariage.

Adoption

Les époux peuvent adopter un enfant lorsque le mariage dure depuis plus de deux ans ou lorsque les deux époux ont plus de vingt-huit ans.

L'adoption peut être aussi demandée par un époux âgé de plus de vingt-huit ans avec le consentement de son conjoint.

Un époux peut également adopter l'enfant de son conjoint sous certaines conditions. L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie si les conditions posées par la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Cette adoption peut être plénière, auquel cas le lien de filiation créé par l'adoption se substitue au lien de filiation d'origine, ou simple, les deux liens de filiation coexistant alors.

L'adoption plénière confère à l'enfant le nom de l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, le nom conféré à l'enfant peut être soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit le nom accolé de chacun des deux parents dans l'ordre qu'ils choisissent et dans la limite d'un seul nom pour chacun.

En cas d'adoption simple, le nom de l'adoptant est adjoint au nom de l'adopté. Lorsque l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'eux, portent un double nom, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix appartient à l'adoptant qui doit recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré résulte de l'adjonction du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté au nom de l'adopté est, à la demande des adoptants, soit celui du mari, soit celui de la femme, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux et, à défaut d'accord entre eux, le premier nom du mari. Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé appartient aux adoptants qui doivent recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom des adoptants retenu est ajouté au premier nom de l'adopté.

Le tribunal peut toutefois, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui du mari, soit celui de la femme, soit les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Cette demande peut également être formée postérieurement à l'adoption. Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, son consentement est nécessaire.

Autorité parentale

L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient en commun aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

À l'égard des tiers, chacun des parents peut accomplir seul les actes usuels qui concernent l'enfant.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

L'enfant a le droit, sauf motifs graves, d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents et autres ascendants.

Logement des époux

Les époux sont cotitulaires du bail qui sert exclusivement à leur habitation, même s'il a été conclu par l'un seulement d'entre eux avant le mariage.

Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille (notamment par vente ou résiliation du bail), ni des meubles meublants dont il est garni.

Régime fiscal

Les époux sont personnellement imposables pour les revenus dont ils ont disposé pendant l'année de leur mariage jusqu'à la date de celui-ci. À compter du mariage, les époux sont soumis à une imposition commune pour les revenus perçus par chacun d'eux.

Chacun des époux est tenu solidairement avec son conjoint du paiement de l'impôt sur le revenu et de la taxe d'habitation.

Régime matrimonial

Les époux peuvent choisir librement leur régime matrimonial en établissant un contrat de mariage devant notaire.

À défaut de contrat, les époux sont soumis automatiquement au régime légal de la communauté.

Régime légal de la communauté

Les biens acquis par les époux et les revenus sont communs.

Les biens dont chacun des époux était propriétaire avant le mariage et ceux que chacun reçoit par donation ou succession au cours du mariage leur demeurent propres.

Les actes d'administration sur les biens communs peuvent être passés par chacun des époux, à l'exception du bail consenti sur un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté qui nécessite l'accord des deux époux.

Les actes de disposition sur les biens communs peuvent être passés par chacun des époux, à l'exception de la donation d'un bien commun, de la vente ou de la constitution d'une garantie sur un immeuble, fonds de commerce, exploitation ou parts de société dépendant de la communauté qui requièrent l'accord des deux.

Chaque époux administre et dispose librement de ses biens propres.

La communauté est tenue du paiement des dettes contractées par un époux au cours du mariage.

Régimes conventionnels de communauté

Le régime légal de la communauté peut être aménagé par contrat de mariage. Notamment, les époux peuvent prévoir une communauté universelle qui regroupe l'ensemble de leurs biens présents et à venir ou encore prévoir qu'en cas de décès de l'un d'eux il sera attribué au survivant une part inférieure ou supérieure à la moitié de la communauté ou même la totalité des biens communs.

Régime de la séparation de biens

Les biens acquis par chaque époux et les revenus qu'ils perçoivent pendant le mariage leur demeurent personnels. Cependant, les époux peuvent effectuer des achats en indivision.

Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont présumés leur appartenir par moitié.

Les dettes contractées par un époux n'engagent pas son conjoint, à l'exception de celles qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

Régime de la participation aux acquêts

Pendant le mariage, le régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens.

Au moment de la dissolution du mariage, la valeur des biens qui ont été acquis pendant l'union est partagée par moitié entre les époux, à l'exclusion de la valeur de ceux qui ont été reçus par donation ou succession.

Les dettes contractées par un époux n'engagent pas son conjoint, à l'exception de celles qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

Changement de régime matrimonial

Quel que soit le régime matrimonial choisi au moment du mariage, les époux peuvent au bout de deux ans, dans l'intérêt de la famille, décider de le modifier ou d'en changer. Un acte notarié, soumis à l'homologation du tribunal, doit être établi à cet effet.

Cas où l'un des conjoints est de nationalité étrangère ou a son domicile à l'étranger

Lorsque l'un des conjoints est de nationalité étrangère ou a son domicile à l'étranger, les époux peuvent choisir au moment du mariage, ou au cours de l'union, la loi applicable à leur régime matrimonial.

Cette loi est celle de l'État dont l'un des époux a la nationalité ou celle de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a ou aura sa résidence habituelle après le mariage. À défaut de cette désignation, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage, sous réserve de certaines exceptions.

Droits du conjoint survivant

Le conjoint hérite en pleine propriété d'une partie de la succession quels que soient les membres de la famille laissés par le défunt, sous réserve des actes de disposition à titre gratuit (donation ou testament) consentis par l'époux prédécédé à d'autres personnes.

En présence d'enfants ou de descendants, le conjoint hérite d'un quart en propriété. Lorsque les enfants sont issus des deux époux, le conjoint peut choisir de recevoir l'usufruit de la totalité des biens existants, plutôt qu'un quart en propriété. Dans ce dernier cas, une conversion en rente viagère de l'usufruit peut être demandée par l'un des héritiers nus-propriétaires ou par le conjoint lui-même.

En présence des père et mère du défunt, le conjoint reçoit la moitié en propriété. En cas de prédécès du père ou de la mère, le conjoint hérite des trois quarts.

À défaut d'enfants, de descendants et des père et mère, le conjoint survivant hérite de l'entière succession.

Au décès de l'un des époux, le conjoint survivant peut rester dans le logement qu'il occupe pendant un an. Lorsque le logement appartient aux époux ou dépend de la succession, il s'agit d'une jouissance gratuite. Lorsque le logement est loué, la succession doit rembourser les loyers au conjoint survivant.

Au cours de ce délai d'un an, le conjoint peut demander à bénéficier de droits viagers d'habitation sur le logement et d'usage sur le mobilier. La valeur de ces droits viagers s'impute sur la valeur de la part successorale éventuellement recueillie par le conjoint survivant.

Lorsque le logement est loué, le conjoint devient le bénéficiaire exclusif du droit au bail dont les époux étaient cotitulaires.

En cas de partage, le conjoint survivant bénéficie d'une attribution préférentielle de droit du local d'habitation où il avait sa résidence à l'époque du décès et du mobilier le garnissant.

Les droits du conjoint survivant peuvent être aménagés par contrat de mariage, donation ou testament. Toutefois, en toute hypothèse, lorsque le défunt ne laisse que des parents éloignés, un quart de la succession est réservé au conjoint survivant.

CHAPITRE 4

LA NULLITE DU MARIAGE

105 **Notion.** Comme pour tout acte juridique, la nullité est la conséquence de l'absence ou de l'irrégularité de l'une des conditions de formation du mariage : l'acte étant invalide, le mariage est considéré comme n'ayant pas été formé et en principe privé de tout effet juridique. La nullité du mariage diffère ainsi du **divorce** qui vient mettre fin à un mariage régulier¹.

La gravité de cet anéantissement justifie cependant qu'en matière de mariage, l'on infléchisse les règles gouvernant ordinairement la nullité des actes juridiques. C'est pourquoi le Code consacre un chapitre spécial à la nullité du mariage, dominé par le double souci de cantonner les cas dans lesquels elle peut être prononcée et d'en atténuer les conséquences.

SECTION 1

L'ACTION EN NULLITÉ

TEXTES

Code civil, art. 180 à 193

Art. 180. – Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.

■ 1. D'où cette conséquence que, même après divorce, la nullité du mariage peut être demandée pour le remettre en cause dès l'origine, par exemple pour anéantir ses effets patrimoniaux (cf. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, n° 95-21491 – 7 juin 2006, n° 04-13447). Il en serait de même après décès d'un époux, pour contester les effets successoraux du mariage.

Art. 181. – Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage.

Art. 182. – Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

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

Art. 184. – Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

Art. 185. – (abrogé).

Art. 186. – (abrogé).

Art. 187. – Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.

Art. 188. – L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui.

Art. 189. – Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.

Art. 190. – Le procureur de la République, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.

Art. 191. – Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.

Art. 192. – Si le mariage n'a point été précédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits entre les publications et la célébration n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder 4,5 euros et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune.

Art. 193. – Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

106 Nécessité d'une action. La sécurité juridique étant particulièrement impérative en matière d'état des personnes, le mariage, acte d'état civil émanant de l'autorité publique, ne peut être annulé que par une décision de justice² : il est donc nécessaire qu'un tribunal soit saisi d'une action en nullité, et ce dans les conditions fixées par la loi qui détermine les *cas* dans lesquels cette action peut être exercée, les *personnes* à qui elle est ouverte et le *délai* dans lequel elle doit être formée.

Pour contourner ce cadre, on a parfois proposé de tenir pour **inexistants** des mariages irréguliers, ce qui dispenserait de la nécessité d'une *action* en nullité de sorte que l'inexistence pourrait être constatée à toute époque, même après prescription de l'action en nullité. La jurisprudence et la doctrine dominantes rejettent cette idée d'inexistence : dès qu'il y a au moins une **apparence** de mariage, il faut un jugement pour la détruire³, et il faut donc se trouver dans le cadre légal des actions en nullité.

107 Cas de nullité : empêchements dirimants et empêchements prohibitifs. Toutes les conditions de formation du mariage n'ont pas la même importance et il serait disproportionné d'attacher la sanction grave de la nullité à la méconnaissance de certaines d'entre elles. C'est pourquoi la loi énumère de façon limitative les cas dans lesquels il y a lieu d'annuler le lien matrimonial : ces cas sont traditionnellement qualifiés d'« *empêchements dirimants* ». Dans les autres hypothèses, qui constituent des « *empêchements prohibitifs* », la nullité ne sera pas encourue : il y a normalement obstacle à la célébration du mariage, mais si l'officier de l'état civil a passé outre, le lien ainsi formé reste valable (la seule sanction sera éventuellement une peine d'amende pour l'officier de l'état civil). Ainsi en est-il en cas de non-respect d'une opposition qui s'avère infondée⁴ ou d'irrégularités dans le déroulement de la cérémonie.

L'action en nullité du mariage ne peut donc être formée que dans les cas prévus par la loi.

108 Opposition classique des nullités absolues et des nullités relatives. Il est traditionnel d'appliquer aux nullités du mariage la distinction classique qui, à l'égard de l'ensemble des actes juridiques, oppose les nullités absolues aux nullités relatives pour les soumettre à des régimes différents à la fois quant aux personnes qui peuvent agir (toutes pour les nullités absolues, certaines seulement pour les nullités relatives), quant au délai de prescription (plus long pour les nullités absolues) et quant à la possibilité de couvrir l'irrégularité en confirmant l'acte (réservée aux nullités relatives).

Mais cette opposition, déjà fortement fissurée dans la théorie générale des nullités, est devenue largement obsolète en matière de mariage : au fil de l'évolution des textes, la concordance a disparu entre les différents éléments de ces deux

■ 2. Les deux époux doivent impérativement être appelés à l'instance : Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, *Bull. civ. I*, n° 89.

■ 3. Cass. civ., 8 mars 1904, *D.* 1904.1.246 – Cass. civ., 14 mars 1933, *S.* 1933.168 – Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 1991, *Bull. civ. I*, n° 256 – Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999 somm. p. 374, obs. LEMOULAND ; *RTD civ.* 1999.604, obs. HAUSER – CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, n° 203.

■ 4. Paris, 20 juin 1995, *D.* 1995, Inf. rap. 192.

catégories, de sorte que nombre de cas de nullité relèvent de l'une ou de l'autre selon l'aspect considéré.

109 Réalité actuelle : à chaque cas son régime. La loi ayant pris soin de préciser non seulement les cas limitatifs de nullité, mais encore pour chacun d'eux le régime qui la gouverne, on ne peut échapper à leur énumération descriptive. Tout juste peut-on, par affinités, les regrouper selon que la condition de formation défailante concerne le cadre social du mariage, ses exigences de capacité, celles relatives au consentement et le formalisme du mariage.

110 Nullités pour violation des exigences du cadre social. Elles sont au nombre de trois.

— La nullité pour *bigamie* peut être demandée par les époux eux-mêmes, par le Ministère public ou par tout tiers justifiant d'un intérêt patrimonial, ainsi que par le premier conjoint⁵. L'action ne se prescrit que par trente ans⁶. Mais la nullité est couverte, non si le premier mariage a été entretemps dissous par décès ou divorce⁷, mais si le premier mariage est déclaré nul en raison de la rétroactivité de cette nullité : si ce cas est prétendu, le tribunal doit donc attendre que cette nullité ait été jugée (art. 189)⁸.

— La nullité pour *lien de parenté* peut aussi être demandée pendant trente ans par les époux, le Ministère public ou tout tiers intéressé, même dans le cas où l'empêchement aurait pu être levé par dispense. On considère ordinairement, mais de façon peut-être excessive, qu'elle ne serait pas couverte par une dispense délivrée *a posteriori*.

111 Nullités pour incapacité. Si un mineur s'est marié sans le consentement parental requis, ou un majeur sans celui de son tuteur ou curateur, l'action en nullité est réservée à l'époux concerné lui-même et aux personnes qui auraient dû consentir. Elle est soumise à un délai de cinq ans (délai qui était d'un an seulement avant 2006).

Elle n'est pas ouverte à l'autre époux ni aux tiers. Et la nullité est couverte si entre-temps la personne habilitée a approuvé le mariage, soit expressément soit même tacitement (ce qui peut être prouvé par tous moyens)⁹.

112 Nullités relatives au consentement. Ces cas de nullité sont au nombre de trois.

— La nullité pour *absence totale de consentement* peut être demandée par les époux, les ascendants, le Ministère public et tout tiers intéressé¹⁰, pendant un délai de trente ans. On y assimile le cas de *défaut d'intention conjugale*.

■ 5. S'il y a eu divorce, cet ex-premier conjoint n'est plus qu'un tiers, qui doit prouver son intérêt à poursuivre la nullité : Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1990, *Bull. civ. I*, n° 30 ; *D.* 1990.449, note MASSIP – Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, *Bull. civ. I*, n° 93 ; n° 11-11116 ; *JCP* 2012.878, n° 1, obs. LAMARCHE – *RTD civ.* 2013.511, obs. HAUSER.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-15001, *Bull. civ. I*, n° 109 ; *RTD civ.* 2013.578, obs. HAUSER.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, n° 95-21491 – Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012 ; n° 11-26713.

■ 8. Cf. Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-25285, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *D.* 2012.258, note RAOUL-CORMEIL ; *Dr. fam.* 2012.2, obs. V.L.T. – Cass. 1^{re} civ., 11 avril 2018, n° 17-17530, *Dr. Fam.* 2018. 145, obs. BINET

■ 9. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 20 avril 2017, n° 16-15632, *D.* 2017. 1963, note RAOUL-CORMEIL

■ 10. Cet intérêt pouvant être purement patrimonial, comme celui de collatéraux appelés à la succession après éviction du conjoint : Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 09-68983 ; *Bull. civ. I*, n° 82 ; *D.* 2011.2387, note RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2012.972, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

— La nullité pour *violence* est réservée à l'époux contraint mais, depuis la loi du 4 avril 2006 destinée à lutter contre les mariages forcés, est également ouverte au Ministère public (art. 180). L'action se prescrit par cinq ans à compter du mariage (et non plus à compter de la cessation du vice, comme avant la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008 : art. 181 nouveau) et n'est plus couverte (comme elle l'était avant 2006) par la poursuite de la cohabitation après cessation de la contrainte.

— La nullité pour *erreur* est soumise au même régime, hormis qu'elle n'est pas ouverte au Ministère public.

113 Nullités afférentes aux conditions de forme. La plupart des formalités prévues par la loi ne constituent que des empêchements prohibitifs, insuffisants pour justifier une action en nullité. Celle-ci n'est prévue que dans trois cas :

— *l'incompétence de l'officier d'état civil* : si elle peut être demandée par les époux, leurs parents, le Ministère public et tout tiers y ayant un intérêt patrimonial (art. 191), la nullité n'est alors cependant qu'une nullité *facultative* pour le tribunal, qui ne la prononcera en fait qu'en présence d'une fraude¹¹ ;

— *non-comparution* d'un époux à la cérémonie (même à l'étranger si l'un des époux est français : art. 146-1) : la nullité peut être poursuivie pendant trente ans par les époux, le Ministère public et tout tiers intéressé¹² ;

— la *clandestinité de la cérémonie* (au sens de non-ouverture au public) est enfin, comme l'incompétence, une cause de nullité facultative pour le juge.

SECTION 2

LES EFFETS DE LA NULLITÉ

TEXTES

Code civil, art. 201 et 202

Art. 201. – Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux.

Art. 202. – Il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi.

Le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce.

■ 11. Ainsi dans l'affaire célèbre des mariages de Montrouge (Cass. civ. 7 août 1883, *D.* 1884.I. p. 5) on a refusé d'admettre la nullité de plusieurs mariages célébrés par un conseiller municipal n'ayant pas pouvoir de le faire, l'irrégularité n'ayant pas un caractère frauduleux ; voir aussi en cas d'incompétence : Cass. crim., 18 février 1942, *D.* 1942 p. 83. – cf. aussi TGI Paris, 10 novembre 1992, *D.* 1993.467, note BEIGNIER.

■ 12. Cf. Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1999, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *Rev. critique* 2000.207, note GANNAGE – 28 mars 2006, *B. I* n° 184 ; *D.* 2007.184, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

114 **Unité de régime.** Quelles que soient la cause et la procédure ayant pu conduire à son prononcé, la nullité retrouve une unité de régime dans ses conséquences (de ce point de vue encore, la terminologie classique opposant nullité absolue et nullité relative est trompeuse : les deux ont exactement les mêmes effets).

115 **Effets pour l'avenir.** Le premier de ces effets est de faire disparaître le mariage pour l'avenir : il y a là une évidence. Cela n'interdit d'ailleurs pas aux époux, s'ils le souhaitent (c'est-à-dire dans les cas où ce n'est pas l'un d'eux qui a demandé la nullité) de continuer à vivre ensemble (le désuet article 190 faisant devoir au Ministère public de les « faire condamner à se séparer » est très certainement aujourd'hui contraire à la Convention européenne des droits de l'homme), et même de se remarier ensemble (sauf si la cause de nullité est insurmontable, comme un lien de parenté).

Dès l'annulation, le mariage cesse donc de produire aucun effet, qu'il s'agisse des obligations qu'il crée (comme le devoir de secours), des immunités qui l'accompagnent (comme pour le vol entre époux), des droits qu'il ouvre (comme la vocation successorale), des interdictions, prérogatives ou présomptions qui en résultent.

Mais cette disparition pour l'avenir n'a rien de spécifique à la nullité : on la retrouve à l'identique lorsque le mariage est dissous par divorce ou par décès. Là où la nullité est susceptible de produire des effets plus forts, et qui lui sont propres, c'est qu'elle peut parfois opérer rétroactivement.

116 **Problème de la rétroactivité.** D'une façon générale, les actes juridiques qui sont atteints de nullité sont réputés n'avoir jamais existé, puisqu'ils n'ont pas été valablement formés à l'origine : on admet donc pour principe que la nullité agit rétroactivement et fait disparaître aussi les effets passés qui ont pu découler de l'acte, ces effets devant être effacés.

On mesure immédiatement la gravité que pourrait avoir, à l'égard d'un mariage, une application rigoureuse de cette rétroactivité : les « pseudo époux » sont réputés n'avoir jamais eu de régime matrimonial ; si l'un d'entre eux est décédé, les droits successoraux de l'autre sont effacés ; les enfants qu'ils ont eus n'ont jamais été légitimes (sous le régime antérieur à 2005) et ne sont pas présumés être du mari (d'où perte du nom et de la vocation successorale) ; les droits à retraite ou avantages sociaux n'ont jamais été acquis (d'où restitution éventuelle) ; etc.

Ces graves inconvénients auraient pu faire songer à écarter en bloc la rétroactivité en la matière et à traiter d'une manière générale la nullité du mariage comme un divorce. Ce n'est pas la voie qu'a choisie le droit français qui a au contraire toujours reconnu à la nullité du mariage un effet rétroactif de principe anéantissant les effets qu'il a pu produire¹³. Mais ce principe a été tempéré progressivement de telle sorte qu'aujourd'hui, tout en demeurant affiché comme tel, il n'agit plus effectivement qu'au seul détriment de l'époux de mauvaise foi.

■ 13. Par ex., l'acquisition de nationalité par mariage devient caduque : Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2012, n° 11-25662, *Bull. civ. I*, n° 233 – Cass. 1^{re} civ., 3 février 2013, n° 12-17645.

117 Exclusion de la rétroactivité au profit des enfants et des tiers. S'ils l'ont subie pendant longtemps, l'application mécanique de la rétroactivité à leur égard a fini par apparaître injuste. Aussi a-t-elle été écartée :

— *en ce qui concerne les enfants*, par la réforme en 1972 de l'article 202 du Code civil : quelle que soit la bonne ou mauvaise foi des époux, les effets du mariage annulé subsistent envers les enfants, tant en ce qui concerne le lien de filiation (hier leur légitimité, aujourd'hui la présomption de paternité, ce qui commande la vocation successorale) qu'en ce qui concerne l'autorité parentale (qui est réglée « *comme en matière de divorce* » : art. 202 al. 2), ou encore en d'autres domaines, comme leur nationalité¹⁴ ;

— *en ce qui concerne les tiers*, par le jeu de la théorie jurisprudentielle de l'apparence¹⁵ : les actes que les tiers auront passés avec l'un des époux sur la foi du mariage « *apparent* » (crédit consenti, contrat conclu en vertu d'une présomption de pouvoir) conserveront leur efficacité au profit de ces tiers sur le fondement de cette théorie de l'apparence¹⁶, sauf s'il est établi que le tiers avait en fait connaissance de la nullité du mariage.

118 Exclusion de la rétroactivité au profit de l'époux de bonne foi : le mariage « putatif ». Le mariage « *putatif* » (du latin *putare*, penser) est celui que les époux, ou l'un d'eux, « *pensait* » valable car il en ignorait l'irrégularité. Inventée par le droit canonique pour tempérer les très nombreux cas de nullité du mariage qu'il édictait, la théorie du mariage putatif a été reprise par le Code civil dans l'article 201¹⁷ et dans certains textes particuliers (par ex. pour le maintien de la nationalité acquise : art. 21-5).

119 Condition : bonne foi. La condition nécessaire pour que le mariage nul soit déclaré putatif est, outre l'existence d'une célébration¹⁸ la bonne foi de l'un des époux. Celle-ci s'entend de l'ignorance de l'empêchement, qui peut provenir soit d'une erreur de fait (l'époux ne connaissait pas la parenté ou l'alliance qui empêchait le mariage, ou il croyait que le premier mariage de son conjoint avait été dissous), soit même d'une erreur de droit : la jurisprudence admet que l'un des époux puisse se prévaloir de l'ignorance de la règle empêchant le mariage, écartant ainsi en la matière la maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* »¹⁹. Ainsi a-t-elle déclaré putatif un mariage célébré par un rabbin en Algérie entre deux époux dont l'un était Français²⁰, par un consul étranger entre une Française et un étranger²¹, celui d'un

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2011, n^{os} 10-30811, *Bull. civ. I*, n^o 144 et 10-30757, *Bull. civ. I*, n^o 142 (faisant remonter au XIX^e siècle le bénéfice de cette règle pourtant établie seulement en 1972).

■ 15. V. NERSON, *RTD civ.* 1969.106.

■ 16. Sur laquelle en général, v. *Obligations*, n^o 500 et s.

■ 17. Il n'est pas certain qu'elle soit d'ordre public international : v. Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, *Bull. civ. I*, n^o 250 ; *D.* 1999.51, note FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 1991.II.10032, note MUIR-WATT ; *D.* 1999 somm. 1994, obs. AUDIT.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n^o 10-27234.

■ 19. Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 1971, *Bull. civ. I*, n^o 320 ; *D.* 1971.179 – 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n^o 169 ; *D.* 1992.121, note MASSIP.

■ 20. Cass. civ., 5 janvier 1910, *D.* 1911.1.338.

■ 21. Cass. civ., 30 juillet 1900, *D.* 1901.1.317, concl. DESJARDINS – TGI Paris, 24 février 1975, *D.* 1975.379, concl. PAIRE, note MASSIP – Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999.374, note LEMOULAND.

Israélite se croyant à tort divorcé par une simple sentence rabbinique²² ou d'un Sénégalais, même devenu Français, croyant pouvoir se remarier après le départ de sa première femme²³ ou encore d'époux libano-polonais pouvant penser valable un mariage polygamique autorisé par une seule des deux lois²⁴.

Cette bonne foi est présumée²⁵ et il suffit qu'elle ait existé au moment du mariage : peu importe que par la suite l'erreur ait été dissipée²⁶.

Le bénéfice du mariage putatif sera généralement décidé par le jugement même qui annule le mariage, mais on peut aussi, le mariage ayant été annulé sans précision à cet égard, former une instance séparée pour lui reconnaître un caractère putatif²⁷.

120 Effets du mariage putatif. Le mariage putatif reste un mariage nul, mais il est traité comme simplement dissous. En conséquence, il cesse de produire effet à compter du jugement définitif, mais tous les effets qui se sont produits avant le jugement sont maintenus, tant les effets d'ordre purement civil, personnel ou pécuniaire, que les effets accessoires tels que l'acquisition d'une nationalité²⁸ ou le bénéfice d'une pension de réversion²⁹.

Il faut cependant distinguer selon qu'un seul des époux ou les deux sont de bonne foi.

— *Si un seul des époux est de bonne foi*, les effets produits par le mariage nul sont conservés exclusivement à son profit. Il pourra donc s'en prévaloir, tandis que l'autre époux ne le pourra pas. Cette validation unilatérale du mariage n'est pas toujours facile à réaliser. Elle ne pose pas de difficultés particulières pour les donations ou avantages résultant du contrat de mariage : l'époux de bonne foi en conserve le bénéfice tandis que l'autre y perd tout droit. Elle est plus difficile à opérer pour ce qui concerne le régime matrimonial qui forme un bloc : on admet que le conjoint de bonne foi pourra choisir pour régler les relations pécuniaires nées de l'union, soit les règles du régime matrimonial, soit le droit commun des sociétés de fait, mais ne pourra pas se référer tantôt au premier système, tantôt au second en fonction de ce qui lui est le plus favorable³⁰.

■ 22. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, précité.

■ 23. Paris, 8 mars 1994, *D.* 1994, Inf. rap. 87.

■ 24. Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996.156, note BOULANGER.

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 15 janvier 1980, *Bull. civ. I*, n° 26 – Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n° 11-10095.

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 2013, n° 12-25287.

■ 27. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, précité – Cass. 2^e civ., 16 septembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 268.

■ 28. Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 2004, *Bull. civ. I*, n° 288.

■ 29. Cass. 2^e civ., 16 septembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 268 (en cas de bigamie).

■ 30. Pour les difficultés de règlement successoral au cas où le conjoint bigame décède en laissant deux épouses communes en biens, v. Toulouse, 22 mars 1982, *JCP* 1984.II.20185, note BOULANGER (où la solution est très contestable). – Pour un cas où le mari bigame a été condamné à verser à la femme de bonne foi une pension pour « compenser le préjudice résultant de la perte du devoir de secours » ainsi qu'à des dommages-intérêts pour avoir manqué, durant le mariage annulé sans rétroactivité, au devoir de fidélité, v. Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 242.

Un arrêt a même autorisé la femme à continuer de porter le nom du mari³¹ et d'autres à jouir du droit à pension du conjoint survivant³². Et la Cour de cassation a jugé, par une décision de principe très remarquée, que l'on peut alors fixer l'avenir par référence au droit du divorce : le juge peut ainsi allouer une **prestation compensatoire** dont les règles « *sont aussi applicables, en tant que de raison, lorsque la rupture du mariage résulte de la nullité de l'union* »³³.

L'époux de mauvaise foi pourra, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, être de plus condamné à verser des dommages et intérêts à son conjoint, pour réparer le préjudice causé par l'annulation du mariage.

— *Si les deux époux sont de bonne foi*, ils peuvent tous deux invoquer les effets produits par le mariage avant son annulation. Chacun conserve alors les avantages nés du contrat de mariage, les libéralités faites en vue du mariage. Le régime matrimonial aura fonctionné jusqu'au jugement et sera liquidé comme en cas de simple dissolution. L'attribution d'une prestation compensatoire sera possible comme ci-dessus et, d'une manière générale, la nullité fonctionnera comme un divorce.

■ 31. Bordeaux, 16 juillet 1937, *D.* 1937.539.

■ 32. Cass. soc., 9 novembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 296 – Cass. 2^e civ., 16 septembre 2003, précité – Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n° 11-10095 (pour un partage de cette pension).

■ 33. Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 1990, *Bull. civ.* I, n° 221 ; *D.* 1991.214, note MASCALA ; *JCP* 1991.II.21774, note F. MONEGER.

L'ÉTAT DE MARIAGE : LES EFFETS DU MARIAGE CIVIL

121 Statut conjugal : diverses facettes. Parce qu'il installe, pour une période indéfinie mais conçue comme devant être longue, une vie en commun des époux, laquelle se traduit nécessairement à la fois sur le plan personnel et sur le plan matériel, le mariage produit naturellement des effets sur ces deux plans.

Mais son aspect socio-familial lui donne une portée qui dépasse de loin ce que serait le simple aménagement contractuel d'une vie commune : la société se reconnaît le droit de définir ce qu'est le « *statut conjugal* » en instaurant un régime qui est en grande partie d'ordre public, surtout en ce qui concerne le volet personnel de ce statut, mais aussi dans certains de ses aspects d'ordre patrimonial. L'une des justifications principales de cette impérativité (en dehors des influences d'ordre moral ou religieux) tient à la vocation naturelle qu'a le mariage à conduire à la naissance d'enfants : la société est fondée à se préoccuper du cadre de leur éducation au sein de la vie familiale.

Ce statut conjugal revêt une telle consistance sociale que, peu ou prou selon les époques et les systèmes, le groupe social a tendance à classer ses membres en deux catégories : ceux qui sont mariés et se situent dans ce statut, et ceux qui sont célibataires et « *hors statut* ». Ce dont il découle qu'avant même de créer des liens personnels et patrimoniaux entre les époux, le mariage a pour effet, pourrait-on dire, de faire changer le statut individuel de chaque époux au sein de la société : il devient un « *citoyen marié* », quel que soit son conjoint.

D'où le plan du présent titre, qui devra examiner les effets du mariage sur le statut individuel des époux (Chapitre 1) puis quant aux liens personnels (Chapitre 2) et aux biens patrimoniaux (Chapitre 3) qu'il crée entre eux.

CHAPITRE 1

LE STATUT INDIVIDUEL DE CHAQUE ÉPOUX

122 **Statut du « citoyen marié ».** S'il est incontestable que la question de son état de personne mariée ou de célibataire reste l'une des premières posées lorsqu'il s'agit de « *situer* » une personne car ni les mœurs, ni partant le droit positif ne traitent indifféremment la catégorie des gens mariés et celles des célibataires, il faut observer que l'essor des idées de secret de la vie privée, de liberté individuelle et de respect de la personne a fait considérablement régresser la conception d'un « *mariage fusion* » où, du fait du mariage, la personne de chacun s'effaçait derrière le ménage, nouvelle unité sociale absorbant en quelque sorte l'identité de chacun (il n'y a pas si longtemps que, dans certains milieux, il était encore d'usage de désigner la femme sous le nom *et le prénom* de son mari, faisant ainsi entièrement disparaître son identité propre).

Ce qui explique parallèlement une régression des effets du mariage sur le statut social de chacun et une progression du maintien de sa liberté individuelle.

SECTION 1

EFFETS DU MARIAGE SUR LE STATUT PERSONNEL

TEXTE

Code civil, art. 225-1, 21-1 à 21-6 et 23-5

Art. 225-1. – Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit.

Art. 21-1. – Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité.

Art. 21-2. – L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à

condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité.

Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. En outre, le mariage célébré à l'étranger doit avoir fait l'objet d'une transcription préalable sur les registres de l'état civil français.

Le conjoint étranger doit également justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État.

Art. 21-3. – Sous réserve des dispositions prévues aux articles 21-4 et 26-3, l'intéressé acquiert la nationalité française à la date à laquelle la déclaration a été souscrite.

Art. 21-4. – Le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger dans un délai de deux ans à compter de la date du récépissé prévu au deuxième alinéa de l'article 26 ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du jour où la décision judiciaire admettant la régularité de la déclaration est passée en force de chose jugée.

La situation effective de polygamie du conjoint étranger ou la condamnation prononcée à son encontre au titre de l'infraction définie à l'article 222-9 du Code pénal, lorsque celle-ci a été commise sur un mineur de quinze ans, sont constitutives du défaut d'assimilation.

En cas d'opposition du Gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française. Toutefois, la validité des actes passés entre la déclaration et le décret d'opposition ne pourra être contestée pour le motif que l'auteur n'a pu acquérir la nationalité française.

Art. 21-5. – Le mariage déclaré nul par une décision émanant d'une juridiction française ou d'une juridiction étrangère dont l'autorité est reconnue en France ne rend pas caduque la déclaration prévue à l'article 21-2 au profit du conjoint qui l'a contracté de bonne foi.

Art. 21-6. – L'annulation du mariage n'a point d'effet sur la nationalité des enfants qui en sont issus.

[...]

Art. 23-5. – En cas de mariage avec un étranger, le conjoint français peut répudier la nationalité française selon les dispositions des articles 26 et suivants à la condition qu'il ait acquis la nationalité étrangère de son conjoint et que la résidence habituelle du ménage ait été fixée à l'étranger.

Toutefois, les français âgés de moins de trente-cinq ans ne pourront exercer cette faculté de répudiation que s'ils sont en règle avec les obligations prévues au livre II du Code du service national.

123 Le nom. Le statut personnel de chaque époux se trouve affecté par le mariage, tout d'abord dans son élément le plus apparent, à savoir le *nom*. Selon une règle si coutumière qu'aucun texte n'avait jugé utile de l'énoncer jusqu'à la loi du 17 mai 2013 (art. 225-1 nouveau), chaque époux, tout en conservant son propre patronyme qui lui est indéfectiblement attaché, acquiert le droit d'user de celui de son conjoint,

soit en le substituant au sien propre dans sa désignation courante (usage traditionnel pour la femme), soit en l'y adjoignant pour former un double nom, dans l'ordre qui lui convient. C'est l'épouse qui fait le plus souvent usage de ce droit, qui ne constitue qu'une faculté et jamais une obligation¹. Et la Cour européenne des droits de l'homme a jugé contraire à la Convention une loi obligeant l'épouse à porter le nom du mari². En France, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes fait obligation aux administrations d'user du seul patronyme pour tous mariés ou non, sauf demande expresse contraire (art. 59).

124 La capacité. De 1804 (sous l'impulsion personnelle de Bonaparte) jusqu'à 1938, le mariage avait cet effet remarquable de retirer à la femme sa capacité juridique, dissoute dans la « *puissance maritale* », et de la replacer dans une situation juridique comparable à celle des mineurs malgré une timide avancée en 1907 sur son libre salaire³. Supprimée dans son principe en 1938, puis dans sa mise en œuvre en 1942 et 1965 (cf. *infra*, n° 134), cette incapacité a aujourd'hui totalement disparu (cf. art. 216 du Code civil).

S'il n'a plus d'effet restrictif sur ce plan, le mariage a au contraire un effet libérateur : le mineur, lorsqu'il est autorisé à se marier (ce qui nécessite une dispense : *supra*, n° 50), « *est émancipé de plein droit par le mariage* » (C. civ., art. 413-1).

Lorsqu'un époux est, à raison de l'altération de ses facultés, placé sous un régime de curatelle ou de tutelle, son conjoint a vocation à être nommé curateur ou tuteur (C. civ., art. 449).

En dehors de ces règles à portée générale, le mariage crée de nombreuses incapacités spéciales liées à la personne du conjoint (par ex. la crainte d'une interposition de personnes fait étendre au conjoint la plupart des interdictions frappant des dirigeants de société).

125 La nationalité. Le système du Code civil, qui calquait la nationalité de l'épouse sur celle de son mari, a été plusieurs fois remanié, notamment par une loi du 9 janvier 1973 soucieuse d'appliquer les idées d'égalité dominant le « *nouveau droit de la famille* », puis par les lois successives destinées à contrôler l'immigration. Si l'article 21-1 du Code civil dispose que « *le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité* », les articles 21-2 et 23-5 ouvrent à chacun la faculté de s'assimiler à son conjoint : le Français qui épouse un étranger peut répudier sa nationalité française pour celle de son conjoint, et l'étranger qui épouse un Français peut opter pour la nationalité française sauf opposition gouvernementale⁴, même si

■ 1. Il s'agit cependant d'une faculté qu'elle peut défendre, par exemple en protestant contre l'usage du même nom par la maîtresse du mari (TGI Briey, 30 juin 1966, *JCP* 1966.II.15130, note J. CARBONNIER). Sur la validité d'actes procéduraux délivrés à la femme sous le **seul nom marital**, voir en sens contraires : Cass. 1^{re} civ., 6 février 2001, *Bull. civ.* I, n° 25 (pour la négative) et Cass. 3^e civ., 24 janvier 2001, *Bull. civ.* III, n° 9 (pour l'affirmative). – *Adde* obs. MASSIP, *LPA*, 15 juin 2001 p. 23 – LAROCHE-GRISSEROT, *D.* 2003 chr. 633.

■ 2. CEDH, 16 novembre 2004, *UMAL TEKEL c/Turquie*, *JCP* 2005.I.103 – CEDH, 9 novembre 2010, n° 664/06, *Loconsi c/Suisse*.

■ 3. Sur l'histoire de cette incapacité, avant et après le Code civil, v. LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 106 et s.

■ 4. V. par ex. CE, 14 octobre 1998, *D.* 1998, Inf. rap. p. 258 pour un extrémiste musulman.

sa demande n'est faite qu'après le dépôt d'une requête en divorce⁵. Mais, pour éviter la fraude due à des mariages de complaisance, des lois successives ont retardé l'ouverture de cette option, d'abord à 6 mois, puis à 2 ans et aujourd'hui à 4 ans en la subordonnant à la preuve d'une communauté de vie « tant affective que matérielle » maintenue ainsi qu'à une connaissance suffisante de la langue française (C. civ., art. 21-2), le ministère public pouvant en outre contester cette option après coup, notamment en cas de fraude (la séparation des époux dans les douze mois de l'option faisant présumer la fraude : C. civ., art. 26-4).

La nationalité ainsi acquise demeurera après divorce (cf. *infra*, n° 348), mais en cas d'annulation du mariage seulement au bénéfice d'un conjoint de bonne foi (cf. *supra*, n°s 116 et s.).

Même s'il ne devient pas Français, le conjoint d'un Français acquiert par là même certains droits : celui à la délivrance d'une carte de résident, car le droit au regroupement familial est reconnu au titre de la liberté fondamentale de mener une vie familiale normale⁶ et le droit de ne pas être expulsé⁷.

- 126 Effets sur le « statut administratif ».** On peut qualifier ainsi l'ensemble des rapports du citoyen avec les administrations et les organismes sociaux. Or le mariage influe considérablement sur la situation de l'intéressé tant au regard du **fisc** par la notion de foyer fiscal qui domine toute l'imposition des personnes physiques⁸ qu'au regard des **droits sociaux** : certaines allocations sont réservées aux familles tandis que certains droits à pension trouvent leur source dans un mariage et disparaissent en cas de remariage.

SECTION 2

LE MAINTIEN DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

- 127 Idée générale⁹.** Tant que les principes d'ordre et de cohésion de la famille ont dominé, il y a eu peu de place pour le maintien d'une certaine autonomie individuelle. Mais la hiérarchie a fait place à l'égalité et à une codirection de la famille, réalisée par la loi du 4 juin 1970 supprimant en droit civil la notion de « *chef de famille* ». En même temps, la promotion de la liberté individuelle a conduit à dégager de plus en plus l'individu de son foyer et à admettre que la personnalité des époux ne se fond plus dans le couple conjugal. C'est bien

■ 5. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, *D.* 1998, *Bull. civ.* I, n° 104.

■ 6. Les conditions de délivrance de cette carte de résident sont régies (de façon de plus en plus restrictive) par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers (art. L. 314-4 et s., faisant notamment exception pour les conjoints polygames).

■ 7. CEDH, 26 mars 1992, *D.* 1993 somm. 388.

■ 8. L'imposition par foyer est obligatoire sauf cas de séparation légale ou de fait (CGI, art. 6-1 et 6-4) et emporte obligation solidaire au paiement (CGI, art. 1691 bis). – Sur les possibilités de dispense et la charge définitive de l'impôt, v. *infra*, n° 174.

■ 9. V. *La liberté individuelle et le mariage*, *RTD civ.* 1973.440, n° 42 et s.

entendu à la femme que cette libéralisation a été le plus bénéfique, puisque c'est sur elle que pesait auparavant la hiérarchie conjugale.

Certes, les devoirs qui découlent du mariage, destinés à assurer l'harmonie de la vie commune, portent des atteintes à la liberté individuelle de chaque conjoint. Mais cette harmonie ne dépend que du comportement externe des époux, de sorte que parmi les attributs de la liberté individuelle, ceux relatifs à l'intégrité de la personne demeurent intacts, tandis que des restrictions affectent ceux qui touchent à son comportement.

§ 1. LES ATTRIBUTS RELATIFS À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE

128

Intégrité physique. Le mariage n'affecte pas les règles protectrices de l'intégrité physique de chacun et les atteintes qui y sont portées par le conjoint sont punissables comme si elles émanaient de tiers : des **violences** ne peuvent être excusées par le lien conjugal qui en constitue au contraire une circonstance aggravante (C. pénal, art. 222-3, 222-12 et 222-13), non plus que l'attentat à la pudeur. Et la vieille exception du **viol**, qui ne serait pas criminel lorsqu'il émane du mari¹⁰, est aujourd'hui abandonnée¹¹ : le mariage ne crée qu'une présomption de consentement qui peut être renversée par la preuve contraire¹².

Chaque conjoint est d'ailleurs personnellement maître des autorisations à donner quant à son corps. L'autre n'a aucune qualité pour autoriser des **interventions médicales**, même si l'intéressé est hors d'état de consentir personnellement¹³ : chaque époux est seul à pouvoir décider des soins et traitements le concernant, y compris la femme en ce qui concerne l'interruption volontaire de grossesse¹⁴ ou la fécondation artificielle¹⁵. Cela va sans doute jusqu'à l'opération d'un transsexuel (cf. *supra*, n° 51) mais pas jusqu'à la conception d'un enfant contre le gré de l'autre¹⁶.

Chacun est enfin seul qualifié pour protester contre les atteintes dont il a été l'objet : les dommages-intérêts civils lui seront des biens propres (C. civ., art. 1404 et 1406) qu'il peut seul réclamer et il a seul qualité pour déclencher des poursuites pénales, le conjoint ne pouvant pas se constituer partie civile et ne pouvant réclamer qu'au civil réparation de son éventuel préjudice par ricochet¹⁷.

■ 10. Cass. crim., 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153.

■ 11. V. Cass. crim., 17 juillet 1984, *Bull. crim.* n° 260 ; *D.* 1985.7, note D. MAYER – 5 septembre 1990, *Bull. crim.* n° 313 ; *D.* 1991.13, note ANGEVIN.

■ 12. Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 232 ; *JCP* 1992.II.22043, note GARÉ.

■ 13. L'article 16-3 du Code civil ne donne aucun rôle en ce cas au conjoint, la décision étant du ressort des médecins.

■ 14. CE, 31 octobre 1980, *JCP* 1982.II.19732, note DEKEUWER-DEFOSSEZ.

■ 15. Qu'elle peut refuser sans que ce refus constitue une faute justifiant un divorce : Bordeaux, 11 octobre 1991, *JCP* 1992.IV.1043 – Mais jugé au contraire que serait fautif le refus de soigner une stérilité : Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP* 1996.II.22590, note critique VASSAUX.

■ 16. Nîmes, 21 mars 2007, *Dr. fam.* 2007.189, obs. MAUGER-VIELPEAU.

■ 17. Cass. crim., 4 mai 1954, *JCP* 1954.II.8245, note ESMEN – Cass. crim., 6 mars 1969, *Bull. crim.* n° 110 ; *Gaz. Pal.* 1969.1.138.

129 Intégrité morale et droits de la personnalité. Le même régime s'applique aux règles protégeant le droit à l'honneur, à l'image et à l'intimité. Non seulement les injures, diffamations et dénégations calomnieuses d'un conjoint envers l'autre restent répréhensibles, mais encore il en va de même de la protection du droit à l'image et à l'intimité ; certes, il peut sembler paradoxal de protéger la sphère d'intimité contre le conjoint, que le mariage introduit précisément dans cette sphère. Pourtant le principe de cette protection est reconnu : est illicite l'**enregistrement** clandestin des propos téléphoniques du conjoint¹⁸ ou sa **photographie** contre son gré, ou encore la **diffusion** sans son consentement de photographies, enregistrements ou documents le concernant ou portant atteinte à son intimité¹⁹. Le mariage peut seulement aider à présumer que l'accord a été donné.

130 Libertés fondamentales. Le mariage n'enlève pas à chaque époux son individualité et son autonomie du point de vue juridique : ainsi, la **condamnation** prononcée contre un conjoint ne peut pas être étendue à l'autre²⁰ pas plus que l'engagement souscrit ou la faute commise par l'un d'eux²¹. La Chambre sociale, après avoir parfois admis, de façon contestable, que la faute grave justifiant le licenciement d'un époux puisse entraîner un licenciement consécutif de l'autre, pour « *perte de confiance* »²²), a changé de doctrine²³ réservant le seul cas où il y aurait une indivisibilité entre les deux contrats²⁴, indivisibilité elle-même soumise au contrôle judiciaire²⁵.

Chaque époux conserve également ce qui constitue les droits fondamentaux de la personne humaine, concernant le « *for interne* », sa liberté de **sentiment**²⁶ et d'**opinions** politiques, syndicales ou religieuses. Pour ce dernier domaine toutefois, qui a toujours été rebelle à la tolérance, la jurisprudence hésite : si elle admet en principe que chaque époux est libre de ses convictions, ce qui implique son droit à la conversion²⁷ et que l'attachement d'un mari musulman à sa religion

■ 18. Lyon, 10 octobre 1972, *RTD civ.* 1973.332 – Cass. crim., 11 février 1987, *D.* 1987, somm. 142.

■ 19. Cass. 2^e civ., 20 octobre 1955, *JCP* 1955.II.8982, pour la diffusion d'un carnet intime – Paris, 5 mars 1990, *D.* 1990, Inf. rap. 104, pour la publication de « *souvenirs* ».

■ 20. V. à propos d'**expulsions** prononcées à titre de sanction et qui avaient été à tort étendues aux épouses des intéressés : CE, 20 octobre 1950, *S.* 1951.22 – CE, 18 mai 1951, *Rec.* 272 – V. aussi CE, 26 septembre 1986, *JCP* 1987.IV.53 annulant un refus de naturalisation opposé à un mari du fait que son épouse ne parlait pas le français.

■ 21. Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 183 : la **faute intentionnelle** d'un époux ne prive pas l'autre du bénéfice d'une assurance. – Cass. soc., 4 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 305 : la **clause de non-concurrence** liant une personne ne s'impose pas à son conjoint.

■ 22. Cass. soc., 26 juin 1980, *Bull. civ. V* n° 573 ; *D.* 1981, Inf. rap. 127, note LANGLOIS. – CHIREZ, *D.* 1981, chron. 193.

■ 23. Soc., 9 janvier et 10 décembre 1991, *Bull. civ. V*, n° 1 et 561. – cf. J. SAVATIER, *Vie de couple et rapport de travail* in *Mél. Cornu*, PUF, 1994.415.

■ 24. Cass. soc., 18 novembre 1998, *Bull. civ. V*, n° 496 ; *Defrénois* 1998.854, note NIÈVRE ; *D.* 1998.443, note MOULY. – V. MOUVEAU, *Le contrat de couple et le droit du travail*, *D.* 1998, chron. 385.

■ 25. En présence d'une clause d'indivisibilité, le juge doit vérifier si elle est justifiée et proportionnée : Soc., 12 juillet 2005, *Bull. civ. V*, n° 244.

■ 26. Le défaut d'amour pour le conjoint n'est pas une faute : Cass. 2^e civ., 2 février 1972, *D.* 1972.295.

■ 27. Trib. civ. Seine, 18 juin 1945, *Gaz. Pal.* 1945.2.38. – Aujourd'hui art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : Montpellier, 7 novembre 1994, *JCP* 1996.II.22680, note BRUGUIÈRE.

ne justifie pas le départ de son épouse²⁸, il lui est arrivé de considérer comme cause de divorce l'adhésion à une secte exigeante dans ses pratiques²⁹ : c'est que l'on glisse alors de la conviction interne, libre, au comportement externe, lequel subit certaines atteintes.

§ 2. LES ATTRIBUTS RELATIFS AU COMPORTEMENT DE LA PERSONNE

131

Idée générale. Si le mariage est couramment considéré comme aliénant une partie de la liberté individuelle, c'est qu'il crée des obligations qui entrent en conflit avec les attributs de cette liberté touchant au comportement.

Lorsque la personnalité des époux se fondait dans l'union conjugale, celle-ci prenait corps dans la personne du mari. C'est lui qui représentait le couple à l'extérieur et le dirigeait à l'intérieur. L'essor de l'individualisme en la matière s'est donc traduit à titre principal par le mouvement de « libération » ou d'« émancipation » de la femme mariée.

C'est qu'en effet, « l'unité du ménage... n'est plus entendue aujourd'hui comme une absorption, une fusion des personnalités »⁽³⁰⁾. Et dans l'aménagement de la coexistence entre obligations du mariage et liberté individuelle, la conception actuelle veut que celle-ci ne soit limitée que dans la stricte mesure où elle serait incompatible avec celles-là. Aussi le principe est-il que les libertés individuelles subsistent et que leur exercice trouve seulement un « butoir » dans les obligations du mariage.

132

Survie de ces attributs. Notre conception actuelle n'admet plus qu'avec le mariage disparaisse tout comportement social individuel. Et chaque époux, plus particulièrement la femme, a vu se renforcer ses possibilités d'un tel comportement, tant sur le plan de ses activités que sur celui de ses relations humaines.

Chacun reste libre d'employer son temps comme il lui convient et de choisir les activités qui lui agréent. La disparition de l'autorité maritale a marqué sur ce point une étape et les deux époux sont aujourd'hui à égalité dans cette liberté d'activités. Sans qu'il soit énoncé par une disposition aussi nette que dans certains droits étrangers³¹ le principe figure en filigrane dans notre droit positif : c'est par exemple une cause de divorce que d'imposer à une Française, même sur place, le mode de

■ 28. Douai, 28 novembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987.2.388, note RENARD.

■ 29. Cass. 2^e civ., 25 janvier 1978, *Gaz. Pal.* 1978.217, note J. CARBONNIER – TGI Paris, 2 février 1977, *JCP* 1977.II.18636 – Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2007, *Dr. fam.* 2007 n° 168. – V. dans un sens plus libéral : Grenoble, 4 juin 1991, *JCP* 1991.II.21744, note HAUSER. – Encore faut-il préciser en quoi cela influe sur les relations conjugales : Cass. 2^e civ., 8 novembre 1995, *Bull. civ.* II, n° 271. – V. ATIAS, *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce* : *JCP* 1984.1.3151.

■ 30. CARBONNIER, *D.* 1969.366.

■ 31. L'article 9 du Code de la famille de la Russie décide expressément que les deux conjoints jouissent d'une entière liberté dans le choix de leurs occupations et de leur profession.

vie syrien qui soumet l'épouse à un contrôle et des restrictions permanents de ses activités³².

C'est sur le plan des *activités professionnelles* que l'évolution a été la plus spectaculaire. De la nécessité pour la femme d'être autorisée, on est passé, dans une première étape³³ à la faculté sauf opposition ; puis, en 1965, le mari a perdu ce droit de veto et, aujourd'hui, la liberté professionnelle survit donc au mariage pour les deux intéressés (cf. *infra*, n° 164).

Il en est de même en ce qui concerne les *activités d'opinion*. On a vu que la liberté d'opinion des conjoints n'était pas atteinte par le mariage. Celui-ci ne les empêche pas non plus de traduire ces opinions dans leur comportement. Si la chose était déjà admise, même au temps de la puissance maritale, pour la pratique d'une religion, elle s'est depuis étendue. Chaque époux est également libre de ses activités politiques, syndicales, culturelles³⁴ ; il y aurait même une faute, cause de divorce, à y mettre obstacle³⁵.

Enfin, l'emploi du temps comprend les *loisirs* et, là encore, il faut admettre que le mariage ne supprime pas le droit pour chacun de décider de ses loisirs : le fait pour un époux de s'opposer à ce que sa femme continue de s'adonner à ses distractions favorites (lecture, danse, spectacles) constitue une cause de divorce³⁶.

Ces activités extérieures conduisent tout naturellement à des *relations humaines*. Sur ce plan encore, la liberté ne disparaît pas avec le mariage. Non seulement chaque époux peut entretenir des liens avec sa famille³⁷, mais encore il persiste à pouvoir choisir librement ses amis et entretenir des relations avec eux. Si, au XIX^e siècle, il n'apparaissait pas « régulier » qu'un conjoint (la femme) ait des amis indépendamment de l'autre³⁸, il en va différemment de nos jours. L'illustration s'en trouve dans l'évolution dont a fait objet la *correspondance* de la femme. Le droit de contrôle du mari, admis avant 1938, a disparu avec la puissance maritale et l'opinion dominante reconnaît aujourd'hui à chaque époux le droit de garder

■ 32. Rouen, 25 mai 1971, *D.* 1971, somm. 172 se faisant l'écho de MOLIÈRE : « *Sommes-nous chez les Turcs, pour renfermer les femmes* » (*L'école des maris*, acte 1, scène 2).

■ 33. Qui s'est étagée de 1938 à 1953 ; le passage s'est fait en 1938 pour les professions non commerciales ; pour les activités commerciales, il a été acquis en 1942 en théorie, mais n'a pris forme en pratique qu'en 1953 ; jusque-là en effet, la femme devait, pour s'inscrire au registre du commerce, produire un certificat de non-opposition émanant du mari !

■ 34. Ou autres... V. pour des pratiques superstitieuses : Cass. 2^e civ., 24 janvier 1962, *D.* 1962, somm. 93 ; *Bull. civ.* II, n° 67.

■ 35. V., pour le cas où un époux nuit volontairement à la carrière politique ou professionnelle de l'autre : Cass. 2^e civ., 12 juillet 1972, *Bull. civ.* II, n° 216 – 3 juillet 1963, *Bull. civ.* II, n° 489 – 16 octobre 1974, *D.* 1975, somm. 2.

■ 36. Cass. 2^e civ., 29 mai 1957, *D.* 1957.481.

■ 37. Il y a cause de divorce à s'opposer à ce que son conjoint voie sa famille et même à s'opposer à la recevoir (pour des beaux-parents) : Req., 30 novembre 1898, *D.* 1899.1.358 ; pour des enfants d'un premier lit, Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.645, note BRETON. – Paris, 20 décembre 1972, *Gaz. Pal.* 22 juin 1973, somm. 12.

■ 38. LABBE, note : *S.* 1877.I.161.

le secret de sa correspondance³⁹. Aucun droit de contrôle n'existe non plus sur les visites et relations de chacun⁴⁰.

Et, pour ne pas maintenir un « *verrou* » indirect qui paralyserait en fait l'exercice de ces libertés, la loi du 13 juillet 1965 a édicté comme règle générale, faisant partie du statut primaire d'ordre public, une **indépendance financière** des époux qui permet notamment à chacun de disposer librement de ses gains et salaires. La liberté de comportement trouve donc un étai dans une liberté patrimoniale accrue (cf. *infra*, n° 159 et s.).

Qu'on reconnaisse à chaque époux ces libertés n'entraîne cependant pas qu'il puisse oublier dans leur exercice les devoirs du mariage. Reconnues, les libertés trouvent ici leur limite.

133 Limites à leur exercice. La règle ne pose pas de difficulté tant qu'il s'agit de l'énoncer ; la limite à la liberté de comportement se situe au moment où son exercice nuit aux obligations du mariage. Mais, de toute évidence, les épines surgissent lors de la recherche d'un critère d'application et l'on doit constater que la jurisprudence s'attache plutôt à résoudre les difficultés de manière casuistique. Peut-être est-il possible de dégager une tendance générale, qui serait que la liberté individuelle ne baisserait pavillon que lorsqu'elle heurterait directement, au point de créer une véritable incompatibilité, l'une des obligations du mariage : chacune de celles-ci constituerait donc un « *butoir* » à la liberté de comportement qui resterait le principe.

Ainsi le devoir de fidélité impose-t-il un frein à la liberté de relations avec les tiers, une intimité excessive étant fautive même sans adultère (v. *infra*, n° 145). De même, le devoir de cohabitation limite la liberté de déplacement, des absences répétées et injustifiées pouvant être fautives⁴¹. Pareillement, il y a faute à refuser de participer à des fêtes de famille⁴² ou d'entretenir tout rapport sexuel pour des motifs religieux⁴³. C'est surtout le devoir plastique d'assistance qui impose à la liberté de comportement une double borne :

— d'une part, dans le comportement social du ménage, la liberté de chacun est limitée par une certaine « **solidarité d'honneur** » : des activités de loisir ou professionnelles d'une moralité ou d'une honnêteté douteuses sont fautives par le rejaillement qui peut en résulter sur le conjoint (v. *infra*, n° 152) et l'on a pu dire que

■ 39. Pour la Chambre criminelle, « *aucun des deux époux ne possède un droit de contrôle sur la correspondance de l'autre* » (Cass. crim., 5 février 1958, *JCP* 1958.II.10580, note LARGUIER). — Pour la sanction d'un contrôle de la messagerie informatique : Crim. 10 mai 2017, n° 16-81822. La jurisprudence civile a parfois semblé admettre au contraire un droit de contrôle réciproque (Cass. civ., 28 avril 1949, *Gaz. Pal.* 1949.2.98. — Cass. 2^e civ., 26 novembre 1975, *D.* 1976.371 et la note critique. — 29 janvier 1997, *D.* 1997.296 et la note — et encore, pour des SMS, Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009, n° 07-21796, *Bull.-civ.* I, n° 132 — Mais, plus encourageant ; Cass. 1^{re} civ. 11 mai 2016, n° 15-16410, *Dr. Fam.* 2016.133, note BINET qui impose de s'interroger sur les conditions d'obtention des SMS. v. *infra*, n° 331 et 340).

■ 40. CARBONNIER, n° 553.

■ 41. Cass. 2^e civ., 12 mars 1970, *Bull. civ.* II, n° 94.

■ 42. Montpellier, 7 novembre 1994, *JCP* 1996.II.22680, note BRUGUIÈRE et, sur pourvoi, Cass. 2^e civ., 9 octobre 1996, *Bull. civ.* II, n° 224.

■ 43. Amiens, 3 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975.276.

« le mariage crée une obligation particulière de réserve dans l'exercice de la liberté : un époux, avant d'agir, doit se souvenir qu'il n'est pas seul »⁴⁴ ;

— d'autre part, dans le comportement domestique du couple, l'exercice des libertés doit être « poli » par le **respect** de l'autre : les excès troublant la vie commune sont fautifs, qu'il s'agisse de pratiques religieuses (v. *supra*, n° 130), de loisirs⁴⁵, ou d'activités syndicales⁴⁶.

■ 44. CARBONNIER, n° 553.

■ 45. Pour la passion du bridge : Cass. 2^e civ., 20 novembre 1964, *Bull. civ.* II, p. 543. – Pour les absences de week-end d'un arbitre de football : Bordeaux, 19 décembre 1995, cité, *JCP* 1996.I.3946, n° 3.

■ 46. Pour un cas où elles conduisaient le mari à négliger tous travaux d'intérieur, v. Douai, 12 octobre 1984, *D.* 1985.523.

CHAPITRE 2

LES LIENS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX

134 Transformation au xx^e siècle : du joug à l'égalité et au respect mutuel.

L'union créée par le mariage est au premier chef d'ordre personnel. Mais ce serait une fausse vision que d'en regarder les effets d'ordre matériel comme une simple conséquence secondaire, accessoire de la vie quotidienne en commun : cette communauté de vie, imposée au titre des effets personnels, entraîne nécessairement une imbrication des intérêts patrimoniaux (« *on ne vit pas d'amour et d'eau fraîche* », selon le dicton populaire, et les « *mariages d'intérêt* » ont longtemps été aussi fréquents que ceux de sentiment, surtout lorsque l'influence des familles y prédominait, ce qui est encore le cas dans de nombreux pays du monde).

C'est pourquoi la philosophie générale du lien conjugal se traduit indivisiblement dans ses effets personnels et patrimoniaux. Or cette philosophie générale a connu une véritable révolution entre l'époque du Code civil et la nôtre, et plus précisément au cours de la seconde moitié du xx^e siècle.

En 1804, le législateur considérait le mariage comme une association qui comportait un certain nombre de droits et de devoirs réciproques des époux, mais dont *le mari assurait la direction*. Le mari avait sur sa femme la puissance maritale, cependant qu'il exerçait sur les enfants la puissance paternelle, concentrant ainsi entre ses mains tous les pouvoirs du « *chef de famille* », de sorte que la femme n'avait pas la capacité de faire des actes juridiques sans l'autorisation du mari.

Des lois successives ont progressivement libéré le statut de la femme mariée.

— Tout d'abord, la loi du 18 février 1938, qui a *supprimé l'incapacité de la femme mariée* et lui a reconnu la pleine capacité juridique ; la loi du 22 septembre 1942 a consolidé le principe de la capacité reconnue à la femme mariée, mais en affirmant formellement la qualité de chef de famille du mari ;

— La loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux a franchi une nouvelle étape, diminué les prérogatives du mari (ainsi, dans le régime légal, ses pouvoirs sur les biens communs ont été réduits, et son intervention dans la gestion des biens propres de la femme supprimée) et institué un statut d'égalité entre les époux : libre exercice d'une profession par la femme sans que le mari puisse s'y opposer, cogestion des époux pour les actes les plus graves ;

— La loi du 4 juin 1970 a substitué à la puissance paternelle l'autorité parentale exercée conjointement par les deux parents ;

— La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a supprimé la primauté maritale pour le choix de la résidence de la famille (art. 215) et la contribution aux charges du mariage (art. 214) ;

— La loi du 23 décembre 1985 sur les régimes matrimoniaux a parachevé l'égalité patrimoniale en modifiant les règles de fonctionnement du régime légal de la communauté réduite aux acquêts auquel sont soumis environ 85 % des Français mariés : la femme a désormais les mêmes pouvoirs que le mari sur les biens communs ;

— Les lois des 4 mars 2002 et 18 juin 2003 sur le *nom de famille* ont remis en cause, mais sans le faire totalement disparaître, le dernier vestige de la prépondérance maritale, concernant la dévolution du nom aux enfants : ce n'est plus aujourd'hui impérativement celui du mari, mais seulement si les époux n'en décident pas autrement (art. 311-21) ;

— La loi du 4 avril 2006 a franchi un pas supplémentaire en plaçant en tête des devoirs des époux le « *devoir de respect* » qui implique en lui-même une admission réciproque d'égalité.

Le principe d'égalité trouve aujourd'hui un fondement supplémentaire dans la Convention européenne des droits de l'homme, mise en avant par exemple pour écarter les effets en France d'une loi étrangère instaurant par principe un partage inégal¹ ou pour condamner les discriminations sexistes relatives au nom².

Cette égalité des époux se manifeste à la fois par la réciprocité de leurs devoirs l'un envers l'autre (Section 1) et par la codirection dans l'exercice de leurs fonctions conjointes (Section 2).

SECTION 1

LES DROITS ET DEVOIRS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX

TEXTES

Code civil, Art. 212 à 215

Art. 212. – Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.

Art. 213. – Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Art. 214. – Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

■ 1. Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *JCP* 1998.II.10175, note VIGNAL (du moins au XVIII^e siècle, car au Moyen Âge on allait jusqu'à reconnaître officiellement au mari le droit de battre sa femme).

■ 2. CEDH, 22 février 1994, *BURGHARTZ c/Suisse*, D. 1995.5, note MARGUENAUD – CJCE, 2 octobre 2003, D. 2004.1476, note AUDIT – CEDH, 16 novembre 2004, *RTD civ.* 2005.343, obs. MARGUENAUD.

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile.

Art. 215. – Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie.

La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord.

Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous.

- 135** **Conception générale.** Énumérés à l'article 212 du Code civil et précisés par les textes suivants, les droits et devoirs réciproques des époux sont si fondamentaux que la lecture de ces dispositions juridiques est obligatoire lors de la cérémonie du mariage (et doit se faire *avant* le recueil des consentements : art. 75)³.

Il faut remarquer l'intitulé de ce chapitre VI du Code : « *Des devoirs et droits respectifs des époux* ». Le législateur semble mettre au premier plan les contraintes du mariage, en plaçant les devoirs avant les droits. Il use volontairement du terme *devoir* plutôt que du mot juridique d'obligation, afin de teinter ces prescriptions d'une certaine coloration morale. Mais il faut surtout souligner que le caractère **réciproque**⁴ de chacune de ces obligations en fait à la fois un droit et un devoir : devoir de les respecter et droit d'en exiger le respect par l'autre. Il convient à cet égard de remarquer qu'en pratique c'est seulement à l'occasion d'une action en divorce que ces devoirs seront sanctionnés. On voit mal des époux venir en justice exiger la condamnation de l'autre à remplir ses obligations : l'existence d'un procès démontre à elle seule la ruine du mariage et le divorce apparaît dès lors la seule issue.

Il en résulte que, non sans paradoxe, c'est la jurisprudence sur les causes du divorce qui permet de préciser les contours des devoirs du mariage en déterminant les attitudes qui y constituent des manquements et caractérisent donc des causes de divorce.

- 136** **Énumération légale incomplète.** La loi énumère cinq devoirs entre époux : à l'article 212, ceux de respect (ajouté par la loi du 4 avril 2006 destinée à lutter contre les violences conjugales), fidélité, assistance, secours (lequel est de nature patrimoniale et sera examiné comme tel : cf. *infra*, n° 173) et à l'article 215, celui de communauté de vie.

Ces devoirs « *nommés* » ne doivent pas être regardés comme une liste limitative : la jurisprudence y a ajouté ou rattaché des obligations résultant de la conception générale qui, selon les mœurs et donc les époques, colore les relations

■ 3. V.C PHILIPPE, *L'article 212 du Code civil ; du XX^e au XXI^e siècle*, Mel. WIEDERKEHR, 2009, p. 627 et s.

■ 4. Inattentif aux intitulés, le législateur contemporain n'a pas remplacé dans celui-ci (qui date de 1804) l'adjectif « *respectif* », qui reflétait la différence de ceux du mari et de la femme (« *protection* » pour le mari, « *obéissance* » pour la femme selon l'article 213 initial), par celui de « *réciproque* » qui correspond désormais à leur égalité.

conjugales. La plupart se sont trouvées intégrées dans le Code par l'adjonction, en 2006, du devoir de « *respect* » (figurant déjà dans le Code civil du Québec de 1991 : art. 392). Il n'aurait pas été déplacé d'y évoquer, dans la foulée, les devoirs de tolérance, de sincérité et de loyauté qui ressortent du maquis jurisprudentiel sur les causes de divorce et auraient gagné à être consacrés explicitement.

§ 1. LE DEVOIR DE RESPECT

137

Consécration législative. S'il n'a été introduit dans l'article 212 que par la loi du 4 avril 2006 consacrée à la lutte contre les violences conjugales, ce devoir existait en fait depuis longtemps en jurisprudence, sans d'ailleurs que le terme même soit employé.

Son introduction dans l'article 212 – de plus en tête des devoirs conjugaux – a valeur de consécration du mouvement qui a progressivement conduit en même temps à l'égalité des époux et au maintien de la personnalité de chacun⁵. C'est désormais à ce devoir de respect que peuvent être rattachées des obligations très variées que la jurisprudence avait dégagées en faisant des atteintes qui leur sont portées une cause de divorce au titre des violations des « *devoirs et obligations du mariage* » visées à l'article 242 comme constitutives de fautes⁶.

Le nouveau terme a donc une portée directe et des déclinaisons diverses.

138

Portée directe. Sa portée directe concerne le respect de l'intégrité du conjoint.

D'abord sur le terrain de **l'intégrité physique** : c'est l'objet direct de la loi du 4 avril 2006 sur les violences conjugales, mais il était évidemment déjà admis que de telles atteintes constituaient des manquements aux devoirs du mariage (avant même la loi de 1975, l'ancien article 232 visait les « *sérvices* »). On a déjà vu que le mariage ne crée aucune atteinte au droit de chacun à son intégrité physique (cf. *supra*, n° 129). Et il y a faute non seulement à y porter directement atteinte, mais encore à provoquer une telle atteinte par des tiers⁷.

Mais aussi sur le terrain de **l'intégrité morale** : en visant aussi les « *injures* », l'ancien article 232 entendait pareillement faire respecter ce volet moral de l'intégrité et, de tout temps, les violences verbales, scènes et propos injurieux ont constitué le plus gros bataillon des cas de divorce pour faute. Mais, sur ce plan moral, le devoir de respect va bien au-delà : c'est la personnalité de l'autre qu'il oblige à respecter, dans tous ses aspects, aussi bien dans ses affections et liens familiaux⁸ dans ses activités (cf. *supra*, n° 133) et bien entendu dans son honneur : il y a faute à déconsidérer son conjoint, notamment par des actes de diffamation ou de dénonciation, calomnieuse ou non⁹.

■ 5. V. DEPADT-SEBAG, *L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil*, RJPF 2014-1/6.

■ 6. Pour un exemple d'application, v. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-10154.

■ 7. Pour le conjoint provoquant l'internement de l'autre : Cass. 2^e civ., 19 janvier 1961, *Bull. civ. II*, n° 55 – 14 novembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 256.

■ 8. C'est une faute que d'y mettre obstacle : Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.645, note BRETON.

■ 9. Cf. par ex. Versailles, 27 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987, som. 398 (lettre de dénonciation à l'employeur).

139

Déclinaisons diverses. En même temps qu'elle consacrait le devoir de respect, la loi aurait pu en nommer d'autres, tout aussi fondamentaux, comme la loyauté, la tolérance ou la sincérité étant rappelé que l'amour n'est pas un devoir légal¹⁰. Mais une liste trop longue aurait sans doute perdu de sa force symbolique : il faut donc considérer que diverses obligations, depuis longtemps admises en jurisprudence, se rattachent aujourd'hui au devoir de respect dont elles sont des déclinaisons. Sans exhaustivité, on peut en citer les principales :

— **obligation de sincérité** : il est depuis longtemps jugé que si des faits antérieurs au mariage ne peuvent en eux-mêmes constituer des manquements à des devoirs qui n'existaient pas encore, leur dissimulation maintenue au-delà du mariage constitue une faute¹¹, qu'il s'agisse de peines antérieurement encourues, d'affections physiques ou mentales graves¹², d'habitudes liées à la drogue¹³ ou d'engagements politiques ou religieux¹⁴ ; à plus forte raison en ira-t-il de même pour la dissimulation d'événements importants survenus durant le mariage (vie professionnelle et financière, grossesse de la femme, activités religieuses, etc.) ;

— **obligation de loyauté** : au-delà des comportements déshonorants risquant de rejaillir sur le conjoint¹⁵, l'obligation de loyauté interdit de lui nuire, par exemple en faisant à ses activités professionnelles une concurrence déloyale¹⁶ (comp. *supra*, n° 133) ; plus récemment, on y rattache le fait pour la femme de concevoir un enfant contre le gré du mari¹⁷, le « *devoir de procréation* » que certains attachent au mariage justifiant seulement le divorce contre celui qui s'y refuse, mais non la pratique du fait accompli¹⁸ ;

— **obligation de discrétion** : il n'appartient pas à un époux de divulguer les secrets de l'autre¹⁹, ni même de les percer ; et l'indulgence longtemps entretenue envers les conjoints qui, au prétexte de chercher la preuve de leur infortune, mettent la main sur des correspondances et carnets intimes de l'autre et sont admis à les produire en justice sauf preuve (impossible) qu'ils les auraient obtenus par fraude ou violence, pourrait cesser au bénéfice de ce devoir de respect (car ce n'est pas respecter l'autre que de surprendre ses écrits intimes ou personnels)²⁰ ;

— **obligation de tolérance** : le respect du conjoint oblige encore à tolérer ses convictions, modes de vie, relations et activité (cf. *supra*, n° 133).

■ 10. Cass. 2^e civ., 2 février 1972, *D.* 1972. 235

■ 11. Cf. GUYON, *L'obligation de sincérité entre époux*, *RTD civ.* 1964.473.

■ 12. Cass. 2^e civ., 5 juillet 1956, *D.* 1956.609 – 12 mai 1960, *Bull. civ.* II, n° 309 – 12 décembre 1979, *D.* 1981 I.R. 76 – Rennes, 22 février 1978, *D.* 1979 I.R. 210, obs. BRETON.

■ 13. Pau, 30 mars 1993, *JCP* 1993.IV.1763.

■ 14. Cass. 2^e civ., 19 juin 2007, *Dr. fam.* 2007, n° 168, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 15. Cf. Metz, 16 mai 2007, *JCP* 2007.IV.2169 – Paris, 20 septembre 2007, *JCP* 2007.IV.3015.

■ 16. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2007, n° 06-20701, *D.* 2008.807.

■ 17. Nîmes, 21 mars 2007, *Dr. fam.* 2007, n° 189 ; *RTD civ.* 2008.91, obs. HAUSER ; *D.* 2007.2587, note LAMOUREUX, *JCP* 2007.II.10149, note VASSAUX. – Mais cf. Caen, 5 janvier 2006, *Dr. fam.* 2006, n° 7.

■ 18. LARRIBAU-TERNEYRE, n° 1473.

■ 19. Pour la divulgation d'un journal intime : Cass. 2^e civ., 20 octobre 1955, *JCP* 1955.II.8982. – Pour celle de « *souvenirs* » : Paris, 5 mars 1990, *D.* 1990 I.R. p. 104.

■ 20. Cass. 2^e civ., 26 novembre 1975, *D.* 1976.371 et la note – 29 janvier 1997, *D.* 1997.296 et la note – 16 février 1983, *Bull. civ.* II, n° 38 – 6 mai 1999, *D.* 2000.557, note CARON ; *JCP* 1999.II.10201, note GARÉ – Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 213 ; *Dr. fam.* 2005, n° 185, note LARRIBAU-TERNEYRE.

Carbonnier écrivait déjà que respecter la personnalité de l'autre impose un « *code de morale conjugale* » fait des devoirs « *de sincérité, de patience, de maintenir une certaine communion spirituelle, de veiller à son propre honneur afin de ne pas laisser atteindre par contrecoup l'honneur de l'autre, qui est solidaire* »²¹.

- 140** **Sanctions.** Tout comme les précédents, le devoir de respect ne peut guère faire l'objet de mesures de coercition et sa sanction ne peut se concevoir que sous la forme de la reconnaissance *a posteriori* d'une faute, cause de divorce et d'éventuels dommages et intérêts. On y a vu aussi une cause d'indignité permettant de refuser au conjoint l'acquisition de la nationalité française²²

§ 2. LE DEVOIR DE COMMUNAUTÉ DE VIE

- 141** **Notion assouplie.** La « *communauté de vie* » visée à l'article 215 du Code civil ne se réduit pas à la simple cohabitation que visait le texte antérieur. Le vieil adage de Loysel (« *boire, manger et coucher ensemble, c'est mariage ce me semble* ») évoquait déjà plus des activités que le simple logis. Et si, le droit étant impuissant à dicter aux citoyens leur vie quotidienne, c'est par le logement commun que s'extériorisera au premier chef la communauté de vie, qui inclut d'autres aspects qui doivent compléter ce premier élément et peuvent parfois s'y substituer (il peut y avoir, surtout depuis la loi de 1975 sur le domicile, « *communauté de vie* » entre époux ne résidant pas matériellement ensemble mais conservant une communauté affective : dans le régime du divorce de la loi de 1975, il n'y avait pas alors « *rupture de la vie commune* », pas plus qu'il n'y aura, sous le nouveau régime, une « *altération définitive du lien conjugal* »).

On peut dire que la communauté de vie est devenue une notion relativement souple, susceptible de s'adapter à des modes de vie conjugale qui ne suivent plus nécessairement un modèle stéréotypé et font une place plus grande à la fois à la liberté d'organisation des époux et à l'autonomie de chacun.

Ainsi la communauté de vie comprend-elle trois composantes mais sans que leur réunion cumulative soit toujours nécessaire : une communauté de toit, une communauté de lit et une communauté d'activités.

A. LE DEVOIR DE COHABITATION

- 142** **Résidence familiale.** Tant qu'a duré la prépondérance maritale, c'est au mari qu'est revenu le droit de choisir la résidence familiale et d'imposer son choix. Encore dans sa rédaction issue de la loi du 4 juin 1970, pourtant déjà promotrice de l'égalité conjugale, l'article 215 laissait au mari le choix en cas de désaccord. La loi du 11 juillet 1975 n'a maintenu dans ce texte que l'énoncé du choix commun : « *La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord* ». Mais elle n'a prévu aucun mode de règlement d'un éventuel désaccord

■ 21. CARBONNIER, n° 547.

■ 22. C-E.9 juillet 2015 n° 386477

(l'article 214 du Code civil belge confie en pareille circonstance au juge de paix le soin de trancher « *dans l'intérêt de la famille* »). La meilleure interprétation de ce silence paraît être que si le devoir de cohabitation demeure l'une des obligations essentielles du mariage, il n'impose plus une résidence commune en permanence²³ et il ne comporte plus, sur le plan judiciaire, d'autres sanctions que celles résultant d'une demande en divorce ou en séparation de corps, où le juge aura à apprécier à qui incombe le défaut d'accord possible, ou encore d'une suspension des autres obligations du mariage : le refus de cohabiter peut justifier le refus réciproque de contribuer aux charges du mariage (v. *infra*, n° 141).

C'est ce qui a conduit les tribunaux à refuser de trancher le conflit et de fixer le lieu de la résidence²⁴.

Ainsi les juges pourront-ils moduler l'intensité des exigences de communauté de vie selon l'état des mœurs et les circonstances de l'espèce. Si le modèle courant demeure, à une écrasante majorité, celui du logis commun, on ne peut exclure, en l'état actuel de nos mœurs, que des époux (surtout sans enfants) puissent aménager une communauté de vie suffisante tout en résidant séparément : c'est une situation que l'extension du travail féminin ne peut que multiplier dès lors que l'épouse, égale sur tous les plans, n'est plus tenue de sacrifier sa carrière professionnelle pour suivre son mari de ville en ville. Déjà, en 1988, on relevait que 2 à 3 % des personnes mariées avaient conservé deux résidences²⁵. Il n'y aura en pareille circonstance ni résidence commune, ni lieu pour le juge d'en fixer une. Et si l'un des époux se plaint de la situation, il ne pourra imposer à l'autre de le suivre, et ne détiendra pas nécessairement par là un grief fondé²⁶. En réalité, la cohabitation a un contenu nécessairement plastique, qui ne pourra être **apprécié qu'a posteriori**, sous l'angle de la question de savoir si l'un des époux a commis ou non une faute.

143 Dispense judiciaire. Au temps où le mari choisissait le domicile conjugal, il était permis à l'épouse de demander au juge de l'autoriser à n'y pas résider en raison des inconvénients qu'il pourrait présenter pour elle-même ou pour les enfants (art. 215, al. 4 ancien). Des auteurs hostiles au divorce avaient alors habilement songé à utiliser cette voie au profit d'un des époux (souvent la femme) nourrissant des griefs contre l'autre mais ne voulant pas demander un divorce qui permettrait au mari de se remarier, ni une séparation de corps automatiquement convertible en divorce au bout de trois ans. L'idée était d'opérer un glissement sur la notion

■ 23. Ainsi des époux peuvent-ils avoir des résidences distinctes sans pour autant manquer à l'obligation de cohabitation (Cass. 1^{re} civ., 12 février 2014, n° 13-13873, à propos de l'acquisition de nationalité).

■ 24. TGI Paris, 18 octobre 1977 et Trib. inst., 9^e arrondissement, Paris, 29 novembre 1977, *JCP* 1978. II.18820, note LINDON. Mais certains pensent que le juge peut trancher ce désaccord, soit positivement, soit indirectement en délivrant à un époux une autorisation de résidence séparée : sur les différentes options et leur portée, v. CARBONNIER, n° 64.

■ 25. LERIDON et VILLENEUVE-GOKALP, *Les nouveaux couples : Population 1988*, n° 2, p. 331.

■ 26. V. déjà Cass. 2^e civ., 9 juin 1954, *Bull. civ.* II, 178, rejetant comme cause de divorce un engagement professionnel obligeant le mari à quitter le pays. – Réciproquement, le mari militaire changeant souvent de garnison ne peut reprocher à sa femme de ne pas travailler pour pouvoir le suivre : Versailles, 10 février 1987, *Gaz. Pal.*, 13 septembre 1987. – Le mari ne peut reprocher à sa femme de ne pas le rejoindre en un lieu qu'il a choisi seul : Douai, 12 octobre 1984, *D.* 1985.523, note BLARY-CLÉMENT. – Cf. aussi Cass. 2^e civ., 16 novembre 1994, *Bull. civ.* II, n° 229. – V. toutefois Cass. 2^e civ., 12 septembre 2002, *Bull. civ.* II, n° 180, admettant que le refus de suivre son mari en Chine peut constituer une faute.

d'inconvénients du domicile choisi par le mari pour permettre à la femme d'obtenir, à chaque fois que le mari aurait commis des fautes, une dispense de cohabitation²⁷. Après avoir solennellement rejeté cette tentative d'instaurer en marge de la loi une séparation de corps non convertible en divorce, imposant un quasi-célibat forcé²⁸, la jurisprudence s'était laissée fléchir en paraissant admettre une telle dispense de cohabitation²⁹.

La loi du 11 juillet 1975, en supprimant le droit du mari de choisir le domicile commun, a par conséquent supprimé le pouvoir du tribunal de dispenser la femme de rejoindre ce domicile.

Dès lors que le juge n'a pas le pouvoir de fixer positivement un domicile, la dispense de cohabitation devient sans objet : si l'un des époux se refuse à une communauté de vie, il appartiendra *a posteriori* au juge éventuellement saisi d'une demande de divorce d'apprécier si ce refus était justifié ou non par les circonstances³⁰. Mais on ne peut plus solliciter *a priori* du juge une dispense de cohabitation, d'une durée non précisée et qui contourne la voie légale de la séparation de corps.

Cependant, comme il arrive souvent que, dans un procès en divorce ultérieur, le départ du domicile conjugal soit retenu à la charge de son auteur, celui-ci se préoccupe souvent d'être muni d'une décision judiciaire. Il peut l'obtenir par deux voies :

— l'une, indirecte, consiste à présenter une requête en divorce : la procédure commençant par une décision provisoire qui organise la résidence séparée des époux (cf. *infra*, n° 217), il obtient ainsi de fait une dispense judiciaire (qui durera jusqu'au jugement ou, si la procédure n'est pas poursuivie, pendant trente mois (art. 1113 du Code de procédure civile)) ;

— l'autre, directe, résulte de la loi du 9 juillet 2010 destinée à lutter contre les violences conjugales : en présence de telles violences ou même simplement de risques sérieux (art. 515-11), les articles 515-9 et suivants du Code civil permettent au juge aux affaires familiales d'ordonner en urgence l'éviction provisoire du conjoint violent par une « ordonnance de protection » provisoire, qui devient caduque si elle n'est pas suivie dans les six mois de l'introduction d'une procédure de divorce.

144 Suspension conventionnelle : pactes de séparation amiable. On dit généralement que de tels pactes sont nuls car il n'appartiendrait pas aux époux de vider le mariage d'une de ses obligations d'ordre public en se dispensant mutuellement du devoir de communauté de vie³¹. Mais il faut s'entendre sur la portée de cette prétendue nullité : elle signifie que le pacte ne lie pas les époux pour l'avenir et que

■ 27. C. I. FOULON-PIGANIOL, *Le droit de ne pas demander le divorce*, D. 1970, chron. 140. – CHARTIER, JCP 1975.II.17991.

■ 28. Cass. 1^{re} civ., juillet 1969, JCP 1969.II.16056, concl. LINDON.

■ 29. Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 1973, D. 1975.724, et la note, JCP 1975.II.17991, note CHARTIER.

■ 30. Cf. Cass. 1^{re} civ., 12 février 2014, n° 13-13873.

■ 31. Cass. civ., 26 janvier 1938, D. 1942.120, note NAST – R. SAVATIER, *Les conventions de séparation amiable*, RTD civ. 1931.535 – Cass. 2^e civ., 22 avril 1977, D. 1977, Inf. rap. 359 – TENDLER, *Les pactes de séparation amiable*, D. 1979, chron. 263 – J. REVEL, *Les conventions entre époux désunis*, JCP 1982.I.3055 – A. CHAPELLE, *Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale*, RTD civ. 1984.411. – Voir Pau, 25 mars 1996, JCP 1997.IV.113 qui y voit une double faute cause de divorce alors que dans le même temps,

chacun conserve le droit de demander à tout moment la reprise de la vie commune – à condition d'en avoir la volonté réelle et de ne pas se fabriquer ainsi artificiellement une cause de divorce³². Mais, tant qu'il est spontanément exécuté, et que les époux vivent séparés, le pacte produit un certain effet : celui de rendre la séparation exempte de toute faute imputable à l'un ou à l'autre, ce dont il découle qu'aucun époux ne peut l'invoquer comme cause de divorce pour faute³³. Et ce pacte peut alors valablement organiser les modalités de la vie séparée.

145 Suspension unilatérale. Par une transposition de l'exception d'inexécution du droit des contrats, il est admis que si, par sa faute, un conjoint rend la vie intolérable à l'autre, celui-ci peut mettre fin à la cohabitation. La jurisprudence en décide ainsi au profit de la femme qui subit de mauvais traitements³⁴ ou ne trouve pas auprès de son mari la fidélité ou les égards auxquels elle a droit³⁵ ou encore en cas d'inexécution par le mari de son devoir d'entretien. Cette jurisprudence se fonde sur le caractère réciproque de l'obligation : l'un des époux ne peut exiger de l'autre qu'il remplisse son devoir si lui-même refuse de l'exécuter correctement. C'est toutefois un moyen risqué, car l'époux pourra être accusé d'abandon, et il lui faudra rapporter la preuve de la légitimité de son départ en cas de divorce.

146 Sanctions. La question ne se pose qu'en présence d'un manquement fautif d'un des époux, c'est-à-dire s'il oppose un refus injustifié à la forme de communauté de vie accompagnant le mode de vie des époux. Il n'y a plus de possibilité de ramener par la force le devoir de cohabitation à exécution (traditionnellement mais surtout au théâtre, faire ramener par la police l'épouse fugitive ou lui faire ouvrir la porte du mari). Notre droit positif semble même exclure l'**astreinte**, la coercition même indirecte, ne pouvant atteindre aussi profondément la liberté individuelle³⁶.

En revanche, il est possible pour l'époux abandonné de suspendre en retour l'exécution de ses propres obligations, notamment de secours, en coupant les vivres à l'époux déserteur³⁷.

Mais surtout, c'est par la voie de l'**action en divorce** que la sanction sera obtenue, soit un divorce pour faute, si le défaut de cohabitation est imputable à l'autre époux, soit même, quelle que soit l'origine de la séparation, le divorce pour rupture de la vie commune depuis six ans.

Accessoirement, l'époux abandonné pourra demander des dommages-intérêts, notamment pour compenser la solitude morale issue pour lui de l'abandon (v. *infra*, n° 369).

Bordeaux, 19 novembre 1996, *D.* 1997.523, note GARÉ y voyait une cause de rejet de la double demande en divorce !

■ 32. Cass. 2^e civ., 16 novembre 1994, *Bull. civ.* II, n° 229.

■ 33. Aix-en-Provence, 15 septembre 1982, *D.* 1984.267, note ATIAS et SERIAUX.

■ 34. La possibilité ouverte aujourd'hui d'obtenir du juge une « ordonnance de protection » (*supra*, n° 139) ne devrait pas remettre en cause cette autre possibilité qu'est la mise à l'abri spontanée.

■ 35. Cass. 2^e civ., 15 janvier 1969, *D.* 1970.148, 1^{re} espèce, note LE CALONNEC.

■ 36. V. note, *D.* 1975.724. – PREVAULT, *D.* 1975.418. – PONSARD, *D.* 1964.112. – NERSON, *RTD civ.* 1978.870 – Aix, 22 juin 1978, *D.* 1979.192, note PREVAULT.

■ 37. Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 1981, *Bull. civ.* I, n° 4 – 16 février 1983, *D.* 1984.39, note REVEL – 16 octobre 1984, *Bull. civ.* I, n° 264.

En revanche, plus aucune sanction pénale n'est applicable : le délit d'abandon de famille ne concerne plus, dans le nouveau Code pénal, qu'un abandon pécuniaire (art. 227-3).

B. | LE « DEVOIR CONJUGAL »

147 Commerce charnel. Le devoir de cohabitation a un double contenu : communauté de toit et de lit. Il recouvre en effet pudiquement le « *devoir conjugal* » qui fait obligation à chaque époux de se prêter à un commerce charnel avec son conjoint sauf force majeure, résultant notamment de raisons médicales³⁸.

Le refus d'accomplir ce devoir, soit en cessant les relations sexuelles au cours du mariage, soit en refusant de consommer le mariage initialement (en droit canonique, la non-consommation est une cause de nullité du mariage) constitue une faute³⁹.

L'excès constituera aussi une faute⁴⁰.

Mais ce devoir conjugal n'emporte pas celui de procréer contre le gré de l'autre (cf. *infra*, n° 152).

148 Sanctions. Ici encore il n'est pas question d'exécution forcée en nature (quoique le droit pénal ait estimé longtemps pour cette raison, et de façon fort contestable, que le viol commis par le mari sur l'épouse n'était pas punissable et n'ait abandonné cette position qu'en 1992 : cf. *supra*, n° 128). L'astreinte pratiquée au Moyen Âge par l'officialité de Paris imposant à des maris indolents de connaître charnellement leurs épouses deux fois par semaine⁴¹ est pareillement exclue de nos jours et chez nous (un auteur cite une décision de Haifa de 1979 employant l'astreinte contre l'épouse et invitant les époux à revenir trois mois plus tard « *pour compte rendu* »⁴²). Mais la jurisprudence sanctionne les manquements au devoir conjugal de deux manières : ils peuvent motiver le prononcé du divorce ou la séparation de corps pour faute ou justifier une condamnation à dommages et intérêts⁴³.

C. | LE DEVOIR DE COOPÉRER

149 Communauté d'activités. Pour exprimer ce qui, dans la « *communauté de vie* » visée à l'article 215, dépasse la simple communauté de toit et de lit, les auteurs emploient des termes divers : on parle de communauté de « *ménage* »⁴⁴, de

■ 38. VERDOT, *La cohabitation*, D. 1964, chron. 121 – BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal*, D. 2000, chr. 10 – Paris, 27 octobre 1959, D. 1960.144.

■ 39. Cass. 2^e civ., 16 décembre 1963, D. 1964.227.

■ 40. TGI Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal.* 1970.2.243.

■ 41. OURLIAC, *L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien Droit* : LPA, 20 avril 1984, p. 5.

■ 42. C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, LGDJ, 1981, p. 270.

■ 43. V. Aix-en-Provence, 3 mai 2011, JCP 2011.1156, note PIZARRO (10 000 € de dommages-intérêts).

■ 44. CARBONNIER, n° 547.

« communauté affective, intellectuelle »⁴⁵, de partage de destins⁴⁶, de communauté de « vie affective »⁴⁷, voire de communauté de « sentiments »⁴⁸. L'article 21-2 du Code civil exprime bien la notion en parlant (à propos de l'acquisition de la nationalité par le mariage) de communauté de vie « tant affective que matérielle » (cf. aussi l'article 261-2 qui, recherchant la date de séparation des époux, vise le jour où ils ont cessé « de cohabiter et de collaborer »).

En réalité, sachant que le sentiment ne se commande pas et ne peut être objet de devoir⁴⁹, il s'agit de désigner l'obligation d'instaurer entre les époux une certaine coopération, mettant en commun certains aspects de leur vie. Peu importe le domaine où cette coopération se traduit, extrêmement variable selon le mode de vie adopté par les époux et leurs personnalités : éducation des enfants, activités de toutes natures (loisirs, profession, relations sociales, etc.), valeurs et convictions. Si le mariage ne fonde pas les époux dans un ensemble unique et n'oblige pas chacun à renoncer à son autonomie (cf. *supra*, n° 132), la communauté de vie implique du moins qu'il y ait certaines choses et un certain temps mis en partage : c'est le sens de la jurisprudence définissant la rupture de la vie commune comme étant la disparition de toute communauté « tant matérielle qu'affective »⁵⁰. C'est le sens aussi des très nombreuses décisions qui, pour prononcer le divorce aux torts d'un conjoint, relèvent ses absences répétées, son « désintéret » pour la vie commune ou son « indifférence » : la cohabitation entre époux n'est pas un simple rapport de colocataires ou de voisins.

§ 3. LE DEVOIR DE FIDÉLITÉ

150

Définition. L'article 212, qui prescrit en premier lieu aux époux le devoir de fidélité, s'abstient de le définir, renvoyant ainsi à l'état des mœurs. L'infidélité est en effet une notion morale et, hors le cas de l'adultère consommé, son acception peut varier selon les époques, voire selon les milieux. En l'état actuel de la jurisprudence, l'infidélité s'entend de l'entretien avec un tiers d'une relation amoureuse.

La forme la plus patente en est l'adultère⁵¹, c'est-à-dire le commerce sexuel consommé. Mais on admet également que constitue une infidélité « morale » l'attitude trop intime avec un tiers pour ne pas être ressentie comme une injure par le

■ 45. TERRE et FENOUILLET, n° 432.

■ 46. MALAURIE et FULCHIRON, n° 1153.

■ 47. BATTEUR, n° 417.

■ 48. COURBE, n° 172-2.

■ 49. Cass. 2^e civ., 2 février 1972, D. 1972.295 : le manque d'amour n'est pas une faute juridique.

■ 50. Cass. 2^e civ., 30 janvier 1980, Bull. civ. II, n° 17 – 25 janvier 1984, Bull. civ. II, n° 12.

■ 51. Cf. CARBONNIER, n° 550.

conjoint, voire comme une présomption d'adultère⁵². Une décision a pu parler d'infidélité « *intellectuelle* » de l'épouse avec un évêque...⁵³.

151 Caractère d'ordre public ? On affirme traditionnellement que le devoir de fidélité serait d'ordre public, et que les époux ne pourraient s'en délier par un « *pacte de liberté* ». Mais depuis qu'il n'y a plus de sanction pénale, il faut expliquer la portée exacte de cette affirmation. Certes, un tel pacte n'est pas juridiquement efficace, c'est-à-dire qu'il ne pourrait être opposé à l'époux qui entend le dénoncer et exiger à nouveau fidélité⁵⁴. Mais pour la période passée où il a été « *exécuté* », il n'est pas interdit aux tribunaux d'en tenir compte pour juger qu'il a dépouillé l'adultère de son caractère injurieux⁵⁵. L'autorisation d'infidélité donnée à l'autre époux peut même être regardée comme une injure à son égard⁵⁶.

Par ailleurs, si les conventions inspirées par le désir de favoriser des relations adultères ont été longtemps jugées nulles pour une cause immorale⁵⁷, cette solution a été abandonnée⁵⁸.

Pour tenter de « *sauver* » le mariage de la désaffection qu'il connaît (le PACS n'impose pas fidélité), certains proposent de permettre qu'il puisse être conclu sans obligation de fidélité⁵⁹.

Quoi qu'il en soit le mouvement général tend incontestablement à relativiser le devoir de fidélité et à « *dédiaboliser* » l'adultère au point qu'en accuser quelqu'un n'est plus une imputation diffamatoire, faute de caractère déshonorant⁶⁰.

152 Sanctions. Le devoir de fidélité ne peut guère donner lieu à une exécution forcée en nature (ceinture de chasteté...) même par le moyen détourné de

■ 52. Pour des visites assidues : Req., 8 juin 1939, *D.* 1939.421. – Pour une correspondance suspecte : Cass. 2^e civ., 31 octobre 1962, *Bull. civ.* II, n° 683 p. 498 – Cass. civ., 27 février 1950, *D.* 1950.316. – Toutefois, plus récemment, la « *libéralisation* » des mœurs a conduit un tribunal à décider qu'un baiser amoureux « *ne fait qu'égratigner le contrat conjugal* » (TGI Béthune, 12 juin 1973, *JCP* 1975.II.17946). – Pour la recherche d'un autre partenaire par la voie d'annonces matrimoniales : Paris, 1^{er} décembre 1999, *RTD civ.* 2000.296, obs. HAUSER. – Pour un étude comparative France-Italie, v. OLIVERO, *L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet*, *RIDC* 2015.541

■ 53. Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986.216.

■ 54. Cass. 2^e civ., 15 avril 1970, *Bull. civ.* II, n° 120 p. 93.

■ 55. Cass. 2^e civ., 4 juillet 1973, *Bull. civ.* II, n° 214 p. 169 – Cass. 2^e civ., 21 juin 1979, *Bull. civ.* II, n° 193 p. 134.

■ 56. Cass. 2^e civ., 31 mai 1978, *D.* 1979, Inf. rap. 19, note BRETON.

■ 57. Pour un contrat... de travail de 15 ans entre deux amants adultères : Cass. soc., 4 octobre 1979, *Bull. civ.* IV, n° 680. – Pour un prêt favorisant une escapade amoureuse de la femme : Req., 17 avril 1923, *D.* 1923.1.172. – Pour une libéralité au mari complaisant (en dépit du précédent de Louis XIV) : Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1962, *Bull. civ.* I, n° 138.

■ 58. Cass. 1^{re} civ., 3 février 1999, *D.* 1999.267, rapport SAVATIER, note LANGLADE ; *D.* 1999, somm. p. 307, obs. GRIMALDI ; *JCP* 1999.11.10083, note BILLIAU et LOISEAU – Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, *Deffrénois* 2000.1049, note MASSIP : « *mais attendu que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec sa concubine* » – ass. plén., 29 octobre 2004, *D.* 2004, *Deffrénois* 2004.1732, note LIBCHABER – Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 35 – Pareillement le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée (en l'espèce au cours d'une instance en divorce) n'est pas nul : Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2011, n° 10-201114, *D.* 2012.52, note LIBCHABER ; *JCP* 2012.9, note BAKOUCHE.

■ 59. M.-T. CALAIS-AULOX, *Pour un mariage à effets conventionnellement limités*, *RTD civ.* 1988.255.

■ 60. Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2016, n° 15-24879

l'astreinte⁶¹. Les sanctions ne peuvent donc être que de nature répressive. Pendant longtemps, l'adultère a constitué un **délit pénal**, d'ailleurs inégalement traité à l'égard du mari et de la femme (le mari n'était punissable que s'il y avait entretien de la maîtresse au domicile conjugal ; et les peines étaient de nature différente). Cette inégalité, parfois expliquée par l'atteinte à l'état des enfants qu'emportait l'adultère de la femme, était vivement critiquée, de même d'ailleurs que l'idée même d'une sanction pénale. C'est pourquoi la loi du 11 juillet 1975 a supprimé toute sanction pénale.

L'infidélité n'en demeure pas moins une faute civile, comme telle susceptible de trois sanctions :

— elle peut constituer une **cause de divorce**, laquelle a d'ailleurs perdu de sa force par cette même loi du 11 juillet 1975 puisqu'il est désormais permis aux juges d'apprécier la gravité de cette faute (v. *infra*, n° 295) ;

— en dehors de tout divorce, ou plus souvent parallèlement, cette faute peut donner lieu à **condamnation à dommages-intérêts** pour réparer le préjudice moral subi ; si dans l'opinion classique, cette condamnation pouvait être poursuivie non seulement contre le conjoint lui-même, mais encore contre le complice de l'adultère, s'il connaissait l'existence du mariage⁶², la Cour de cassation a rompu avec cette solution et énonce aujourd'hui que : « *le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse* »⁶³ ;

— elle peut au surplus constituer un cas d'« **ingratitude** » justifiant la **révocation des donations** consenties par l'époux bafoué⁶⁴.

§ 4. LE DEVOIR D'ASSISTANCE

153

Notion. La loi envisage en un seul bloc le devoir de secours et d'assistance⁶⁵. Il convient cependant de dissocier ces deux devoirs parce que le premier relève des obligations pécuniaires entre époux (v. *infra*, n°s 173 et s.) et que le second seul intéresse le comportement personnel.

Il consiste à apporter au conjoint l'appui de son affection et de son dévouement dans les difficultés de la vie : ainsi aider son conjoint malade ou infirme en lui prodiguant les soins nécessaires, lui apporter une aide professionnelle ou dans ses

■ 61. Sur l'emploi de l'astreinte pour les obligations entre époux, v. note : *D.* 1975.724. Le procédé avait été utilisé au XIX^e siècle, sans doute en choquant déjà : Toulouse, 29 juin 1864, *D.* 1864.2.174.

■ 62. Grenoble, 16 mars 1970, *Gaz. Pal.* 1970.2.6 – Paris, 5 mars 1955, *D.* 1955.444 – Cass. 2^e civ., 2 avril 1979, *D.* 1980. Inf. rap. 33.

■ 63. Cass. 2^e civ., 4 avril 2000, *JCP* 2000.II.10356, note GARÉ (le demandeur étant même condamné pour action abusive). – 5 juillet 2001, *Bull. civ.* II, n° 136 (qui réserve seulement le cas de scandale, de volonté spécifique de nuire au conjoint ou de détournement de celui-ci par manœuvres). – Sur la régression parallèle de l'action en responsabilité pour « *détournement de sentiment* » qu'ouvrait le droit américain contre le tiers « *complice* », v. chron. GIL, *RLDC* 2012.4571.

■ 64. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, *Bull. civ.* I, n° 99.

■ 65. V. C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, LGDJ, 1981.

affaires patrimoniales⁶⁶, etc. De manière plus générale, on peut dire qu'il consiste à respecter l'autre et à rendre la vie commune tolérable... sinon plaisante. En cela, il se confond avec le devoir de respect ajouté dans la loi en 2006 (cf. *infra*, n° 150 et s.) et qui en explicite heureusement toute la portée. La plupart des comportements injurieux que nous étudierons parmi les causes de divorce sont ainsi appréhendés en tant que manquements au devoir d'assistance.

- 154** **Sanction.** Ici encore, et surtout en raison des contours variables de l'obligation, une exécution forcée n'est guère concevable et ce n'est que par la voie d'une action en divorce, voire en dommages-intérêts, que ces fautes pourront être appréhendées.

SECTION 2

LA FONCTION COMMUNE

TEXTES

Code civil, art. 203 et 213

Art. 203. – Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Art. 213. – Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

- 155** **Codirection de la famille.** Quand le foyer ne se réduit plus aux deux époux, mais devient famille par la survenance d'enfants, apparaît un nouveau devoir à la charge de chacun des époux, qui est de collaborer à l'œuvre commune dans laquelle ils sont engagés. Les termes de l'article 213, issu de la loi du 4 juin 1970 instaurant l'égalité parentale sont limpides : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». C'est aller plus loin que l'obligation de « *nourrir, entretenir et élever leurs enfants* » de l'article 203, demeuré dans sa version d'origine.

Cette codirection venue en 1970 remplacer la notion de « *chef de famille* » (même si les administrations, celle du Trésor public en tête, ont mis plus de trente ans à intégrer ce changement) confère aux époux non point tant des prérogatives qu'une mission commune, dans l'exercice de laquelle chacun doit à la fois apporter sa contribution et respecter celle de l'autre : équilibre délicat, que croyaient irréaliste les tenants du maintien d'une direction unitaire par un chef de famille (fonction qu'ils préféreraient confier à la mère plutôt que supprimer).

■ 66. V. CARRE, *Devoir d'assistance entre époux lors d'un contrat passé avec un tiers : LPA*, 24 juillet 1996, p. 23. – La Cour de cassation a justement précisé que des tiers ne sauraient invoquer ce devoir d'assistance ou en profiter indirectement : notamment le responsable d'un dommage rendant l'un des époux invalide ne peut diminuer l'indemnité d'assistance d'une tierce personne en faisant valoir que ce rôle incombe au conjoint de sa victime du fait de la loi : Cass. crim., 21 février 1991, *Bull. crim.* n° 88 – Cass. 2° civ., 14 octobre 1992, *Bull. civ. II*, n° 239 – 3 février 1993, *Bull. civ. II*, n° 47 – 16 novembre 1994, *Bull. civ. II*, n° 232 – 4 mai 2000, *Bull. civ. II*, n° 76.

156 Triple déclinaison. Il ne suffit pas d'énoncer en principe cette codirection, il faut encore et surtout en envisager la traduction concrète (car quoi de plus concret que d'élever des enfants ?). Mais cette traduction n'est pas définie par la loi : il va de soi que le vécu quotidien de chaque famille est pour une grande part spontané et que l'on y pense rarement à se référer à la norme juridique (heureusement, pourrait-on dire), laquelle ne sert qu'à définir l'esprit général qui doit présider à ce quotidien et à prévenir ou sanctionner les comportements qui s'en éloigneraient à l'excès.

On peut dire que cet esprit de codirection se traduit concrètement par trois règles :

— **obligation de participer** : la codirection de la famille n'est pas une simple faculté laissée à la discrétion de chaque époux, mais un devoir légal ; et ce devoir est édicté non seulement dans l'intérêt premier des enfants, mais encore dans celui de l'autre conjoint : à ce titre, le désintérêt ou la passivité de l'un des parents ne trouveront pas leur sanction seulement sur le plan de l'autorité parentale, mais ils pourront aussi constituer une faute envers le conjoint laissé sans appui dans cette lourde tâche, faute pouvant justifier le divorce à son profit, voire des dommages-intérêts ;

— **obligation de dialoguer** : à l'opposé de ce qui précède, un époux ne peut prétendre imposer ses vues et diriger la vie familiale en potestat domestique ; que les décisions doivent être prises en commun implique à la fois une dose de *dialogue* et de prise en compte des points de vue mutuels pour parvenir à un accord sur les actes les plus importants sans coup de force unilatéral, et une dose de *confiance* pour respecter les actes mineurs que chacun est conduit à devoir faire seul dans les nécessités de la vie quotidienne et dont une remise en cause pointilleuse ou systématique rendrait impossible la vie commune ; là encore, la méconnaissance de ces obligations par l'un constitue une faute envers l'autre ;

— **arbitrage judiciaire** : en cas de désaccord, l'égalité des époux exclut que l'un d'entre eux ait le dernier mot, ce qui a conduit à organiser la possibilité d'un recours au juge, à la fois dans le domaine des décisions concernant l'éducation des enfants (art. 373-2-10) et dans celui de la sauvegarde matérielle des intérêts familiaux (cf. *infra*, n° 175).

CHAPITRE 3

LES EFFETS SUR LE PLAN PATRIMONIAL

157 **Système à double niveau.** Le dicton populaire sur l'insuffisance de « *l'amour et l'eau fraîche* » conduit à organiser juridiquement les intérêts matériels du foyer et de chacun des époux.

La loi prévoit un certain nombre de règles applicables dans tous les ménages : c'est le statut matrimonial de base destiné à gouverner sur le plan matériel la vie quotidienne des époux (Section 1) ; les autres règles, qui concernent à plus long terme leurs biens, dépendent du régime matrimonial auquel se sont volontairement soumis les époux (Section 2).

SECTION 1 | LE STATUT MATRIMONIAL IMPÉRATIF

158 **Définition.** Il s'agit d'un corps de règles considérées comme fondamentales et applicables à tous les ménages. Éditées dans le cadre des devoirs et droits réciproques des époux, ces règles présentent deux caractères :

- elles sont *générales* et applicables à tous les ménages quel que soit le régime matrimonial (art. 226) ;
- elles sont *d'ordre public*, c'est-à-dire que les époux ne peuvent pas les écarter par une clause de leur contrat de mariage (art. 1388).

Issu de la réforme du 13 juillet 1965, ce statut matrimonial de base reflète les *conceptions actuelles et fondamentales de l'union conjugale* (conçue comme une association entre le mari et la femme) et de la vie matrimoniale quotidienne (chaque époux, et notamment la femme, devant pouvoir faire face immédiatement aux exigences de la vie courante).

Il suffit en pratique à régir la vie courante – et partant la vie patrimoniale entière d'un grand nombre de ménages ne possédant pas de « *fortune* ».

Ce statut, qualifié parfois aussi de « régime primaire », tend à faire leur part à deux soucis essentiels, mais contradictoires : l'indépendance des époux (§ 1) et la sauvegarde des intérêts de la famille (§ 2).

§ 1. L'AUTONOMIE DE CHAQUE ÉPOUX

TEXTES

Code civil, art. 220 à 223

Art. 220. – Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.

Art. 220-1. – Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.

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

Art. 220-2. – Si l'ordonnance porte interdiction de faire des actes de disposition sur des biens dont l'aliénation est sujette à publicité, elle doit être publiée à la diligence de l'époux requérant. Cette publication cesse de produire effet à l'expiration de la période déterminée par l'ordonnance, sauf à la partie intéressée à obtenir dans l'intervalle une ordonnance modificative, qui sera publiée de la même manière.

Si l'ordonnance porte interdiction de disposer des meubles corporels, ou de les déplacer, elle est signifiée par le requérant à son conjoint, et a pour effet de rendre celui-ci gardien responsable des meubles dans les mêmes conditions qu'un saisi. Signifiée à un tiers, elle le constitue de mauvaise foi.

Art. 220-3. – Sont annulables, à la demande du conjoint requérant, tous les actes accomplis en violation de l'ordonnance, s'ils ont été passés avec un tiers de mauvaise foi, ou même s'agissant d'un bien dont l'aliénation est sujette à publicité, s'ils sont simplement postérieurs à la publication prévue par l'article précédent.

L'action en nullité est ouverte à l'époux requérant pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être

intentée, si cet acte est sujet à publicité, plus de deux ans après sa publication.

Art. 221. – Chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel.

À l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt.

Art. 222. – Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte.

Cette disposition n'est pas applicable aux meubles meublants visés à l'article 215, alinéa 3, non plus qu'aux meubles corporels dont la nature fait présumer la propriété de l'autre conjoint conformément à l'article 1404.

Art. 223. – Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage.

- 159** **Égalité dans l'indépendance.** Une fois supprimée l'incapacité de la femme mariée et la dépendance qui en résultait, il fallait encore que la vie quotidienne ne soit pas paralysée par une exigence constante de double consentement, qui n'eût fait que remplacer une dépendance unilatérale par une double dépendance mutuelle.

C'est ce que s'est efforcée de faire la loi du 13 juillet 1965 à la fois dans le domaine de la vie courante et domestique et dans celui de la vie professionnelle.

A. ACTES DE LA VIE COURANTE ET DOMESTIQUE

- 160** **Gestion ménagère.** L'article 220 du Code civil tend à associer les époux dans les actes qui intéressent la vie domestique. Cette association des époux, mise en œuvre par la technique de la solidarité passive, est l'aboutissement d'une longue évolution.

Il n'y avait pas, dans le Code civil de 1804, de dispositions relatives à la gestion ménagère : dans la mesure où la femme était juridiquement incapable, tous les actes juridiques qu'elle passait, y compris les actes ménagers, semblaient exiger une autorisation du mari.

Pour tempérer les inconvénients de cette solution, la jurisprudence avait cependant admis la *théorie du mandat tacite* : le mari était censé avoir donné à sa femme le pouvoir d'accomplir en son nom les actes ménagers ; il en résultait que la femme n'agissait pas en son nom propre, mais par représentation du mari qui pouvait lui retirer ce pouvoir. La loi du 22 septembre 1942 avait transformé ce mandat en un mandat légal, mais avait maintenu la faculté de retrait.

La jurisprudence postérieure dégageait l'idée d'un pouvoir propre de chaque époux ; elle a abouti à la loi du 13 juillet 1965 dont résulte la rédaction actuelle de l'article 220 :

« Chacun des époux a le pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement... ».

161 Solidarité des dettes ménagères. Le mécanisme de la *solidarité*, qui fait que chacun des époux est tenu sur l'ensemble de ses biens et revenus de la dette contractée seul par l'un quelconque d'entre eux, a pour objet d'assurer en fait l'autonomie de chacun en ce que son cocontractant, ainsi assuré de détenir deux débiteurs par l'effet de la loi, n'exigera pas une double signature.

La *solidarité* repose sur le mariage lui-même et non sur la vie commune entre les époux ; elle est maintenue en cas de séparation de fait¹.

Elle concerne toutes les dépenses contractées *pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants* : loyers², aliments, chauffage, éclairage, contrats d'enseignement, soins médicaux³, salaires d'assistantes au foyer⁴, charges de copropriété⁵. La jurisprudence y a inclus de façon contestable des cotisations de protection sociale pourtant totalement étrangères à la finalité du texte⁶. Quant aux emprunts, il faut qu'ils soient modestes, même s'ils sont répétés, qu'ils aient pour but de faire face au jour le jour aux besoins les plus pressants du ménage (art. 220 al. 3).

De telles dépenses engagent solidairement les époux. La règle a un grand intérêt pour le tiers qui a fait crédit au mari et surtout à la femme, car il pourra alors exiger de l'un quelconque des époux, à son choix, le montant total de la créance. Celui qui aura payé aura un recours pour obtenir de son conjoint le remboursement de sa part, à proportion de sa contribution aux charges du mariage (art. 214 – cf. *infra*, n° 173).

■ 1. Cf. Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 251 ; *JCP* 1993.II.2204, note HAUSER – 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 101 – Mais l'appréciation de l'intérêt du ménage peut être modifiée par cette séparation : Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1994, *RTD civ.* 1995.421, obs. VAREILLE (pour un abonnement téléphonique souscrit par un seul époux séparé). – Cass. 2^e civ., 24 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 173 pour le loyer d'un logement pris à titre individuel – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10.16925, *JCP* 2011.1017, note ZELCEVIC pour des cotisations sociales.

■ 2. Jusqu'au divorce : v. *infra*, n° 356.

■ 3. Cass. 2^e civ., 10 juillet 1996, *Bull. civ. II*, n° 204 – Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 235. – Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 2014 n° 13-25117 – Cass. 1^{re} civ., 11 février 2015, n° 13-27586, D. 2015.1408, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

■ 4. Soc., 8 juin 2005, *Bull. civ. V* n° 197 ; D. 2005.2509, note MOULY. – Soc. 11 mars 2009, *JCP* 2009. II 10098, note LARIBAU- TERNEYRE ; *RTD civ.* 2010.802, obs. VAREILLE.

■ 5. Cass. 3^e civ., 1^{er} décembre 1999, *JCP* 2000.I.245, n° 7, obs. WIEDERKEHR.

■ 6. Cass. soc., 5 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 142 – Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 101 – Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 284 – 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 214 – 12 mai 2004, D. 2004.2886, note justement critique LIKILIMBA. – Confirmation par Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 118 ; *Defrénois* 2009.2184, note MASSIP ; *RTD civ.* 2009.800, obs. HAUSER, au bénéfice d'une formule très extensive : l'article 220 « a vocation à s'appliquer à toute dette, même non contractuelle [...] sans distinguer entre l'entretien actuel et futur du ménage » – Et encore Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010, n° 09-11979 ; D. 2011.1045 – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-16925, *JCP* 2011.1017, note ZELCEVIC.

La solidarité est écartée dans deux cas :

— en cas de *dépenses excessives* : le caractère excessif de la dépense est apprécié d'après le train de vie du ménage⁷, l'inutilité de la dette, ou encore la mauvaise foi du tiers contractant. Ce sera au juge d'apprécier ce critère si la dépense est excessive (art. 220, al. 2). Des dépenses d'investissement ne sont généralement pas des dépenses ménagères, même s'il s'agit du logement familial⁸ ;

— en cas d'*achats à tempérament*, même de faible valeur⁹ ou d'*emprunts* dépassant, pris isolément ou ensemble, de petites sommes même s'ils ont pour objet de couvrir l'un des besoins de la vie courante : l'endettement est un procédé dangereux et imprudent, qui exige l'accord préalable des deux époux¹⁰. C'est pourquoi la solidarité réapparaît si les deux époux ont fait l'achat ensemble (art. 220, al. 3).

162 Liberté d'ouvrir un compte en banque et de le faire fonctionner seul.

« L'époux déposant est réputé, à l'égard du dépositaire, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt » (art. 221).

Ce texte remplace celui de la loi du 22 septembre 1942, qui permettait à la femme de se faire ouvrir un compte en banque dans le cadre du mandat domestique, mais y apportait certaines restrictions et avait suscité des difficultés d'interprétation, de sorte qu'en pratique les banquiers étaient réticents à contracter avec une femme mariée agissant seule.

Désormais, chaque époux, et notamment la femme, peut librement :

— ouvrir un compte de dépôt ou un compte de titres en son nom personnel ;
 — y effectuer des versements de fonds et y faire encaisser des chèques établis à son nom, ainsi que retirer des fonds ; il peut également déposer des titres dans un compte en banque ou chez un agent de change et effectuer toutes les opérations relatives à ces titres¹¹.

Le banquier n'a pas à vérifier l'origine ni la destination des fonds déposés ou retirés. Il n'a pas le droit de renseigner l'autre conjoint sur l'état du compte de son client, sans quoi il violerait son secret professionnel. Et naturellement il n'a pas non plus le droit de remettre les fonds à l'autre époux¹².

La présomption légale de libre disposition des fonds a pour objet de dégager la responsabilité des intermédiaires. Sa portée est donc limitée aux rapports d'un époux avec un tiers : elle **ne joue pas dans les rapports entre époux** car ce n'est pas une présomption de propriété. En conséquence, l'autre époux peut démontrer que son conjoint était en réalité sans droit sur les fonds en cause et pourra agir en justice pour obtenir restitution des fonds lui appartenant et irrégulièrement versés

■ 7. Exemple pour des dépenses de voyage, Paris, 5 juillet 1996, *Dr. fam.* 1997, n° 50.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 351 ; *RTD civ.* 2006.811, obs. VAREILLE ; *JCP* 2006.I.193, obs. WIEDERKEHR.

■ 9. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *D.* 1996.117, note DORSMAN.

■ 10. Par exemple pour l'achat d'une voiture : Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 294.

■ 11. V. D. MARTIN, *L'indépendance bancaire des époux* : *D.* 1990, chron. 135.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 3 juillet 2001, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *RTD civ.* 2001.941, obs. VAREILLE – Com., 11 mars 2003, *D.* 2004.1479, note LAUGIER – Sa responsabilité à ce titre peut lui ouvrir un recours contre l'époux qui a reçu les fonds : Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, *Bull. civ. I*, n° 163.

par l'autre sur son compte. De même, les tiers qui prétendent saisir un compte doivent établir que les fonds déposés appartiennent à l'époux qui est leur débiteur¹³.

163 Pouvoirs sur les meubles détenus individuellement. L'article 222 prolonge le mécanisme précédent pour l'appliquer aux objets mobiliers :

« Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé à l'égard des tiers de bonne foi avoir le pouvoir de faire seul cet acte ».

C'est là encore une *présomption de pouvoir* qui tend à assurer la sécurité des tiers contractant avec un époux, donc à réduire leur méfiance à l'égard d'une personne mariée agissant seule.

La *condition* de cette présomption est que les meubles soient *détenus individuellement* par l'époux qui traite avec un tiers. Cela signifie que le meuble doit être de ceux sur lesquels il est possible d'exercer une emprise matérielle : meubles corporels ou valeurs au porteur. Cette règle permet à l'un des époux d'effectuer des actes concernant les biens qu'il détient individuellement, sans que les tiers aient à vérifier s'il en est propriétaire ou si le régime matrimonial lui permet de disposer de ces biens.

Par *exception*, la présomption de pouvoir n'est applicable ni aux « *meubles meublants* » qui garnissent le logement familial (art. 215), ni aux meubles corporels dont la nature peut faire présumer la propriété de l'autre conjoint (exemple : vêtements et linge, instruments de travail...), ni lorsque le tiers sait fort bien que le meuble appartient à l'autre époux ou aux deux ensemble.

B. ACTES DE LA VIE PROFESSIONNELLE

164 Liberté de choix de la profession. Au nom du principe de la liberté individuelle, l'article 223 énonce que chacun des époux peut exercer une profession sans le consentement de l'autre.

Il n'en a pas toujours été ainsi pour la femme : sous l'empire du Code civil, elle était soumise à une autorisation du mari ; la loi du 22 septembre 1942 avait supprimé cette exigence, mais permettait au mari de former une opposition (si elle était abusive, le juge pouvait autoriser la femme à passer outre).

165 Régime des salaires et des gains. Chacun perçoit lui-même ses rémunérations et « *peut en disposer librement après s'être acquitté des charges du mariage* » (art. 223).

Ici encore, il ne s'agit pas d'une règle de propriété : en effet, si les époux sont mariés sous un régime de communauté, leurs revenus professionnels ont vocation à tomber dans cette communauté. Mais l'article 223 édicte une règle de pouvoirs : les actes passés par un époux au moyen de ses revenus seront inattaquables, sans quoi les tiers exigeraient le consentement de l'autre de peur qu'il conteste ces actes par la suite, et c'en serait fait de l'autonomie de chacun.

■ 13. En cas de compte joint, il leur faut identifier ces fonds (Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2009, *Bull. civ. I*, n° 102), ce qui aboutira souvent à une impossibilité de saisir (Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 13).

Peu importe la nature de ces actes : il peut notamment s'agir de dons, sans droit de regard de l'autre époux¹⁴.

166 Les biens acquis avec les gains. Le sort des biens acquis avec les gains et salaires dépend du régime matrimonial adopté. S'il s'agit d'un *régime séparatiste*, les gains constituent des *biens personnels*. Si, en revanche, il s'agit d'un *régime communautaire*, notamment le régime de la communauté réduite aux acquêts, les biens acquis pendant le mariage constituent des *biens communs*, même s'ils ont été financés par les gains et salaires d'un seul époux. Il ne sera alors plus possible à l'époux qui a acquis ces biens d'en disposer seul¹⁵.

§ 2. LA SAUVEGARDE DES INTÉRÊTS FAMILIAUX

TEXTES

Code civil, art. 214, 215 et 220-1 à 220-3 et 1751

Art. 214. – Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile.

Art. 215. – Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie.

La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord.

Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous.

Art. 220-1. – Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.

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

■ 14. Pour un don à une maîtresse : Cass. 1^{re} civ., 29 février 1984, *D.* 1984.601, note D. MARTIN ; *JCP* 1985.II.20443, note LE GUIDEC. – 25 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 35 ; *JCP* 2005.I.163, n° 11, obs. SIMLER.

■ 15. Par ex. pour des titres acquis au moyen des salaires : Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 1980, *JCP* 1982.II.19757, note LE GUIDEC.

Art. 220-2. – Si l’ordonnance porte interdiction de faire des actes de disposition sur des biens dont l’aliénation est sujette à publicité, elle doit être publiée à la diligence de l’époux requérant. Cette publication cesse de produire effet à l’expiration de la période déterminée par l’ordonnance, sauf à la partie intéressée à obtenir dans l’intervalle une ordonnance modificative, qui sera publiée de la même manière.

Si l’ordonnance porte interdiction de disposer des meubles corporels, ou de les déplacer, elle est signifiée par le requérant à son conjoint, et a pour effet de rendre celui-ci gardien responsable des meubles dans les mêmes conditions qu’un saisi. Signifiée à un tiers, elle le constitue de mauvaise foi.

Art. 220-3. – Sont annulables, à la demande du conjoint requérant, tous les actes accomplis en violation de l’ordonnance, s’ils ont été passés avec un tiers de mauvaise foi, ou même s’agissant d’un bien dont l’aliénation est sujette à publicité, s’ils sont simplement postérieurs à la publication prévue par l’article précédent.

L’action en nullité est ouverte à l’époux requérant pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l’acte, sans pouvoir jamais être intentée, si cet acte est sujet à publicité, plus de deux ans après sa publication.

[...]

Art. 1751. – Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l’habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l’un et à l’autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

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

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

A. LA PROTECTION DU LOGEMENT FAMILIAL

167 Interdiction de la disposition par un seul. En disposant que : « Les époux ne peuvent l’un sans l’autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni », l’article 215 exige le **concours** des époux pour tout acte d’abandon de droits sur le logement familial et les meubles de la garnissant, quel que soit le statut juridique de ce logement, ce qui conduit parfois à déroger aux règles de droit commun à raison de l’affectation du bien (notamment lorsque le logement appartient en propre à un seul époux, celui-ci voit ainsi amputer ses droits de propriétaire). La rigueur de cette interdiction, notamment envers les tiers, impose d’en délimiter avec précision le champ d’application.

168 Logement concerné. « logement de la famille » visé par le texte ne s'entend que de son logement principal : la résidence secondaire n'est pas concernée¹⁶.

En période de crise et en cas de résidence séparée des époux (spontanément ou sur décision judiciaire dans le cas d'une instance en divorce), y a-t-il encore un « logement de la famille » ?

C'est évident lorsqu'il y a des enfants, mais même en présence des seuls époux, c'est précisément la période où il faut éviter les coups de force de part ou d'autre. Aussi la règle est-elle que l'article 215 s'applique même en cas de séparation, de fait ou légale, à l'ancienne résidence conjugale¹⁷.

169 Titre d'occupation. Dès lors qu'il sert à la résidence familiale, le logement est soumis à l'article 215 quelle que soit la nature juridique du titre qui en est le support :

— droit de propriété, des deux époux ou d'un seul (c'est en ce cas que l'exigence d'un accord déroge au droit commun) ;

— droits locatifs : donc sont nécessairement réputés co-titulaires les deux époux même si le bail a été conclu par un seul, éventuellement avant le mariage¹⁸ ;

— et même droit de jouissance gratuite résultant d'un prêt¹⁹ ou de toute autre mise à disposition²⁰.

170 Actes soumis au double consentement. Le but du texte n'est pas de placer le logement familial hors du commerce juridique : par conséquent, il ne paralyse pas les actions des tiers, même si elles peuvent conduire à l'éviction de ce logement qui reste saisissable²¹ de même qu'il peut faire l'objet de mesures conservatoires²² ou d'une injonction de vente dans le cadre du règlement d'un plan de surendettement²³.

Ce sont en réalité les actes *émanant d'un époux* et conduisant à la perte du droit au logement qui sont visés : s'il s'agit d'un logement en propriété, la vente, la donation ou toute autre aliénation, voire la constitution d'une hypothèque²⁴ ou la mise en location²⁵ ; s'il s'agit d'un logement locatif, tout congé ou renonciation.

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *Bull. civ. I*, n° 284 ; *Defrénois* 2000.437, obs. CHAMPENOIS.

■ 17. V. Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *RTD civ.* 2000.418, obs. VAREILLE – Notamment pendant une procédure de divorce : Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 2011, n° 09-13138, *Bull. civ. I*, n° 17, *JCP* 2011.doct.839, n° 2 ; *D.* 2012.979, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

■ 18. Art. 1751 du C. civ. : cf. *Contrats spéciaux*, n° 569 et 576.

■ 19. Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 21 ; *D.* 2004.2178, note BICHERON ; *Defrénois* 2005.710, obs. CHAMPENOIS.

■ 20. Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 62 – Voir toutefois la restriction contestable de Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2018, n° 17-16482 : pas de protection pour le logement appartenant à une SCI dont un époux est associé faute de preuve d'un bail ou d'une convention de mise à disposition.

■ 21. Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 163 – Cass. 3^e civ., 12 octobre 1977, *D.* 1978.333, note CHARTIER – Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 163.

■ 22. Comme l'inscription d'une hypothèque judiciaire : Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 1985, *Bull. civ. I*, n° 7.

■ 23. Cass. 1^{re} civ., 24 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 85.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 357 – V. toutefois Cass. 3^e civ., 29 mai 2002, *D.* 2003.1024, note AZAVANT ; *Defrénois* 2002.1317, obs. CHAMPENOIS admettant (de façon contestable) une promesse d'hypothèque.

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 144.

La jurisprudence n'est cependant pas d'une cohérence absolue dans la délimitation des frontières d'application du texte. Elle se montre tantôt extensive tantôt restrictive : par exemple, elle y inclut un simple mandat de vente²⁶ mais non une promesse d'hypothèque²⁷ qui sont tous deux des actes préparatoires à une aliénation ; elle y inclut l'assurance garantissant le logement dont la résiliation fait courir un risque de perte²⁸ mais non le cautionnement susceptible de conduire à sa saisie²⁹ ; et aussi la vente avec réserve d'usufruit pour le seul époux vendeur, qui laissera sa veuve sans droit³⁰, mais non le legs qui produira le même effet³¹.

171 Modalités du consentement. L'accord du conjoint doit porter non seulement sur le principe, mais aussi sur les conditions financières de l'acte de disposition³²

Mais il n'est pas soumis à un formalisme particulier, et en particulier à un écrit : il suffit qu'il soit certain³³.

En cas de refus abusif de l'un des époux de consentir à l'acte, l'autre peut demander l'autorisation au juge, qui vérifiera la conformité aux intérêts de la famille (art. 217 ; v. *infra*, n° 176).

172 Sanction. Si l'acte a été passé par un conjoint seul, l'autre peut en demander la nullité pourvu qu'il y ait un intérêt légitime, ce qui n'est pas le cas s'il ne résidait déjà plus dans ce logement³⁴ ; l'action lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte³⁵ sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après la fin du régime matrimonial³⁶. Pour ne pas le pénaliser indirectement par des dommages-intérêts supportés par le ménage, la jurisprudence décide que l'époux qui a contracté seul cesse d'être lui-même engagé, même s'il s'est « porté fort » pour son conjoint³⁷ ou s'il s'est obligé à une pénalité³⁸.

B. CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE ET DEVOIR DE SECOURS

173 Deux mécanismes devenus identiques. Deux textes concernent l'assistance matérielle que se doivent mutuellement les époux sur le plan financier pour assurer

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1983, *Bull. civ. I*, n° 120 – 28 novembre 2006, *RTD civ.* 2007.375, obs. VAREILLE.

■ 27. Cass. 3^e civ., 29 mai 2002, précité.

■ 28. Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, *Bull. civ. II*, n° 100 ; *D.* 2004.2257, note BREMOND ; *Deffrénois* 2004.1462, obs. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2004.270, obs. HAUSER et 538, obs. VAREILLE – Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 482 ; *D.* 2007.349, note RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2007.376, obs. VAREILLE.

■ 29. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 337 – 18 juin 1985, *D.* 1986.485, note MOULY.

■ 30. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 185 ; *RTD civ.* 1993.636, obs. LUCET et VAREILLE.

■ 31. Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 1974, *JCP* 1975.II.18041, note CHARTIER.

■ 32. Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1985, *Bull. civ. I*, n° 223.

■ 33. Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1983, *Bull. civ. I*, n° 120 – 7 avril 1998, n° 96-16138 ; *Dr. fam.* 1998 n° 113.

■ 34. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-13500, *Bull. civ. I*, n° 53.

■ 35. V. Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 121 ; *JCP* 2006.I.193, obs. WIEDERKEHR.

■ 36. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-15631, *Bull. civ. I*, n° 12.

■ 37. Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, *JCP* 1990.II.21549, note HENRY ; *D.* 1990.310, note LE GUIDEDEC.

■ 38. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-18947, *Bull. civ. I*, n° 54 ; *RTD civ.* 2010.367, obs. HAUSER.

leur vie quotidienne : l'article 212 qui désigne cette assistance sous le terme de « *devoir de secours* », et l'article 214 qui emploie l'expression de « *contribution aux charges du mariage* », ces deux textes étant d'ailleurs d'époques différentes puisque si l'article 212 figurait dans le Code de 1804, la contribution aux charges du mariage n'a été introduite à l'article 214 que par une loi du 13 juillet 1907, le texte ayant été ensuite modifié à plusieurs reprises (18 février 1938, 4 juin 1970, 11 juillet 1975).

On a toujours proposé (surtout en doctrine) une distinction traditionnelle fixant sur trois points les différences entre les deux obligations, mais la dissemblance s'est estompée progressivement sur chacun d'eux :

— **Quant au débiteur de l'obligation**, on a toujours admis que le devoir de secours est purement réciproque, comme toute obligation alimentaire, tandis que la contribution aux charges du mariage a été longtemps mise à titre exclusif, puis principal, à la charge du mari (ce n'est qu'en 1938 qu'elle a été étendue à la femme, mais à titre subsidiaire) ; le pied d'égalité totale sur lequel la loi de 1975 a mis les époux a fait disparaître toute distinction à cet égard.

— **Quant au montant de l'aide** due en vertu de ces deux obligations, on a longtemps admis que le devoir de secours se limiterait au strict nécessaire, comme toute obligation alimentaire, tandis que la contribution aux charges du mariage aurait un objet plus vaste, comprenant au-delà les dépenses d'agrément et une sorte d'égalisation des niveaux de vie : en clair si un conjoint dispose personnellement de ressources modestes mais décentes, tandis que l'autre jouit d'une situation luxueuse, le devoir de secours serait exclu faute d'état de besoin véritable chez le premier, tandis que la contribution aux charges du mariage lui permet d'accéder au luxe de l'autre³⁹ ; mais la Cour de cassation a supprimé cette différence en décidant que le devoir de secours tendait lui aussi à égaliser les niveaux de vie des époux, de sorte qu'on ne peut l'exclure sur le seul constat que le demandeur dispose de ressources, mais qu'il faut comparer ces ressources avec celles de l'autre époux⁴⁰. Il faut donc admettre qu'aujourd'hui l'entraide matérielle est de même contenu dans le devoir de secours ou la contribution aux charges, et que ce deuxième élément de différence a lui aussi disparu.

— **Quant à la situation conjugale** des époux, on a longtemps enseigné que la contribution aux charges du mariage accompagnerait la situation normale de cohabitation, tandis que le devoir de secours apparaîtrait dans les situations de crise où les époux vivent séparés ; mais la jurisprudence a aussi ruiné cette distinction en admettant des demandes en contribution aux charges du mariage de la part d'épouses séparées de fait, énonçant en principe que la cohabitation n'était pas une condition nécessaire à cette contribution⁴¹ ; et la loi du 11 juillet 1975 a confirmé cette jurisprudence en parlant de contribution aux charges du mariage dans l'article 258,

■ 39. Sur cette distinction, v. LARROUMET, *D.* 1971.162.

■ 40. Cass. 2^e civ., 7 mai 1980, *Bull. civ. II*, n° 97 – Cass. 2^e civ., 11 juillet 1979, *Bull. civ. II*, n° 209 – Cass. 2^e civ., 16 janvier 1980, *JCP* 1981.II.19487 ; *D.* 1980, *inf. rap.* 438 – 16 janvier 1991, *Bull. civ. II*, n° 19 – 21 mai 1997, *Bull. civ. II*, n° 152.

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 1978, *Bull. civ. I*, n° 393 p. 306 – Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 1977, *Bull. civ. I*, n° 383 p. 302 – Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 6 p. 4.

qui permet au juge rejetant une demande en divorce d'organiser la vie séparée des époux.

Force est donc aujourd'hui de constater que le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage ne se distinguent plus. Certains avaient déjà depuis longtemps souligné leur unité et proposé de parler d'un devoir unique d'« entraide conjugale »⁴².

Sans doute continuera-t-on longtemps à employer les deux expressions, puisqu'elles figurent toutes deux dans la loi. Mais la seule nuance qu'on puisse y voir, purement terminologique, est qu'on parle plus volontiers de contribution aux charges du mariage quand les époux cohabitent ou ne sont séparés qu'en fait, et de devoir de secours lorsque leur séparation résulte d'une décision de justice (ordonnance de résidence séparée durant l'instance en divorce, jugement de séparation de corps).

174 **Objet.** Qu'on la dénomme d'une façon ou d'une autre, cette obligation se distingue d'une simple obligation alimentaire car elle *dépasse la satisfaction des stricts besoins* alimentaires et n'est pas subordonnée à un état de besoin du conjoint. Elle tend à assurer les charges de l'entretien du ménage et de l'éducation des enfants dans lesquelles la jurisprudence englobe *toutes les dépenses du train de vie*, y compris les dépenses de pur agrément (frais de vacances, de voyage, ou encore dépenses relatives à l'installation de l'habitation familiale)⁴³.

En sont cependant exclues les **dettes fiscales**, regardées dans les rapports entre époux⁴⁴ comme étant la charge des revenus de chacun⁴⁵ ce qui est hautement irréaliste et contestable en cas d'imposition commune tant chacun sait que ce poste est inclus dans la répartition que les époux font de leurs types de dépenses.

La contribution de chaque époux peut être fixée par le contrat de mariage. C'est souvent le cas dans les contrats de type séparatiste : les clauses qui fixent les parts de chaque époux sont normalement valables, quelle que soit la proportion qu'elles adoptent. Mais le forfait n'est pas définitif (un époux doit supporter tous les frais s'il ne reste rien à l'autre). La contribution peut aussi être fixée par un accord

■ 42. V. RAYNAUD, S. 1945.2 p. 57 – BOULBES, *Des aspects successifs du devoir d'entretien entre époux*, JCP 1958.1.1434 – V. plus récemment C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, LGDJ, 1981, p. 53 et s. – NEFUSSY-VENTA, « Plaidoyer pour la reconnaissance d'un devoir unique d'entraide conjugale », LPA, 29 décembre 2009, p. 3 et s.

■ 43. Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 341. – Naturellement, le loyer en fait partie : Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 251.

■ 44. Envers le fisc, les époux sont solidairement tenus, mais l'administration peut accorder une décharge de solidarité, dont le contentieux relève de la juridiction administrative (Com., 9 novembre 2010, n° 09-69316, *Bull. civ. IV*, n° 170). V. LEFEUVRE, *Le couple et l'impôt sur le revenu*, Mél. Le Guidec, Lexis Nexis, 2014, p. 165 – Sur les limites nécessaires de cette solidarité en cas de divorce ou de séparation, v. Cons. Constit. 4 décembre 2015, 2015-503 Q.PC.

■ 45. Cass. 1^{re} civ., 22 février 1978, *D.* 1978.602, note crit. D. MARTIN. – V. SAVATIER, *D.* 1979 chr. 147 – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 99 ; *D.* 2002.2440, obs. BREMOND – 25 juin 2002, *D.* 2002.2716 – Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 454 précise que la contribution respective ne se fait pas au prorata des revenus de chacun, mais « au prorata de l'impôt dont ils auraient été redevables s'ils avaient fait l'objet d'une imposition séparée ». – V. aussi Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-24214 – En régime de communauté, leur charge définitive incombe toutefois à la communauté (Cass. 1^{re} civ., 17 septembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 176) sauf pour les pénalités dues à une fraude (Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 20).

extérieur au contrat de mariage : si cet accord peut être révisé par le juge, en raison du caractère essentiellement variable de toute dette alimentaire, il reste efficace jusqu'à cette révision⁴⁶.

Si les époux n'ont pas réglé leur part dans les conventions matrimoniales, leur participation aux charges du mariage sera calculée en proportion de leurs *facultés respectives* : les juges du fond se fonderont sur ce seul critère pour la fixer.

S'il y a communauté de vie, l'obligation s'exécute en nature par la répartition des dépenses. Elle peut prendre des formes diverses, et tout particulièrement le remboursement par l'un des emprunts contractés pour payer un logement familial indivis ou propre à l'autre⁴⁷ ou l'investissement dans une résidence secondaire⁴⁸. On a pu dire avec exactitude que la contribution aux charges de mariage est devenue un mécanisme régulateur du régime matrimonial⁴⁹. Quand il n'y a plus de vie commune, à la suite d'une séparation de fait, elle prend une forme monétaire, directe ou indirecte⁵⁰.

C. | GESTION PATRIMONIALE DES CRISES

175 Intervention judiciaire. Quel que soit le régime matrimonial des époux, des périodes de crise peuvent en paralyser les mécanismes dans des conditions susceptibles de compromettre l'intérêt des époux et de la famille. La loi a organisé pour ces hypothèses des possibilités de recourir au juge, généralement en urgence, pour sauvegarder cet intérêt. Ces voies d'intervention judiciaire diffèrent selon que la crise est due à l'inertie d'un époux (involontaire ou volontaire) ou à la menée d'activités nuisibles à l'intérêt familial.

176 Inertie d'un époux. Le conjoint peut demander au tribunal de grande instance soit une *autorisation*, soit une *habilitation*.

— **Si l'inertie est due à un empêchement, l'époux étant hors d'état de manifester sa volonté** (exemple : époux atteint d'altération des facultés mentales ou ayant abandonné la résidence de la famille), l'autre pourra se faire autoriser par justice à le représenter pour certains actes ou à agir sans son concours.

L'habilitation, par laquelle le juge investit un époux du pouvoir de représenter l'autre, peut porter sur un acte isolé ou sur une série d'actes et aussi bien sur les *actes de disposition* que sur ceux d'*administration*, que l'autre époux aurait dû faire seul (C. civ., art. 219).

■ 46. Cass. 1^{re} civ., 3 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987.384.

■ 47. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 11-26748, *Bull. civ. I*, n° 126 – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26933, *Bull. civ. I*, n° 94 ; *RJPF* 2013-7, 8/19, note VAUVILLÉ ; *RTD Civ.* 2013.582, obs. HAUSER. – Cass. 1^{re} civ., 25 septembre 2013, n° 12-21892, *Bull. civ. I*, n° 189 ; *RTD Civ.* 2013. 821 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 2015, n° 14-14349, *D.* 2015.1408, obs. LEMOULAND et VIGNEAU, – Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 2016, n° 14-29746.

■ 48. Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 2013, n° 12-17420, *D.* 2014. 1905, note REVEL ; *RTD Civ.* 2014.698, obs. VAREILLE.

■ 49. TISSERAND-MARTIN, Mél. CHAMPENOIS, éd. Defrenois 2012. p. 803 et s.

■ 50. Comme la contribution du mari au loyer du logement de la femme et des enfants : Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 394 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2017, n° 16-11599.

L'autorisation intervient lorsque l'acte nécessite normalement le concours des deux époux. Il peut porter sur un acte de disposition ou d'administration ; l'acte passé avec autorisation du tribunal de grande instance est opposable au conjoint ; toutefois, il ne pourra en résulter à sa charge aucune obligation personnelle (C. civ., art. 217).

— **Si l'inertie résulte d'un refus injustifié**, au regard de *l'intérêt de la famille*, le conjoint ne peut être habilité à représenter l'autre pour un acte relevant de lui seul ; il peut seulement demander l'autorisation de passer seul l'acte qui nécessite normalement le concours des deux époux (C. civ., art. 217). L'autorisation peut être accordée dans les mêmes conditions que dans le cas précédent et produit les mêmes effets.

177 **Activité nuisible d'un époux.** La loi peut alors empêcher l'époux d'accomplir des actes qu'il pourrait en principe faire seul. Ainsi l'article 220-1 du Code civil dispose : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le président du tribunal de grande instance peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ses intérêts ».

Cela suppose deux **conditions** :

— que l'un des époux ait **manqué gravement** à un devoir né du mariage dans des conditions mettant en péril les intérêts pécuniaires de la famille ;

— qu'il y ait **urgence** à protéger les intérêts familiaux.

Si ces conditions sont remplies, le juge (le juge aux affaires familiales) peut ordonner *toutes les mesures qui s'imposent* : ainsi il peut interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Si l'époux ne tient pas compte de l'interdiction, l'acte qu'il a passé pourra être annulé à la demande de l'autre conjoint, notamment s'il a été passé avec un tiers de mauvaise foi ; l'action en nullité est ouverte pendant deux années à partir du jour où l'époux requérant a eu connaissance de l'acte.

Le juge peut aussi interdire à l'époux de déplacer des meubles, même qui lui sont propres, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints. Les biens concernés sont donc indisponibles et l'époux est constitué gardien responsable de ses meubles dans les mêmes conditions qu'un saisi à partir du moment où l'ordonnance lui a été signifiée par son conjoint requérant. S'il passait outre, il pourrait être *poursuivi pénalement* pour détournement d'objets saisis.

La loi laisse donc au juge une grande liberté dans le choix des mesures, qui peuvent aller jusqu'à la nomination d'un administrateur provisoire pour la communauté⁵¹ ; elle exige seulement que ces mesures soient *provisoires* : leur durée ne peut, en aucun cas, excéder trois années, prolongation éventuelle comprise. L'ordonnance rendue par le juge a un caractère provisoire et ses dispositions peuvent, à tout moment, être rapportées ou modifiées.

■ 51. Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 374 – Bordeaux, 9 décembre 2010, *Dr. fam.* 2011.92, note LARRIBAU-TERNEYRE ; D. 2012.971.

SECTION 2 | **LE RÉGIME MATRIMONIAL⁵²**

178

Contrat de mariage. Au-delà du statut matrimonial de base applicable à tous les ménages, les rapports pécuniaires des époux sont réglés par le régime matrimonial qu'ils ont choisi par *contrat de mariage*.

Le contrat de mariage présente plusieurs caractères :

— c'est un *acte solennel*, qui suppose l'intervention d'un *notaire* qui, en tant que professionnel, doit donner un conseil adapté à la situation concrète des futurs époux⁵³ ;

— il est passé *avant le mariage* mais n'aura d'effet que si le mariage suit : les effets ne se produisent qu'à partir du jour du mariage et non du jour de la signature du contrat ; si le mariage n'a pas lieu, le contrat est sans effet ;

— il est *opposable aux tiers* ; c'est pourquoi il fait l'objet d'une publicité : mention en est faite en marge de l'acte de naissance. La publicité est parfois moins rudimentaire ; ainsi le régime matrimonial d'un commerçant est publié au registre du commerce et, depuis la loi du 1^{er} août 2003, il faut justifier, s'il s'agit d'un régime de communauté, que le conjoint a été informé des risques que l'activité commerciale fait peser sur les biens communs (C. commerce, art. L. 526-4) ;

— il est en principe *immuable* ; cependant, la possibilité de *changer de régime matrimonial* ouverte en 1965 et assouplie depuis à plusieurs reprises existe si certaines conditions sont réunies (le régime doit avoir fonctionné pendant deux ans ; le changement doit être motivé par l'intérêt de la famille ; il doit faire l'objet d'une publication destinée à informer les créanciers et, en cas d'opposition de leur part, ainsi qu'en présence d'enfants mineurs, faire l'objet d'une homologation de justice) (art. 1397)⁵⁴.

Si les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, celui-ci étant facultatif, ils sont soumis par l'effet de la loi au régime de la *communauté réduite aux acquêts*, dénommé *régime légal* (pour les époux mariés avant le 1^{er} février 1966, le régime légal est la communauté de tous les meubles et les acquêts)⁵⁵.

Il existe donc, dans notre droit, plusieurs types de régimes matrimoniaux : certains sont de type séparatiste (§ 1) ; d'autres sont de type communautaire (§ 2).

§ 1. | LES RÉGIMES DE TYPE SÉPARATISTE

179

Deux régimes. La volonté de distinguer le patrimoine des époux est plus ou moins accentuée ; elle atteint une intensité maximale dans le

■ 52. Seuls les traits fondamentaux seront ici exposés, la matière faisant l'objet de nombreux ouvrages spécifiques.

■ 53. Cass. 1^{re} civ., 3 octobre 2018, n° 16.19619.

■ 54. Mais l'absence d'homologation ne pourra pas être invoquée par les époux eux-mêmes : Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-10027 ; *Bull. civ. I*, n° 115.

■ 55. V. SIMLER, *Pour un autre régime matrimonial légal in Mél. Terré*, 1999, 455 (qui propose une communauté à gestion séparée).

régime de la séparation de biens ; elle est moins marquée dans le régime de la participation aux acquêts.

A. LA SÉPARATION DE BIENS

180 Notion et fonctionnement. C'est théoriquement le régime le plus simple. Il connaît, à l'heure actuelle, une certaine vogue car il assure l'indépendance totale de chacun sur ses biens.

— Chaque époux reste propriétaire des biens qu'il apporte et de ceux qu'il acquiert⁵⁶.

— Chacun gère son patrimoine de façon autonome.

— À la dissolution, les biens de chaque époux lui demeurent, à lui ou ses héritiers personnels.

En bref, tout se passe, du point de vue patrimonial, comme s'il n'y avait pas de mariage.

Simple dans son fonctionnement, ce régime pose cependant des *problèmes de preuve* pour les meubles corporels ; des clauses insérées dans les contrats de mariage tendent à éviter ces difficultés en établissant des présomptions de propriété à l'égard de l'un ou de l'autre des époux. Ces présomptions conventionnelles sont des présomptions simples et susceptibles de preuve contraire. Il soulève aussi d'importants *problèmes d'équité* lorsqu'un des époux s'est enrichi par son activité professionnelle tandis que l'autre s'est consacré au foyer, auxquels les tribunaux tentent parfois de remédier par diverses techniques : jeu de l'enrichissement sans cause, évaluation de la prestation compensatoire en cas de divorce, notion de « *donation rémunératoire* » lorsqu'un achat aux deux noms a été financé par un seul (cf. *infra*, n° 360).

181 Jeu du statut matrimonial de base. La séparation de biens ne permet pas aux époux d'éviter *les règles du régime primaire* relatives notamment à la contribution aux charges du mariage et au devoir de secours (*supra*, n° 159 et s.) : ils doivent affecter une partie de leurs ressources personnelles aux charges du mariage dans la proportion fixée par le contrat ou, à défaut, selon leurs facultés respectives (si l'un d'eux est sans ressources, l'autre devra supporter seul toute la dépense). De même, les règles de la gestion ménagère sont applicables : les tiers contractant avec l'un ou l'autre des époux peuvent alors invoquer la solidarité ménagère et poursuivre l'exécution de la dette sur les biens personnels du conjoint. Et d'autres règles, comme la protection du logement familial, peuvent perturber le fonctionnement normal de la séparation de biens (*supra*, n° 167 et s.).

■ 56. C'est le titre d'acquisition qui détermine la propriété, non le financement réel (cf. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 2008, *Bull. civ. I*, n° 89. – 19 mars 2014, n° 13-14989 – Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 2018, n° 16-25190). Sur les recours indemnitaires, v. CHAMPENOIS, *Mél. Le Guidec*, Lexis Nexis 2014, p. 45.

B. LE RÉGIME DE PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

182 Mécanisme. C'est un régime introduit en France par la loi du 13 juillet 1965, et inspiré du droit allemand. Il n'a pas rencontré, depuis sa création, le succès qu'escomptait le législateur et reste assez rarement adopté.

En instituant la participation aux acquêts, notre droit a voulu permettre aux époux, tout en conservant leur indépendance sur leur patrimoine personnel, d'éviter les inconvénients de la séparation de biens à sa dissolution : ainsi, en cas de décès d'un des époux, le conjoint marié en séparation de biens est souvent écarté de la succession dévolue aux héritiers ou légataires du prédécédé et pourra ne rien conserver de l'enrichissement du ménage pendant le mariage ; ce sera le plus souvent le cas de la femme, le mari ayant eu seul une activité professionnelle. Le régime de participation aux acquêts permet à l'époux qui s'est le moins enrichi de bénéficier cependant de l'enrichissement de l'autre.

Ce régime fonctionne en deux phases :

— Première phase : pendant le mariage.

Chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant le mariage, il *fonctionne donc comme si les époux étaient séparés de biens* ;

— Seconde phase : à la dissolution du régime matrimonial.

À ce moment, chacun des époux a le droit de *participer pour moitié en valeur aux acquêts nets* constatés dans le patrimoine de l'autre et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. À ce moment, on reconstitue donc une communauté réduite aux acquêts, mais seulement en valeur et non en nature : c'est donc une communauté différée et uniquement comptable.

Celui qui s'est le moins enrichi a droit à la moitié de la différence. Ce système permet à chacun de, finalement, participer aux acquêts, dans une part égale. Par exemple, le mari s'est enrichi de 10 000 et la femme de 2 000. L'enrichissement global est 12 000. Chacun a droit à la moitié, soit 6 000. Le mari devra donc verser 4 000 à la femme. Le contrat peut prévoir une répartition inégale, notamment en faveur du conjoint survivant.

Ce droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous.

§ 2. LES RÉGIMES DE TYPE COMMUNAUTAIRE

183 Notion. Ces régimes créent une communauté, qui n'a cependant ni personnalité morale ni autonomie juridique (contrairement à ce que connaissent d'autres droit, comme le droit italien qui prévoit un « fonds patrimonial » consacré aux intérêts de la famille, créé par acte notarié publié et opposable aux tiers).

Le patrimoine commun entre les époux est plus ou moins étendu selon le régime applicable.

Par le contrat de mariage, les époux peuvent décider de ce qui sera commun ; la loi se contente de donner des modèles de communauté conventionnelle que chaque futur ménage peut adopter ou adapter.

Si les époux n'ont pas passé de contrat de mariage, la loi leur applique automatiquement la communauté réduite aux acquêts, qualifiée pour cette raison de régime légal. Il faut remarquer que tous les époux, même ceux qui n'ont pas expressément réglé leurs rapports pécuniaires, sont donc soumis à un régime matrimonial.

A. LA COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS

184 Ce régime est parvenu à réaliser une totale égalité des pouvoirs entre le mari et la femme : cela apparaissait nettement dans la loi du 13 juillet 1965, et a été parachevé par la loi du 23 décembre 1985.

Trois patrimoines coexistent :

— le patrimoine *propre du mari*, composé des biens et dettes qu'il avait au jour du mariage et de ceux qu'il reçoit ensuite gratuitement (successions et libéralités) ;

— le patrimoine *propre de la femme* composé de la même manière ;

— *la communauté* composée : pour l'actif des revenus des biens propres de chacun et de son activité et des acquêts, biens achetés par les époux durant le mariage ; pour le passif, de toutes les dettes contractées par les époux pour les besoins du ménage ou pour permettre aux propres de produire des revenus destinés à la communauté ainsi que des autres dettes nées durant le mariage, à la charge de chaque époux, qui doit cependant récompense de ce chef ; toutefois les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de l'autre (art. 1414).

La *gestion de ces patrimoines* se répartit de la façon suivante : les *patrimoines propres* sont gérés par leur titulaire sauf clause contraire (ainsi un époux peut confier à l'autre l'administration de ses propres) ou acceptation tacite (il y a alors mandat tacite qui porte sur les actes d'administration et de jouissance, mais non sur les actes de disposition).

La *communauté est administrée* par les deux époux à égalité depuis la loi du 23 décembre 1985, qui distingue deux catégories d'actes :

— la première concerne les actes les plus graves pour lesquels les époux doivent tous deux donner leur consentement. Il en est ainsi pour *aliéner ou grever de droits réels* (hypothèque, par exemple) les immeubles, fonds de commerce, exploitations dépendant de la communauté, et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité ; il en est de même pour *donner à bail* un fonds rural ou un immeuble à usage commercial (parce que ce sont des baux à long terme dont la résiliation par le bailleur est très difficile) ;

— la seconde concerne les actes d'administration et les petits actes de disposition⁵⁷ : chaque époux peut les faire seul et, sauf fraude, engage ainsi la

⁵⁷ Les « arbitrages » dans la gestion d'un portefeuille boursier sont des actes d'administration : Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993, D. 1993.613, note D. MARTIN.

communauté – sauf pour les actes nécessaires à la profession d'un époux, qu'il est seul à pouvoir conclure.

Lors de la dissolution de la communauté, des difficultés peuvent surgir pour reconstituer les trois patrimoines qui, dans la pratique, se confondent. L'opération nécessitera souvent l'intervention d'un notaire qui fera les comptes entre ces patrimoines : c'est l'objet de la *théorie des récompenses*. La communauté doit récompense toutes les fois qu'elle s'est enrichie au détriment d'un patrimoine propre, et en particulier lorsqu'un immeuble propre a été vendu pendant le mariage et que le prix a été versé dans le fonds commun ; réciproquement, elle a droit à récompense toutes les fois qu'un patrimoine propre s'est enrichi à son détriment, ainsi si elle a avancé de l'argent pour faire élever des constructions sur un immeuble propre.

Quand ce calcul est effectué, chacun des époux (ou ses héritiers) reprend ses biens propres et la communauté, après règlement des récompenses, est divisée en deux parts égales.

B. | LES COMMUNAUTÉS CONVENTIONNELLES

185 Les époux peuvent, par contrat de mariage, modifier la communauté décrite dans la communauté réduite aux acquêts.

Ils peuvent l'étendre à tous leurs biens par une communauté dite universelle : l'actif commun s'étendra alors à tous les biens, meubles ou immeubles, dont ils sont déjà propriétaires au jour du mariage, ainsi qu'à ceux qu'ils recueilleront ultérieurement par succession ou libéralités⁵⁸ et inclura corollairement toutes les dettes⁵⁹. Il y a là un moyen de détourner la succession du premier mourant au profit des héritiers du second (les enfants d'un premier lit étant toutefois protégés par l'article 1527 alinéa 2).

Ils peuvent encore régler à leur guise leurs pouvoirs respectifs : ainsi confier à l'un l'administration des propres de l'autre (clause d'unité d'administration) ou prévoir que les pouvoirs seront exercés conjointement (en « *main commune* »).

Ils peuvent, enfin, prévoir un partage inégal de l'actif commun⁶⁰, et même l'attribution de la communauté tout entière à celui d'entre eux qui survivra : cette clause, qui n'est pas traitée fiscalement ni civilement comme une donation, est un moyen très avantageux de conférer une sorte de droit successoral à l'époux survivant.

■ 58. V. THIERRY, *La communauté universelle à la lumière des récents arrêts de la Cour de cassation*, D. 1998, chron. 233.

■ 59. Par exemple, la prestation compensatoire due à un précédent conjoint : Cass. 2^e civ., 11 juin 1998, JCP 1998.II.10152, note CASEY.

■ 60. Mais une loi étrangère prévoyant une telle inégalité par principe au profit du mari est contraire à notre ordre public : Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, JCP 1998.II.10175, note VIGNAL ; D. 1998.740, note KERCHOVE ; D. 1999 somm. p. 290, obs. AUDIT (pour une ancienne loi suisse).

LE RELACHEMENT DU MARIAGE : LES SÉPARATIONS

186 Crises et situations intermédiaires. Même aux époques consacrant l'indissolubilité du mariage et rejetant le divorce (et peut-être encore plus alors, faute de « *porte de sortie* » au mariage), les situations de crise et mésententes entre époux ont toujours conduit dans un certain nombre de cas à une séparation des époux.

Le phénomène recouvre un éventail très large, autant que peuvent l'être les formes et l'intensité des dissensions entre les époux : dans le temps, il peut aller de l'éloignement passager à l'installation durable dans des vies différentes ; dans le contenu, il peut aller du désaccord total avec étanchéité des vies à des arrangements plus souples conservant certaines modalités de coopération (pour les enfants, pour la vie sociale, pour la vie professionnelle...).

Son traitement juridique est en conséquence lui aussi variable, allant du simple constat d'une séparation spontanée, dont seront tirées des conséquences ponctuelles, à une véritable organisation par décision judiciaire.

Mais dans tous les cas, la conception actuelle¹ est dominée par le **caractère provisoire** de cette situation (même si en fait ce provisoire peut perdurer des années) : si aucune autorité ne pourra imposer aux époux s'accommodant de cette situation d'en sortir, soit par une réunion soit par un divorce, en revanche aucun d'eux ne peut être maintenu contre son gré dans un « *quasi-célibat* » durable et l'initiative de l'un pourra mettre fin à cette situation intermédiaire.

187 Séparations de fait ou de droit. Il arrive que les époux ensemble, ou l'un d'eux unilatéralement, décident de s'affranchir du devoir de communauté de vie sans recourir à aucune autorité : sorte de séparations « *sauvages* » hors du droit, qui sont spontanées. Mais à ceux qui, soit éprouvent des scrupules à franchir un tel Rubicon, soit redoutent les conséquences qu'on pourrait ensuite en déduire contre eux, soit encore se soucient prudemment d'une organisation claire du quotidien matériel, la loi offre des voies procédurales fournissant un cadre judiciaire propre à officialiser et organiser, ne serait-ce que pour un temps provisoire, ce relâchement du mariage.

■ 1. Ce n'était pas le cas tant que la séparation de corps (jusqu'en 1908) ou la séparation de fait (jusqu'en 1975) ne pouvaient pas en tant que telles déboucher sur un divorce.

CHAPITRE 1

LES SÉPARATIONS SPONTANÉES

188 **Séparation de fait.** Il s'agit d'un phénomène sociologique qui se constate sans être encadré dans une institution juridique et qui prend comme tel des formes variées : parfois très temporaire, le temps d'une crise, parfois durable et installée, parfois aussi mêlée à un concubinage de l'un des époux avec un tiers¹.

Si cette situation de fait se crée en dehors de la loi (et dans une certaine mesure contre elle puisqu'elle contrevient au devoir de communauté de vie résultant du mariage : *supra*, n° 154 et s.), elle est trop fréquente et trop significative au regard de l'esprit général du mariage pour que le droit s'en désintéresse : aussi, sans y attacher un statut qui la régirait dans son ensemble, la loi l'évoque à de nombreuses reprises, soit pour en déduire certaines conséquences ponctuelles, soit même aujourd'hui pour en aménager l'issue.

189 **Définition.** Lorsque la loi évoque ainsi la séparation de fait, elle le fait rarement sous ce terme, mais sous des vocables divers, le plus souvent en parlant de la cessation de « *la communauté de vie* » (C. civ., art. 238, 311-20 ; C. santé publique, art. L. 2141-2 – cf. aussi C. civ., art. 21-2 précisant « *tant affective que matérielle* »), parfois de celle de la cohabitation et de la collaboration (C. civ., art. 262-1 et 1442). De ces termes on peut déduire que la séparation de fait se caractérise par le cumul de deux éléments :

— **un élément matériel** tenant à l'absence de cohabitation : il n'y a pas séparation de fait tant que les époux vivent ensemble, même s'ils ne partagent plus rien dans la vie quotidienne (et manquent ainsi à l'obligation de communauté de vie dans sa plénitude : *supra*, n° 144) ; la raison en est pragmatique : la résidence commune constitue à tout le moins un embryon de communauté et la preuve d'une séparation réelle entre époux continuant de cohabiter serait trop aléatoire ;

— **un élément psychologique** tenant à la volonté de cesser durablement le partage affectif et la collaboration des activités qui caractérisent la communauté de vie (*supra*, n° 144) : il n'y a séparation de fait ni lorsque les époux sont éloignés temporairement en raison des circonstances (maladie, nécessités professionnelles, voire

■ 1. Sur ses variétés sociologiques, v. CARBONNIER, n° 636.

emprisonnement, etc.), ni lorsque, tout en choisissant librement des domiciles distincts, ils mettent en commun un certain nombre d'activités (*supra*, n° 137), de telle sorte que, selon la belle expression de Carbonnier, « *malgré la division de l'habitat, la communauté de vie a pu subsister à travers le flux des sentiments* »².

SECTION I | ORIGINES DE LA SÉPARATION DE FAIT

190 **Séparation convenue.** Lorsque les époux instaurent eux-mêmes d'un commun accord une vie séparée, ils en organisent par la force des choses les modalités principales (vie des enfants, modalités financières, etc.). Cet accord prend parfois même la forme d'un écrit (ou d'un échange de lettres). Mais même s'il est simplement verbal et s'évince des faits eux-mêmes, il constitue un **pacte de séparation** (cf. *supra*, n° 139). La précision de ce pacte peut être très variable : il peut s'agir d'une organisation détaillée ou d'une simple ébauche d'organisation.

Quelles qu'en soient la forme et la précision, ces pactes de séparation amiable se caractérisent par leur valeur précaire. Tant qu'ils sont exécutés, cette exécution est valable et l'un des époux ne saurait ensuite rétroactivement contester ce qu'il a lui-même accepté³. Mais chacun peut à tout moment le remettre en cause pour l'avenir car le devoir de communauté de vie est d'ordre public. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, qu'il faut entendre la fréquente affirmation de la nullité de ces pactes, qui n'est en réalité que le constat de leur absence de force obligatoire pour l'avenir et donc de leur précarité (cf. *supra*, n° 139).

S'agissant des modalités de vie des enfants, le juge ultérieurement saisi d'un différend pourra même tenir compte de ces accords (art. 376-1), à la fois parce qu'ils sont présumés refléter l'opinion commune des parents quant à leur intérêt et parce que le maintien d'une situation installée dans les faits correspond à leur besoin de stabilité.

191 **Séparation unilatérale.** La séparation de fait résulte souvent aussi d'une décision unilatérale de l'un des époux quittant le domicile commun (on parlait autrefois d'abandon du domicile conjugal, généralement comme faute justifiant le divorce aux torts de son auteur à moins qu'il n'établisse avoir eu de bonnes raisons).

Généralement plus conflictuel, ce type de séparation engendrera souvent des réactions judiciaires : actions en contribution aux charges du mariage, en règlement de l'exercice de l'autorité parentale, voire en définitive action en divorce (désormais ouverte de part ou d'autre : cf. *infra*, n° 285 et s.).

Cependant, il n'en résultera que des décisions ponctuelles : en effet, **le juge n'a pas compétence**, en principe, pour organiser la vie séparée des époux.

■ 2. CARBONNIER, n° 585.

■ 3. Par ex. la convention réglant la contribution aux charges du mariage restera efficace jusqu'à la demande de révision judiciaire : Cass. 1^{re} civ., 3 février 1987, *Bull. civ. I*, n° 41.

Une tentative avait été pourtant menée en ce sens par les adversaires du divorce, désireux de permettre à l'époux innocent d'obtenir la séparation sans recourir à une procédure de séparation de corps et risquer de se retrouver divorcé par l'effet de la conversion. Elle consistait à permettre une dispense de cohabitation et une certaine organisation de la séparation de fait. Vivement critiquée par ceux qui sont attachés à la convertibilité d'ordre public, cette tentative, qui permettait à l'époux innocent d'imposer à l'autre un célibat forcé et de lui interdire le remariage, a tourné court depuis la réforme de 1975. Celle-ci a cependant ouvert une autre voie, indirectement (cf. *infra*, n° 217).

SECTION 2 | EFFETS DE LA SÉPARATION DE FAIT

192

Entre les époux. Le principe est que la séparation de fait ne met fin, ni même ne suspend, aucune des conséquences du mariage : les devoirs entre époux subsistent (y compris l'obligation de fidélité), tout comme persiste le fonctionnement du régime matrimonial.

Par réalisme toutefois, l'état de séparation sera pris en considération à certains égards. Ainsi, la contribution aux charges du mariage pourra être refusée à celui qui a lui-même instauré cette séparation sans justification⁴. Le conjoint cesse d'avoir vocation à assurer la tutelle ou la curatelle de l'autre (art. 449). Si la séparation paralyse en fait le fonctionnement du régime matrimonial, le juge pourra délivrer l'autorisation ou l'habilitation permettant les actes nécessaires au déblocage (art. 217, 219, 220, 1426, 1429). Et plus tard, lors de la dissolution du régime, on pourra faire rétroactivement remonter au jour de la séparation les effets de cette dissolution (art. 262-1 et 1442).

193

Envers les enfants. Quant aux enfants déjà nés, la séparation de fait emporte sur l'exercice de l'autorité parentale les mêmes conséquences qu'une séparation légale ou un divorce : les dispositions relatives à « *l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés* » ne font aucune distinction selon la nature de la séparation (art. 373-2 et suivants ; cf. *infra*, n° 654).

Quant aux enfants à naître, si la séparation de fait n'écarte pas en elle-même la présomption de paternité du mari (puisque subsiste l'obligation de fidélité), elle conduira souvent à une absence de possession d'état fragilisant cette présomption (cf. *infra*, n° 555).

En outre, la séparation fait obstacle au recours à la procréation médicalement assistée (C. civ., art. 311-20 et C. santé publique, art. L. 2141-2) et, en pratique, à une adoption conjointe par les époux (l'agrément nécessaire étant refusé et en outre le juge tenant compte de la séparation pour apprécier l'intérêt de l'adoption pour l'adopté).

⁴ 4. Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 4 – 16 février 1983, *D.* 1984.39, note REVEL – 1^{er} juillet 1980, *Bull. civ. I*, n° 206 – 16 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 264.

- 194 Effets envers les tiers.** Si les particuliers ne sont en principe pas affectés par la séparation des époux (sous réserve de leur bonne foi au regard des dettes ménagères : *supra*, n° 161), en revanche, l'État en tiendra parfois compte : l'acquisition de la nationalité par l'effet du mariage s'en trouvera suspendue (art. 272), de même que parfois le bénéfice d'une imposition fiscale commune (CGI art. 4). Il en va de même pour certaines prestations sociales.

SECTION 3 | ISSUE DE LA SÉPARATION DE FAIT

- 195 Divorce éventuel.** Si la fin de la séparation de fait par réconciliation ou décès ne soulève aucune difficulté, la question de son débouché sur un divorce a fait l'objet d'une évolution considérable.

Jusqu'en 1975, alors que seul le divorce pour faute était admis, l'éventualité d'un divorce était à la disposition du seul conjoint pouvant imputer la séparation à une faute de l'autre (le plus souvent l'époux victime d'un abandon, plus rarement celui pouvant établir que son propre départ n'était que la conséquence des fautes de l'autre). C'est dire que si ce conjoint ne demandait pas le divorce, l'époux responsable demeurait prisonnier des liens d'un mariage vidé de contenu réel.

L'une des innovations les plus controversées de la loi de 1975 a été d'ouvrir un cas de divorce fondé sur le fait même de la séparation (divorce pour rupture de la vie commune pendant au moins six ans) permettant à celui-là même qui avait initié la séparation d'en déduire, au bout de six ans, un divorce (d'où le grief de « *répudiation* » (cf. *infra*, n° 285). La réforme du divorce en 2004 a beaucoup assoupli ce cas de divorce (devenu divorce pour « *altération définitive du lien conjugal* »), désormais ouvert dès que la communauté de vie a cessé depuis deux ans (art. 237 ; cf. *infra*, n° 285).

De sorte qu'à l'heure actuelle, la séparation de fait peut déboucher sur un divorce non seulement à tout instant si les époux en conviennent ou si l'un d'entre eux établit les fautes de l'autre⁵, mais encore au bout de deux ans sur le seul fondement de cette séparation, à la demande de n'importe lequel des époux, y compris celui qui en est responsable. Et cela vaut pareillement si les époux s'étaient séparés d'un commun accord⁶, aucun engagement contraire n'étant valable⁷.

■ 5. La séparation peut être regardée comme une « *désaffection réciproque* » caractérisant un manque de respect mutuel selon Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-10154.

■ 6. On ne devrait donc plus voir des arrêts rejetant la demande des deux époux séparés depuis 20 ans au prétexte que la séparation avait été amiable (Bordeaux, 19 novembre 1996, *D.* 1997.523, note GARÉ).

■ 7. Cass. 2^e civ., 25 mars 1991, *Bull. civ.* II, n° 102.

CHAPITRE 2

LES SÉPARATIONS JUDICIAIREMENT ORGANISÉES

196 **Organisation à titre principal ou accessoire.** Les séparations spontanées étant, comme on l'a vu, purement précaires et par là source d'une certaine insécurité pour chaque époux, il arrive fréquemment que l'un d'entre eux au moins souhaite l'abri d'une décision de justice organisant la situation de manière officielle, même si ce n'est qu'à titre provisoire.

Tel est en soi l'objet de la procédure de séparation de corps, ancienne alternative au divorce, aujourd'hui simple respectueux vestige des époques de politique religieuse liée au catholicisme (Section 1). Mais tel peut être aussi le résultat de diverses décisions liées à une procédure de divorce (Section 2).

SECTION 1 **LA SÉPARATION DE CORPS**

197 **Définition et rôle.** La séparation de corps est une décision judiciaire opérant un relâchement du mariage qui autorise les époux à vivre séparément. Dans notre Ancien Droit et dans la période 1816-1884 où le divorce n'était pas admis, elle permettait la solution pratique aux mésententes entre époux : comme le lien du mariage lui-même n'est pas dissous, la doctrine du droit canon sur l'indissolubilité du mariage ne se trouvait pas atteinte. La séparation de corps est donc compatible avec la doctrine catholique et c'est pourquoi elle a été conservée dans notre droit comme étant « *le divorce des catholiques* ».

Ce n'est pas sa seule justification de nos jours. Même dans une conception purement civile, elle peut servir à ménager une phase de transition, moins brutale que le divorce imposé à un époux ne le souhaitant pas, et permettant de « *faire le point* » sans rupture totale du lien.

Elle est néanmoins devenue très rare, et plus encore depuis la réforme de 2004 qui, en réduisant le délai de sa conversion en divorce à deux ans en même temps

qu'elle a augmenté à trente mois la durée des mesures provisoires prises lors de l'introduction d'une demande en divorce (CPC art. 1113 ; cf. *infra*, n° 323), offre la même phase de transition dans le cadre d'une procédure de divorce, de sorte que les considérations religieuses en sont devenues le mobile quasi exclusif. Laisée en raison de cette désuétude à l'écart des évolutions progressives du « droit vivant »¹, l'institution paraît aujourd'hui anachronique et son régime peu cohérent²

§ 1. PRONONCÉ DE LA SÉPARATION DE CORPS

TEXTES

Code civil, art. 296 à 298

Art. 296. – La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce judiciaire.

Art. 297. – L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Toutefois, lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. L'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce.

Art. 297-1. – Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies. À défaut, il statue sur la demande en séparation de corps.

Toutefois, lorsque ces demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine simultanément et, s'il les accueille, prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés.

Art. 298. – En outre, les règles contenues à l'article 228 ainsi qu'au chapitre II ci-dessus sont applicables à la procédure de la séparation de corps.

198 Voie parallèle au divorce. Envisagée comme substitut au divorce, la séparation de corps a toujours nécessité de la même façon un jugement, fondé sur les mêmes causes et à l'issue de la même procédure que le divorce. Il est remarquable qu'elle le nécessite encore toujours même après la création du « divorce sans juge » par loi du 18 novembre 2016 qui a pris soin de préciser à l'article 296 que le renvoi aux textes sur le prononcé du divorce ne vise que le divorce « *judiciaire* », ce qui exclut la séparation de corps par consentement mutuel sans homologation.

On observe d'ailleurs qu'en pratique, la voie de la séparation de corps **par consentement mutuel** est tombée en désuétude, ayant été totalement délaissée en

■ 1. Ainsi la création du divorce sans juge en 2016 (*infra* n° 39) n'a-t-elle pas été transposée à la séparation de corps (C. civ., art. 276)

■ 2. V.S. MIRABAIL, *Repenser ou supprimer la séparation de corps*, JCP 2018.843.

raison de la disposition malheureuse de l'article 307 alinéa 2 ne permettant pas sa conversion ultérieure en divorce autrement que par un nouveau consentement mutuel, pour lequel chacun dépendra donc du bon vouloir de l'autre. Même si cette restriction a perdu de son venin en 2004 du fait de la possibilité de former une demande en divorce autonome pour altération définitive (*infra*, n° 285), la méfiance des avocats qui, redoutant d'engager leur responsabilité, s'étaient écartés de cette forme « *comme de la peste* »³, semble l'avoir définitivement vouée aux oubliettes.

199 Entrecroisements procéduraux avec le divorce. L'identité de causes et de procédure avec le divorce entraîne que le même procès peut venir à changer d'objet en cours de route. Les règles qui gouvernent ce changement ne sont pas d'une parfaite cohérence.

D'un côté, par défaveur envers le divorce, l'article 1076 du CPC n'autorise le demandeur à modifier sa demande qu'à sens unique : il peut « *déclasser* » sa demande de divorce en demande de séparation de corps, même en appel, mais non l'inverse.

Mais d'un autre côté, le régime des demandes reconventionnelles traduit à l'inverse la primauté du divorce : c'est celle-ci qui doit être examinée en priorité et, si les deux demandes sont jugées fondées, c'est un divorce qui sera prononcé (C. civ., art. 297-1)⁴.

Et la Cour de cassation permet que, sur une ordonnance de non-conciliation rendue sur requête en séparation de corps, soit délivrée une assignation en divorce⁵.

§ 2. LES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS

TEXTES

Code civil, art. 299 à 304

Art. 299. – La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation.

Art. 300. – Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur, peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire.

Art. 301. – En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Lorsque la séparation de corps est prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 757-3 et 764 à 766.

Art. 302. – La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens.

■ 3. CARBONNIER, n° 634.

■ 4. Même si la séparation était demandée pour faute et le divorce pour altération définitive du lien : Civ. 1^{er}, 28 mai 2015, n° 14-10868, D. 2016.674, et note DOUCHY-OUUDOT, *RTD Civ.* 2015.593, obs. HAUSER.

■ 5. Cass. avis, 10 février 2014, n° 13-70007.

En ce qui concerne les biens, la date à laquelle la séparation de corps produit ses effets est déterminée conformément aux dispositions des articles 262 à 262-2.

Art. 303. – La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin.

Cette pension est attribuée sans considération des torts. L'époux débiteur peut néanmoins invoquer, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 207, alinéa 2.

Cette pension est soumise aux règles des obligations alimentaires.

Toutefois, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête, la pension alimentaire est remplacée, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles des articles 274 à 275-1, 277 et 281. Si ce capital devient insuffisant pour couvrir les besoins du créancier, celui-ci peut demander un complément sous forme de pension alimentaire.

Art. 304. – Sous réserve des dispositions de la présente section, les conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce énoncées au chapitre III ci-dessus.

200 **Ambiguïté et contrastes.** La *séparation de corps relâche le lien matrimonial, mais ne le dissout pas*. Cette formule classique signifie que certains effets du mariage vont se trouver éteints par la séparation de corps, tandis que d'autres vont subsister.

Il en résultera une incontestable *ambiguïté* dans la situation, qui va se trouver à mi-chemin entre l'état de mariage et l'état de célibat (plus près du mariage en droit, plus près du célibat en fait).

Cette ambiguïté se manifeste tant dans les effets personnels que dans les effets pécuniaires de la séparation de corps.

A. | EFFETS PERSONNELS

201 **Disparition de la cohabitation et conséquences.** Le relâchement du mariage que va consacrer la séparation de corps emporte la *disparition du devoir de cohabitation*. C'est l'effet essentiel qui était recherché comme pouvant conduire à une situation matériellement proche de celle du divorce. Chacun des époux résidera donc de manière séparée et le juge aura éventuellement à décider de celui qui se verra attribuer le domicile conjugal. De plus, s'il y a des enfants mineurs, la question de l'exercice de l'autorité parentale, de la fixation de leur résidence habituelle et de la contribution à leur entretien sera résolue exactement comme en matière de divorce.

Bien que la loi ne vise que la « *cohabitation* », il faut comprendre que c'est l'ensemble des facettes du devoir de communauté de vie (*supra*, n° 144) qui cesse (y compris donc le devoir conjugal et l'obligation de collaborer).

Il en résulte d'abord l'application, par un *a fortiori* évident, de toutes les conséquences qu'on attache à une séparation de fait (*supra*, n° 193 et s.).

Certains effets supplémentaires viennent ensuite s'y ajouter : ainsi disparaît la **présomption de paternité** concernant les enfants que la femme viendrait à

concevoir. Il est, en effet, peu probable, sauf preuve contraire, que le père de ces enfants soit le mari (v. *infra*, n° 533).

202 **Maintien des autres effets du mariage.** Pourtant, **l'obligation de fidélité** subsiste. En effet, seul le devoir de cohabitation prend fin avec la séparation de corps, mais toutes les autres obligations d'ordre personnel qu'avait fait naître le mariage continuent de produire effet. Il en résulte que le *devoir de fidélité* est maintenu, ainsi que le *devoir d'assistance*, celui-ci étant cependant entendu d'une manière plus lâche et ne concernant plus que les **obligations de respect** que l'on peut attendre d'époux ne partageant plus le même toit.

Il en découle que si l'un des époux vient à manquer à ces obligations maintenues, il s'expose à voir l'autre fonder sur ses manquements une demande en divorce. Il se pourra donc que l'époux qui a obtenu une séparation de corps aux torts exclusifs de l'autre, mais qui manque, pendant cette séparation de corps, à son devoir de fidélité, subisse un divorce aux torts partagés.

En ce qui concerne le **nom**, l'article 300 pose le principe du maintien de la situation issue du mariage, mais permet au juge (lors du prononcé ou ultérieurement) d'en décider autrement.

B. | EFFETS MATÉRIELS

203 **Dissolution de la communauté.** La séparation des époux emporte la *dissolution et la liquidation de leur régime matrimonial* s'il s'agissait d'une communauté, exactement comme en matière de divorce (art. 302). La communauté d'intérêts, qui avait pu être issue de la communauté de vie, prend en effet fin avec celle-ci. Il en résulte que toutes les règles applicables en matière de divorce à cette liquidation sont également applicables en matière de séparation de corps (liquidation du régime matrimonial, déchéance des donations et avantages matrimoniaux, sort du logement familial, etc.). C'est donc un régime de séparation de biens qui s'instaurera entre eux, la date d'effet de cette séparation pouvant être reportée rétroactivement au jour de la séparation de fait dans les mêmes conditions que lors d'un divorce⁶.

Il y aura en revanche maintien de la vocation successorale (cf. *infra*, n° 209).

204 **Maintien du devoir de secours.** Mais surtout, le maintien du lien matrimonial emporte *maintien du devoir de secours entre époux*, de sorte que celui des deux époux qui dispose de ressources matérielles plus importantes a l'obligation de verser à l'autre une pension alimentaire.

Il est à souligner que cette pension alimentaire est totalement indépendante des conditions dans lesquelles la séparation de corps a pu être prononcée, car elle a pour fondement exclusif le lien matrimonial qui subsiste. Elle est donc due sur la seule comparaison des besoins et des ressources respectifs des parties, *sans que l'attribution des torts puisse être prise en compte* : le conjoint exclusivement coupable peut donc, s'il se trouve dans un état de besoin, demander une pension

■ 6. Civ. 1^{ère}, 12 juin 2014, n° 13-16044 – Sur ce régime, voir *infra* n° 362.

alimentaire au conjoint entièrement innocent (art. 303). Le tribunal peut cependant, sur le fondement de l'article 207, alinéa 2, diminuer ou supprimer cette obligation⁷.

Cette pension alimentaire, qui obéit au régime classique des pensions alimentaires et se trouve donc variable et versée périodiquement, peut prendre la forme d'une mise à disposition gratuite d'un logement⁸ ou être remplacée par un versement en capital, y compris en nature par un droit d'usufruit (art. 303)⁹. Il n'y a là qu'une modalité pratique, qui ne porte pas atteinte au caractère variable de l'obligation et peut donc être révisée.

Puisque leur sort patrimonial demeure lié par la survie de ce devoir de secours, il n'y a pas lieu de compenser l'inégalité des époux en vue d'une vie désormais séparée : en conséquence, la séparation de corps n'ouvre pas droit en l'état à **présentation compensatoire**. Le remplacement de cette pension alimentaire par une prestation compensatoire n'interviendra qu'au cas où la séparation de corps prend fin pour faire place à un divorce.

En revanche, des **dommages-intérêts** peuvent être alloués dès le prononcé de la séparation de corps et ce non seulement au titre de l'article 1382 du Code civil pour réparer les préjudices directement causés par les fautes, mais aussi (étrangement à ce stade) au titre de celui de l'article 266 réparant en principe le préjudice subi « *du fait de la dissolution du mariage* »¹⁰.

§ 3. LA FIN DE LA SÉPARATION DE CORPS

TEXTES

Code civil, art. 305 à 308

Art. 305. – La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps.

Pour être opposable aux tiers, celle-ci doit, soit être constatée par acte notarié, soit faire l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil. Mention en est faite en marge de l'acte de mariage des époux ainsi qu'en marge de leurs actes de naissance.

La séparation de biens subsiste sauf si les époux adoptent un nouveau régime matrimonial suivant les règles de l'article 1397.

Art. 306. – À la demande de l'un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans.

Art. 307. – Dans tous les cas de séparation de corps, celle-ci peut être convertie en divorce par consentement mutuel.

■ 7. V. par exemple Cass. 2^e civ., 11 février 1981, *Bull. civ. II*, n° 34 p. 23 ; *Gaz. Pal.* 1982.105, note MASSIP – V. ROVINSKY, *L'application de l'article 207, alinéa 2, aux époux séparés de corps*, *Gaz. Pal.* 1998, doc. 884.

■ 8. Ce qui ne crée pas un droit réel sur ce logement : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 06-2198, *RTD Civ.* 2009.104, obs. HAUSER.

■ 9. Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, n° 12-29920, *Bull. civ. I* n° 242.

■ 10. Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 2012, n° 10-21838.

Quand la séparation de corps a été prononcée par consentement mutuel, elle ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe.

Art. 308. – Du fait de la conversion, la cause de la séparation de corps devient la cause du divorce ; l'attribution des torts n'est pas modifiée.

Le juge fixe les conséquences du divorce. Les prestations et pensions entre époux sont déterminées selon les règles propres au divorce.

- 205** **Caractère provisoire.** État intermédiaire entre le célibat et le mariage, la séparation de corps n'est plus conçue comme un état définitif : elle a vocation à prendre fin d'une façon ou d'une autre.

À la vérité, trois issues sont concevables : la première redonne vie au mariage, par une réconciliation ; les deux autres y mettent au contraire fin, par un décès ou un divorce.

A. | LA RÉCONCILIATION

- 206** **Éléments.** La séparation de corps peut prendre fin, tout d'abord, par une *réconciliation*, supposant la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel :

— l'*élément matériel* est la reprise de la vie commune ;

— l'*élément psychologique* tient à la volonté commune des deux époux ; il ne saurait y avoir réconciliation du fait d'un seul des époux, même s'il s'agit de l'époux innocent, qui a obtenu la séparation de corps : il ne peut y mettre fin par le pardon unilatéral (qui aurait pu lui souffler de ne pas la demander) ; c'est qu'entre-temps, le jugement de séparation de corps a fait naître une situation objective, à laquelle seul un accord des deux époux peut mettre fin.

- 207** **Formes.** Si cette double volonté existe, elle n'est soumise dans les rapports entre les époux à *aucune condition de forme*. La seule réunion des deux éléments précités emporte caducité du jugement de séparation de corps.

Cependant, pour être **opposable aux tiers**, la reprise de la vie commune doit faire l'objet d'une déclaration officielle qui est mentionnée en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance, à la suite de la mention du jugement de séparation de corps (C. civ., art. 305 et CPC, art. 1130). Cette formalité n'est en pratique jamais accomplie par les époux auxquels elle est inutile car les tiers n'avaient généralement tiré aucun avantage de la séparation, de sorte que les époux n'ont aucun intérêt à leur opposer sa cessation¹¹.

- 208** **Effets.** La réconciliation met **de plein droit** fin définitivement à la séparation de corps : le jugement est **caduc** à la fois dans la dispense de vie commune qu'il créait et dans les mesures matérielles d'organisation qu'il édictait (pensions alimentaires et exercice de l'autorité parentale, notamment) : il incombe de nouveau aux époux d'assumer l'ensemble des obligations du mariage. Cette caducité est définitive, même dans le cas où la réconciliation ne dure pas, et si l'un des époux désire ultérieurement poursuivre soit une nouvelle séparation de corps, soit un divorce, il lui

■ 11. Voir toutefois Cass. 3^e civ., 4 juillet 2001, *Bull. civ.* III, n^o 88 ; *Defrénois* 2002.186, note MASSIP en déduisant l'absence des droits locatifs que l'article 1751 aurait dû étendre au conjoint.

faudra tenter une procédure entièrement nouvelle (qui ne pourra pas se fonder sur les seuls griefs pardonnés).

Il est cependant un point sur lequel la reprise de la vie commune n'efface pas la séparation de corps qui a existé : c'est celui du régime matrimonial. La réconciliation n'a pas pour effet de rétablir la communauté de biens qui avait été dissoute par la séparation de corps. Les époux restent séparés de biens (art. 305, al. 3). Certes, ils pourraient reprendre ce régime ou même convenir d'un régime différent, mais en suivant la procédure propre aux changements de régime matrimonial (C. civ., art. 1397).

B. | LE DÉCÈS

209 Veuvage et vocation successorale. Le mariage n'ayant pas été rompu par la séparation de corps, le décès d'un des époux fait de l'autre un **veuf** disposant des droits attachés à cette situation (quant au nom, ou aux droits sociaux et fiscaux).

En particulier, il jouit en principe des **droits successoraux** (vocation successorale et éventuellement droit sur le logement occupé : art. 301). Cependant, il en sera en pratique souvent privé. Si la déchéance auparavant prévue à cet égard envers celui aux torts exclusifs duquel la séparation avait été prononcée a été supprimée lors de la réforme du divorce en 2004 (C. civ. art. 301) et des successions du 23 juin 2006 (C. civ., art. 732)¹², deux mécanismes peuvent exclure le veuf séparé de corps (à ses torts ou non) de la succession :

— d'une part en cas de séparation de corps par consentement mutuel, la convention homologuée peut prévoir cette exclusion (art. 301) ;

— d'autre part le conjoint n'étant pas héritier réservataire, un testament peut le priver de ses droits (sauf de celui temporaire sur le logement : *infra*, n° 233) ; et la séparation de corps favorise évidemment la rédaction d'un testament en faveur d'autres personnes que son conjoint, de sorte que ce dernier se trouvera, en fait, privé de la vocation successorale qui subsiste en droit.

C. | LE DIVORCE

210 Double voie : conversion de la séparation de corps ou divorce autonome. Concevant la séparation de corps comme une situation provisoire, la loi organise la possibilité d'en sortir par le prononcé d'un divorce, par la voie d'une conversion de la séparation en divorce au bout d'un certain temps. Mais, en outre, le fait que les conjoints soient séparés de corps ne les prive pas du droit qu'a tout époux d'agir en divorce selon le droit commun, pourvu qu'il se trouve dans l'un des cas prévus à cet effet : ce divorce autonome a vu son champ considérablement élargi par la diversification de ces cas en 1975 et surtout en 2004.

■ 12. Elle subsiste dans certains textes spéciaux d'ordre fiscal ou social.

1. | Divorce par conversion de la séparation de corps

211 Droit individuel à la conversion. Il pourrait paraître logique, au premier abord, que la séparation de corps, qui a été obtenue à l'initiative de l'un des époux qui avait le choix entre cette demande et la demande en divorce, ne puisse être convertie en divorce que sur la demande du même époux, et qu'il ne soit pas possible à l'autre de demander cette conversion, puisqu'il n'aurait pas pu, de sa propre initiative, obtenir un divorce, à défaut de l'une des causes de demande.

Telle était la situation dans l'état initial de la loi de 1884. Cependant, il est apparu que la situation de *célibat de fait* instituée par la séparation de corps était quelque peu anormale car elle empêchait le remariage de chaque époux. Or, le fait pour un conjoint de pouvoir reprocher à l'autre des fautes ne doit pas lui donner le droit d'imposer à ce dernier un célibat forcé définitif. Telle serait pourtant la situation si l'on permettait au conjoint innocent, qui a obtenu la séparation de corps, d'avoir l'exclusivité de la demande en conversion.

C'est pourquoi, dès 1908 (et avec un intermède entre 1941 et 1945), il a été admis que chacun des deux conjoints, **y compris le conjoint coupable**, pouvait obtenir au bout d'un certain temps la conversion de la séparation de corps en divorce. Cette durée, initialement fixée à trois ans, a été réduite à **deux ans** par la loi du 26 mai 2004. Il s'agit d'un minimum mais il n'y a pas de maximum : la conversion pourrait être demandée dix ans après ou même plus, sans qu'aucune prescription ne s'y oppose.

Cette conversion est *de droit* mais non *de plein droit* : cela signifie qu'elle n'est pas automatique, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas prononcée si aucun des deux époux ne la demande, mais qu'elle est *obligatoire pour le juge* si cette demande est formulée et que le tribunal n'a pas le pouvoir de refuser cette conversion.

212 Économie du divorce sur conversion. Le divorce issu de cette conversion est réputé prononcé sur les **mêmes causes que la séparation de corps** à laquelle il fait suite (art. 308), aucune demande reconventionnelle n'étant possible (CPC, art. 1131). Il produira donc les *conséquences* qui s'attachent à cette forme spécifique. Par exemple, si la séparation de corps a été prononcée aux torts de la femme, le divorce prononcé sur conversion sera réputé prononcé aux torts de celle-ci. Il en résultera qu'alors qu'elle bénéficiait encore, pendant la durée de la séparation de corps, d'une pension alimentaire en raison de la survie du devoir de secours, elle n'obtiendra pas nécessairement, à partir du prononcé du divorce, une prestation compensatoire.

Ce régime explique que toute séparation de corps prononcée avant une réforme donne lieu, en cas de conversion, à un divorce régi par la loi ancienne¹³.

■ 13. Ainsi jugé pour la réforme de 1975 : Cass. 2^e civ., 27 avril 1979, *Bull. civ. II*, n° 123 ; *RTD civ.* 1979.650 et 1980.595, obs. NORMAND – Cass. 2^e civ., 27 novembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 248.

C'est à l'occasion de cette conversion qu'il sera jugé de la **prestation compensatoire**, sur laquelle le juge doit au besoin inviter les parties à débattre¹⁴, et peut-être des dommages-intérêts¹⁵.

213 Cas particulier de la séparation de corps sur consentement mutuel. Il est cependant un cas où la séparation de corps ne peut pas être convertie en divorce à la demande d'un seul époux : c'est celui où la séparation est intervenue par consentement mutuel. L'article 307, alinéa 2, prévoit alors que seul un nouveau consentement mutuel peut aboutir à la conversion.

Sous l'empire de la loi de 1975, cette particularité transformait la voie de la séparation par consentement mutuel en une sorte d'impasse où l'un des conjoints risquait de se trouver bloqué par le refus de l'autre de consentir à une conversion, sauf à recourir à un divorce pour rupture de la vie commune, mais au bout de six ans seulement et avec toutes les charges impliquées par ce type de divorce. Cette particularité avait conduit l'ensemble des barreaux français à déconseiller à leurs membres d'accepter de présenter des demandes conjointes de séparation de corps sans avoir, au préalable, obtenu de la part de leurs clients des instructions formelles après un avertissement circonstancié sur les conséquences de cette forme de séparation de corps.

La réforme de 2004 a maintenu la règle mais en a par ailleurs supprimé l'effet-piège puisque désormais le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être obtenu après deux ans de séparation et sans charge particulière (*infra*, n° 285). Il est cependant douteux que la méfiance de la pratique se dissipe aussitôt.

2. | Divorce autonome

214 Procédure indépendante. La séparation de corps ne frappe pas les époux d'une incapacité à demander le divorce en dehors de la voie de la conversion, au moyen d'une procédure indépendante non soumise au délai de conversion¹⁶.

Encore faut-il qu'il existe un cas de divorce autre que les seuls faits qui ont servi de base au prononcé de la séparation. Cette condition explique que, sous le régime exclusif du divorce pour faute, la voie d'un divorce indépendant était étroite (il fallait des fautes nouvelles commises ou découvertes après la séparation de corps), ce qui rendait aigu le problème de la conversion. La situation est beaucoup plus souple aujourd'hui car ce divorce indépendant peut être demandé par des voies plus diverses :

— *par accord des époux* : si l'article 307, alinéa 1^{er}, autorise expressément les époux à « convertir » ainsi toute séparation de corps quelle qu'en ait été la cause, ce texte (qui implique le respect du délai de deux ans) est en réalité inutile car les

■ 14. Cass. 2^e civ., 3 juillet 1997, *Bull. civ. II*, n° 215 – Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 147 ; *Defrénois* 2004.1685, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 2004.491, obs. HAUSER.

■ 15. Sur la question de savoir si ces dommages-intérêts peuvent être alors demandés, v. HAUSER, *RTD civ.* 2000 p. 554.

■ 16. Cass. 2^e civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 179 – 11 décembre 1991, *Bull. civ. II*, n° 34 – 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 190 ; *RTD civ.* 1996.883, obs. HAUSER.

époux peuvent en toute occurrence, et sans condition de délai, recourir au droit commun du divorce par consentement mutuel ou du divorce accepté ;

— *pour faute*, sur le fondement de faits survenus ou révélés depuis la séparation¹⁷ qui permettent en outre de réinvoquer ceux antérieurs¹⁸ ;

— *pour altération définitive du lien conjugal* : la durée de la séparation de corps comptant dans celle de la séparation de fait visée à l'article 238¹⁹, il arrivera souvent que les deux ans nécessaires soient acquis avant même l'ouverture du droit à conversion (car le point de départ n'est pas le même : si les deux ans de la conversion ne courent que du jugement de la séparation de corps, ceux du divorce pour altération ont couru au plus tard dès le début de la procédure et l'ordonnance de résidence séparée).

SECTION 2

LES SÉPARATIONS ORGANISÉES AUTOUR D'UNE INSTANCE EN DIVORCE

215

Organisation avant la procédure de divorce. Dans le cadre de la lutte contre les violences conjugales, la loi du 26 mai 2004 a institué une procédure d'urgence permettant de saisir le juge aux affaires familiales en urgence et avant toute procédure de divorce pour qu'il organise à titre provisoire la résidence séparée des époux (en principe par expulsion de l'auteur des violences), la contribution aux charges du mariage et l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 515-11).

Ce provisoire n'est pas destiné à durer : les mesures sont caduques si une procédure en divorce ou séparation de corps n'est pas introduite dans les six mois. (v. *supra* n° 139)

216

Organisation pendant la procédure de divorce. Dès l'introduction de la procédure de divorce, le juge statue lors de l'ordonnance de non-conciliation sur les mesures provisoires applicables pendant le cours de cette procédure (cf. *infra*, n° 319). Il en résulte une organisation judiciaire de la séparation, qui produit les mêmes effets qu'une séparation de corps (disparition du devoir de cohabitation et de la présomption de paternité, maintien des autres obligations du mariage : cf. *supra*, n° 201 et s.). Cette organisation durera jusqu'à l'issue définitive de l'instance en divorce.

217

Organisation après échec de la procédure de divorce. On verra que dans le cas où la demande en divorce est rejetée²⁰, ce qui met fin aux mesures provisoires ordonnées pour la durée de cette instance, l'article 258 du Code civil permet au

■ 17. Cf. arrêts cités note précédente.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 09-70439.

■ 19. Cass. 2^e civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 179 – 11 décembre 1991, *Bull. civ. II*, n° 34.

■ 20. On assimile de ce point de vue le désistement à un rejet : Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *RTD civ.* 2005.579.

juge de prescrire des mesures propres à régler une vie familiale dont il pressent qu'elle ne reprendra pas son cours comme si de rien n'était (*infra*, n° 335). Ce faisant, et bien que le juge n'ait en principe pas compétence pour organiser une séparation de fait (*supra*, n° 191), on aboutira de fait à une telle organisation. Celle-ci restera cependant par nature provisoire²¹ et révisable, les obligations du mariage ayant en principe repris vigueur²².

■ 21. Est donc illégale une mesure définitive comme l'attribution de la jouissance à vie d'un bien : Cass. 2^e civ., 15 janvier 1997, *Bull. civ.* II, n° 8 – Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, *Bull. civ.* I, n° 380.

■ 22. Le refus de reprendre la vie commune pourra, selon les circonstances, être fautif (Cass. 2^e civ., 25 novembre 1992, *Bull. civ.* II, n° 273) ou non (Cass. 2^e civ., 20 mars 1989, *D.* 1990.129, note BATTEREUR).

TITRE 4

LA DISSOLUTION DU MARIAGE

TEXTE

Code civil, article 227

Art. 227. – Le mariage se dissout :
1° par la mort de l'un des époux ;
2° par le divorce légalement prononcé.

218 **Événements mettant fin au mariage.** Depuis qu'a disparu en 1854 la peine de la « *mort civile* » (qui rayait le condamné de la citoyenneté, ouvrait sa succession et mettait fin à tous ses liens juridiques, dont le mariage), l'article 227 du Code civil n'énumère que deux causes de dissolution du mariage : le décès et le divorce.

Ce ne sont pourtant pas absolument les seules : depuis 1977, la « *déclaration d'absence* » d'une personne disparue met également fin définitivement à son mariage (même s'il reparaît : *infra*, n° 243) ; et depuis l'apparition et le développement du transsexualisme, on se demande si le changement de sexe de l'un des époux ne rend pas le mariage « *caduc* » (cf. *supra*, n° 51). En revanche, aucune mesure d'incapacité, d'internement ou d'emprisonnement ne met fin par elle-même au mariage.

Il n'y a pas de hiérarchie (autre que statistique) entre ces deux causes principales de dissolution : si le décès en cours de procédure de divorce fait du survivant un veuf et non un divorcé, c'est tout simplement par voie chronologique, le décès intervenant alors que le divorce n'a pas encore produit son effet.

Mais, dans la manière de mettre fin au mariage, mort et divorce opèrent bien différemment, non seulement dans leur survenance (l'une est naturelle, l'autre procédurale), mais aussi dans leurs effets (en particulier sur le plan patrimonial).

SOUS-TITRE 1

LE VEUVAGE

219 **Double forme.** Jusqu'en 1977, n'existait en droit français qu'une seule cause de veuvage, celle qui est évidente et résulte du décès d'un des époux. De sorte que tant que ce décès n'était pas déclaré, le mariage n'était pas dissous, même si l'un des époux avait disparu depuis longtemps. En 1977, la loi réformant le régime juridique des « *absents* » (personnes disparues) a fait de la « *déclaration d'absence* » un cas supplémentaire de dissolution du mariage, sorte de quasi-veuvage qui subsiste même en cas de retour de l'absent.

CHAPITRE 1

LE VEUVAGE PAR DÉCÈS

220 **Évidence.** Que le décès d'un époux mette fin au mariage n'a jamais posé de difficultés quant à son principe, sauf peut-être dans quelques systèmes juridiques extrêmement primitifs, où la femme n'est pas considérée comme ayant une personnalité juridique propre, mais comme constituant plutôt un bien appartenant à son mari et où elle était quelquefois même purement et simplement exécutée pour être enterrée (ou brûlée) avec lui. Hormis ces cas exceptionnels, la dissolution du mariage par décès est universellement reconnue. Là où il existe plus de variété, c'est pour ce qui concerne le sort du veuf : certaines lois ou coutumes lui interdisent de se remarier ou l'obligent à le faire dans la famille du défunt (système du *lévirat*), ce que notre droit lui interdit à l'inverse (cf. *infra*, n° 224).

L'évidence de cette dissolution du mariage par décès est si forte qu'hormis la mention qu'en fait l'article 227, ni les textes ni les ouvrages modernes de droit ne s'intéressent au veuvage (hors du champ spécial du droit successoral), contrairement aux auteurs plus anciens¹.

Il y a pourtant lieu d'en indiquer les effets, tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial.

SECTION 1 | EFFETS D'ORDRE PERSONNEL

221 **Retour au célibat et droit au remariage.** La dissolution du mariage rend l'époux veuf à l'état de célibataire. Les conséquences et obligations d'ordre personnel qui découlaient du mariage prennent fin.

La première conséquence de cet état est qu'il peut se remarier (ou conclure un PACS). Pendant longtemps, ce droit était subordonné, pour la femme seulement, à

■ 1. V. en particulier l'étude détaillée de MERLIN, *Répertoire de jurisprudence* (1825), V° Viduité.

l'observation d'un délai de viduité de 300 jours aujourd'hui supprimé (*supra*, n° 39).

Si le remariage était autrefois tenu parfois en défaveur (v. *supra*, n° 39), il fait aujourd'hui l'objet d'un droit fondamental aussi fort que celui à un premier mariage, pareillement sauvegardé par la Cour européenne des droits de l'homme². Hormis les empêchements tirés de l'alliance, qui sont d'ailleurs en cas de décès susceptibles de dispense (*supra*, n° 46), le droit français n'apporte aucune limitation quant au nombre des unions qu'une même personne peut conclure successivement (on a connu certains droits étrangers qui interdisent à toute personne de se marier plus de trois fois) et ne tolère plus qu'il puisse faire l'objet d'atteintes et de pression, émanant de particuliers (cf. sur les clauses de viduité, *supra*, n° 29).

222 Représentation posthume du défunt. Le conjoint survivant est souvent considéré comme le plus qualifié pour exprimer la volonté profonde du défunt : ainsi est-il qualifié pour décider de l'inhumation³, pour défendre sa mémoire contre les difformations (loi du 19 juillet 1881, art. 34) ou encore (avec les héritiers) pour défendre ses œuvres artistiques (CPI, art. L. 121-1, L. 122-2, L. 123-6).

223 Droit au port du nom. Par une règle purement coutumière, qui traduit que le mariage dissous par décès continue sur son erre à produire certains effets, il est admis que le conjoint survivant conserve la possibilité qu'il avait durant le mariage d'user du nom de son conjoint. Cela vise bien évidemment, à titre principal, la femme qui, veuve, peut continuer de se faire désigner par le nom de son défunt mari.

Ce droit ne subsiste cependant pas à titre définitif : si la femme vient à contracter un *nouveau mariage*, ce nouveau mariage lui fera perdre le droit d'user du nom de son premier mari, et une éventuelle dissolution du deuxième mariage ne fera pas renaître à son profit le droit de porter le nom du premier mari⁴. Le régime s'applique au mari qui porterait le nom de sa femme à titre de *nom d'usage*, comme le lui permet l'article 43 de la loi du 23 décembre 1985.

224 Lien d'alliance. Le lien d'alliance que le mariage avait fait naître entre le veuf et les parents de son conjoint ne disparaît pas totalement. Tout au contraire, ce lien d'alliance produit alors certains *empêchements à mariage*, qui doivent s'entendre

■ 2. Cf. CEDH, 18 décembre 1987, *RTD civ.* 1989.408 et 13 septembre 2005, *D.* 2006.1418, condamnant des lois y apportant des restrictions.

■ 3. Le conjoint est généralement regardé comme le mieux qualifié à cet égard, non pour décider selon ses propres vœux, mais pour exprimer la volonté du défunt : Cass. 1^{re} civ., 2 février 2010, *Bull. civ. I*, n° 24. – Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 114. – ALMAIRAC, note *JCP* 1983.II.19956. – Paris, 6 décembre 1997, *Gaz. Pal.* 1999.1.414. – Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2009, n° 09-66589, *Bull. civ. I*, n° 106 (conforté par le vœu de la défunte). V. toutefois pour la primauté reconnue à la mère du défunt : Civ 1^{re}, 30 avril 2014, n° 13-18951. – Civ. 1^{re}, 21 mars 2017 n° 17-14222 – Et pour un conflit entre les enfants et une épouse séparée sur la modalité (inhumation ou crémation) : Paris, 3 juin 2005, *D.* 2005.2431. – Et pour la remise des cendres à une concubine : Agen, 20 janvier 1999, *JCP* 1999.II.10159, note GARÉ (et pour leur partage : Paris, 27 mars 1998, *D.* 1998.383, note MALAURIE ; *JCP* 1998.II.10118, note GARÉ). Cette question particulière ne devrait plus se poser, la loi du 19 décembre 2008 excluant la privatisation des cendres.

■ 4. La solution a toutefois été contestée en doctrine de manière assez convaincante (HUET-WEILLER, *JCP* 1981.II.19624 et la réponse NERSON, *RTD civ.* 1981.624).

comme des **empêchements à remariage** : la possibilité du veuf pour se remarier se trouve limitée par ces empêchements et le veuf ne peut pas se remarier avec un ascendant ou un descendant de son précédent conjoint (cf. *supra*, n° 46).

Ce lien d'alliance justifie aussi le maintien d'un devoir d'entraide réciproque envers et contre les beaux-parents : l'article 206 du Code civil prévoit la survie d'une obligation alimentaire, mais seulement dans le cas où le mariage dissous par veuvage a produit *des enfants qui sont vivants*. En revanche, si aucun enfant vivant n'est issu du mariage produisant les liens d'alliance, ce lien disparaît définitivement et aucune obligation alimentaire n'existe plus : « *morte ma fille, mort mon gendre* » disait l'Ancien Droit.

225 Conséquences envers les enfants. Les enfants déjà nés passeront sous l'autorité parentale du seul parent veuf, avec le régime afférant à cet exercice exclusif de l'autorité parentale et les difficultés pouvant concerner leurs relations avec l'autre branche familiale, surtout en cas de remariage ou de famille « *recomposée* » (cf. *infra*, n° 638).

Quant aux enfants naissant après le veuvage de leur mère, ils seront couverts par la présomption de paternité du mari (enfants posthumes) s'ils naissent dans les trois cents jours du décès (cf. *infra*, n° 531).

SECTION 2 | EFFETS D'ORDRE PATRIMONIAL

226 Combinaison de mécanismes. Le décès d'une personne mariée a le double effet d'entraîner la dissolution du régime matrimonial et l'ouverture de sa succession. Il y a là deux mécanismes bien distincts, même si cette distinction est souvent perdue de vue dans la perception populaire d'une dévolution d'ensemble du patrimoine familial : la liquidation du régime matrimonial doit être effectuée avant celle de la succession de l'époux *décédé*. C'est souvent une matière à confusion que la conjonction de ces deux liquidations. Sans doute sont-elles en pratique souvent effectuées ensemble, mais il importe de les distinguer pour déterminer les droits de l'époux veuf. Cette distinction est très claire : le régime matrimonial permet de déterminer la consistance exacte du patrimoine de chacun des époux. L'époux veuf reçoit naturellement les biens qui lui appartiennent. Ceci est *son patrimoine personnel* et il n'y a, à ce stade, *aucune règle successorale* qui soit encore entrée en application : il ne s'agit que de la liquidation du régime matrimonial.

Une fois cette liquidation faite et le patrimoine de chacun des époux déterminé avec précision, il convient de considérer la *succession de l'époux décédé*. C'est alors, et dans cette seconde phase seulement, qu'entrent en jeu les règles de la

■ 5. La Cour de cassation exige que l'on procède successivement à ces deux liquidations et non à une liquidation confondue qui fausserait le jeu de la dévolution ; v. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1962, *Bull. civ. I*, n° 369 – 9 mars 1965, *Bull. civ. I*, n° 175.

dévolution successorale : les biens de l'époux prédécédé sont dévolus à ses héritiers. Sur le plan successoral, le conjoint fait partie de ces héritiers et y jouit d'une situation très particulière.

Enfin, dans le cas où cette double liquidation laisserait le veuf dans une situation matérielle trop difficile, certains droits alimentaires lui sont reconnus à titre subsidiaire.

§ 1. DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL

227

Application du régime matrimonial. La dissolution du mariage entraîne la dissolution du régime matrimonial et la nécessité de procéder à sa liquidation. S'il s'agissait d'un régime de séparation de biens, il n'y aura pas de difficultés, du moins sur le plan théorique : en pratique, il se pourra cependant que certains intérêts des époux aient été confondus (par exemple, ils ont acheté ensemble certains biens) et qu'une liquidation soit nécessaire dont les opérations peuvent présenter une certaine complexité (par exemple vente ou partage des biens achetés en commun). Il se pourra aussi qu'il y ait lieu à un règlement de comptes entre époux (par exemple si l'un a financé de ses deniers, voire par son activité, l'amélioration ou la plus-value des biens de l'autre).

Si le régime est un régime de communauté ou de participation aux acquêts, il devra être liquidé selon ses prévisions. Dans la liquidation de ce régime, la survivance du décès déterminera le jeu des éventuels gains de survie qui ont pu être prévus (cette expression désigne les dispositions par lesquelles le contrat de mariage a prévu certains avantages au profit du survivant des deux époux, le plus extrême étant l'attribution intégrale de la communauté : cf. *supra*, n° 185). Le veuvage permet de savoir à qui ces avantages sont dus et d'en faire application.

Cette liquidation met en présence d'une part le conjoint survivant, d'autre part les héritiers du prédécédé. Dans le cas fréquent où ces héritiers sont les enfants communs du couple, il arrive souvent qu'ils ne poursuivent pas un partage immédiat et préfèrent laisser les choses en l'état jusqu'au décès de leur second parent pour pouvoir alors procéder à une liquidation d'ensemble du patrimoine familial, incluant les trois opérations intellectuellement successives (liquidation du régime, liquidation de la succession du premier mourant et liquidation de celle du second mourant).

§ 2. DROITS SUCCESSORAUX DU CONJOINT SURVIVANT

228

Avec ou sans testament. D'une manière générale, la loi organise la dévolution de la succession des citoyens mais leur laisse une part de liberté : on dénomme « *quotité disponible* » la fraction de son patrimoine dont le défunt peut disposer à sa guise par testament (en y intégrant les donations qu'il a pu consentir de son vivant), et « *réserve héréditaire* » la part dont il ne peut pas priver certains de ses héritiers, appelés pour cette raison héritiers « *réservataires* ».

La situation successorale du conjoint veuf, qui n'a cessé de s'améliorer au fil des réformes (et surtout récemment par celles du 3 décembre 2001 et 23 juin 2006) est dans une extrême dépendance de ces libéralités qui peuvent modifier presque du tout au tout les droits qu'il trouve dans la dévolution légale, soit en les accroissant dans des proportions considérables, soit à l'inverse en les supprimant en quasi-totalité. Il convient donc de partir de la dévolution légale pour examiner ensuite les infléchissements qu'elle peut subir.

A. | DÉVOLUTION LÉGALE

229 **Importante progression.** La place successorale du conjoint survivant a connu depuis le Code civil une amélioration régulière, cependant assez lente jusqu'à ce qu'elle aboutisse à la considérable réforme du 3 décembre 2001, renouvelant en grande partie le droit successoral précisément pour y élargir la place du veuf.

Jusqu'alors, le veuf cédait le pas aux descendants et aux collatéraux directs du défunt, n'ayant en leur présence qu'un droit d'usufruit très partiel, et ce n'était que dans l'hypothèse où le défunt ne laissait *ni descendants, ni frères ou sœurs ou neveux*, et un seul au plus de ses parents, que le conjoint commençait à venir à la succession pour un droit en pleine propriété.

Cette position défavorable du conjoint dans la hiérarchie des héritiers avait des raisons historiques⁶. Sous l'Ancien Droit, et encore sans doute au début du XIX^e siècle, la fortune provenait beaucoup plus de successions que du travail de l'intéressé. Dès lors, il paraissait normal que cette fortune se transmette par les liens du sang exclusivement, et ainsi « *reste dans la famille* ». Si l'on avait reconnu au conjoint survivant un droit successoral en propriété, l'on aurait assisté à des transferts de fortune entre familles : la fortune héritée de la famille du mari aurait, par exemple, été transmise à la femme lors du veuvage de celle-ci, puis, lorsqu'elle serait, à son tour, décédée, aurait été dévolue à ses propres parents par le sang. Le patrimoine familial se serait ainsi vu transféré de la famille du mari à la famille de la femme.

Ces conditions expliquaient que le conjoint ne se soit vu reconnaître qu'un droit successoral en usufruit dans la plupart des cas. Mais ces conditions ont changé et la loi, malgré quelques améliorations depuis 1804, avait cessé d'être comprise par la plupart de nos contemporains et de correspondre à la forme que prennent les patrimoines actuels, formés plus par ce que les ménages ont construit ou acquis ensemble que par ce qu'ils ont reçu de la famille de l'un ou de l'autre. Dans de telles conditions, il n'apparaît plus justifié que le conjoint ne se trouve pas en rang préférentiel pour recevoir la part du défunt dans l'enrichissement commun.

C'est l'un des axes de la réforme des successions en 2001 et 2006 que d'améliorer sa situation. L'entreprise était cependant rendue délicate par l'apparition d'un autre phénomène sociologique, à savoir la multiplication des divorces et remariages : en cas de remariage avec un conjoint nettement plus jeune, protéger les enfants du premier lit contre le second conjoint (l'ex-« *marâtre* » des contes de fées) devient d'autant plus difficile que tous ayant presque le même âge, limiter

■ 6. Cf. LEVY, *Coup d'œil historique sur la situation patrimoniale du conjoint survivant*, Mél. Rodière, 1981.177.

les droits de la veuve à un usufruit est confiscatoire pour les enfants (n'ayant d'effet qu'à la génération suivante).

230 Place dans la succession générale. Le veuf figure toujours parmi les héritiers légaux du conjoint défunt, quelle qu'ait été la situation du mariage et même s'il y avait séparation de fait ou de corps (la loi du 23 juin 2006 a supprimé la déchéance successorale qui frappait jusqu'alors le conjoint séparé de corps à ses torts exclusifs : art. 732).

La loi du 3 décembre 2001, modifiant à cet effet les articles 756 à 767 du Code civil, a fixé les droits successoraux du conjoint de la façon suivante :

— *en présence d'enfants qui sont tous communs aux deux époux*, le survivant peut choisir entre l'usufruit de toute la succession et le quart de la pleine propriété ;

— *en présence d'enfants dont certains ne sont pas communs*, il recueille le quart de la pleine propriété (l'usufruit étant exclu pour tenir compte du cas des « *jeunes veuves* » de la même génération que les enfants d'un premier lit) ;

— *en présence du père et de la mère du défunt*, le conjoint survivant recueille la moitié de la succession ;

— *en présence d'un seul des deux parents*, ce conjoint recueille les trois quarts ;

— *dans tous les autres cas*, il est héritier de la totalité, primant ainsi désormais tous les collatéraux, même les frères et sœurs (sous réserve d'un « *droit de retour collatéral* » au profit de ces derniers des biens familiaux que le défunt avait reçus de ses propres parents communs au collatéral bénéficiaire).

VOCATION SUCCESSORALE DU CONJOINT SURVIVANT	
Autres héritiers	Droits du conjoint
Enfants tous communs	Choix entre : — usufruit de la totalité — 1/4 en pleine propriété
Enfants non communs (tous ou non)	1/4 en pleine propriété
Père et mère	1/2 en pleine propriété
Père ou mère	3/4 en pleine propriété
Autres	Toute la succession

Ainsi, depuis la loi du 3 décembre 2001, la vocation successorale du veuf n'a lieu en usufruit que dans un seul cas (il est vrai le plus fréquent), celui où il est en concours avec les enfants qu'il a eus avec le défunt. Encore ne s'agit-il que d'une possibilité, qui peut être écartée de deux manières :

— par le conjoint survivant lui-même qui dispose d'une option entre l'usufruit total et le quart en pleine propriété ;

— par les enfants communs qui peuvent demander avant le partage (au veuf ou à défaut au tribunal) la conversion de cet usufruit en une rente viagère (voir en un capital avec l'accord du veuf) afin de pouvoir disposer immédiatement des biens, à l'exception toutefois du logement principal et de son mobilier (art. 759 et suivants).

- 231 Faveur fiscale.** Si le droit civil n'est ainsi pas très généreux envers le conjoint survivant, il n'en est pas de même du droit fiscal qui applique le même tarif progressif que pour les transmissions aux enfants.
- 232 Droits spéciaux sur le logement.** Se préoccupant de permettre au veuf de conserver son cadre de vie, au moins pendant un temps, la loi nouvelle lui ouvre des droits spécifiques qui empruntent des modalités différentes selon que ce logement était assuré par un droit de propriété ou un droit locatif.
- 233 Logement en propriété.** Si le logement dépend en tout ou partie de la succession (parce qu'il était en communauté, en indivision ou propriété du défunt), le conjoint survivant jouit d'un double droit.
- **D'abord un droit temporaire :** pendant un an, le conjoint survivant a la « *jouissance gratuite* » du logement ainsi que de son mobilier (art. 763). Ce droit est d'ordre public et ne vient pas s'imputer sur la part successorale du veuf : la loi le répute « *effet direct du mariage* », et en fait ainsi une modalité *post mortem* du devoir de secours.
- **Ensuite un droit viager :** au-delà de la première année, le veuf reçoit un droit d'habitation et d'usage du logement et de son mobilier jusqu'à son propre décès (art. 764). Ce droit d'usage comporte même une faculté de location si le logement devient inadapté aux besoins personnels du bénéficiaire. Son bénéfice doit être revendiqué dans le délai d'un an (ce qui assure la continuité avec le droit temporaire). Contrairement au précédent, ce droit n'est pas d'ordre public : le défunt peut l'écarter, mais seulement par testament établi devant deux notaires ou un seul assisté de deux témoins⁷. En outre, la valeur de ce droit d'habitation vient s'imputer sur les droits successoraux du conjoint (sans toutefois donner lieu à restitution si elle leur est supérieure). C'est la raison pour laquelle il n'est pas prévu qu'il prenne fin en cas de remariage⁸.
- **Enfin un droit à attribution préférentielle** dans les opérations de partage si le logement était en communauté ou en indivision : depuis la loi de 2006, l'article 831-2 du Code civil ouvre « de droit » cette faculté au conjoint survivant, mais naturellement le bien sera imputé sur sa part et, s'il en excède la valeur, donnera lieu à une soulte à sa charge.
- 234 Logement en location.** Pour parvenir au même résultat lorsque le logement est en location, la loi organise un régime qui se veut parallèle au précédent⁹.
- Pendant la première année, la succession doit assurer la charge des loyers en les remboursant au fur et à mesure au conjoint survivant (art. 763).
- De façon plus durable, le droit au bail lui-même est transféré au conjoint survivant à titre exclusif, et donc sans concurrence avec les héritiers (art. 1751 du Code civil et art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 modifiés).

■ 7. À peine d'être privé d'effet : Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-68076 ; *Bull. civ. I*, n° 269 ; *D.* 2011.578, note PERES.

■ 8. Sur le conflit éventuel de ce droit viager et du droit de retour des parents, v. BLANCHARD, *Defrénois* 2009.2047.

■ 9. V. VIAL-PEDROLETTI, *La protection du conjoint survivant en cas de décès du locataire*, *Loy. et copté* 2013, chr. 9.

235 Usufruit spécial des droits artistiques. Dans un esprit de faveur envers le conjoint survivant d'un artiste (qui a parfois partagé les années ingrates des débuts), la loi du 11 mars 1957 (aujourd'hui Code de la propriété intellectuelle, art. L. 123-6) a ouvert à son profit un droit spécial à un usufruit particulier sur les droits d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques. Cet usufruit porte sur la totalité de l'œuvre si l'artiste ne laisse pas d'enfant, sur la moitié s'il en laisse un, sur le tiers s'il en laisse deux et sur le quart s'il en laisse trois ou plus.

Précurseur à son époque (où le conjoint survivant ne jouissait que de droits successoraux très partiels en usufruit), ce texte n'a été que très imparfaitement mis à jour et apparaît aujourd'hui comme une survivance décalée à de nombreux égards :

— *dans sa raison d'être* même, car il est rare que le conjoint qui survit à l'artiste soit celui qui a partagé ses débuts ;

— *dans ses conditions*, car il comporte encore l'exception supprimée ailleurs du conjoint survivant séparé de corps à ses torts ;

— *dans sa mise en œuvre*, car la pratique notariale tente souvent de le combiner avec les droits successoraux généraux, ce qui est pratiquement impossible¹⁰, alors que cet usufruit doit être considéré comme un droit indépendant constitutif d'une succession spéciale (dite « *anormale* ») venant s'ajouter à la succession générale et non s'imputer sur elle¹¹.

Cet usufruit spécial n'est pas d'ordre public et l'artiste lui-même peut donc l'écarter par testament.

B. | MODIFICATION PAR TESTAMENT OU DONATION

236 Diminution ou suppression. Le statut successoral du conjoint survivant qui vient d'être décrit apparaît comme une sorte de colosse aux pieds d'argile tant que ce conjoint n'est pas héritier réservataire : pour le priver de portée, il suffit au défunt d'avoir pris des dispositions contraires dans son testament, soit en déshéritant directement son conjoint (on parle d'« *exhérédation* », la succession passant aux autres héritiers), soit en léguant à d'autres tous ses actifs ; ou encore d'avoir préalablement vidé sa succession par diverses donations (à d'autres héritiers ou à des tiers).

Or, précisément, le conjoint n'était jamais héritier réservataire jusqu'à la loi du 3 décembre 2001 et ne l'est devenu que très partiellement depuis.

— *Dans la succession générale*, il ne devient réservataire que si le défunt ne laisse aucun descendant : en présence d'enfants (peu important qu'il s'agisse d'enfants communs ou non), le conjoint peut être écarté en totalité de la succession (jusqu'à la réforme du 23 juin 2006, il en était de même en présence d'ascendants).

En l'absence de descendants, la réserve du conjoint est limitée au quart de la succession (art. 914-1).

■ 10. Car il faut convertir cet usufruit en capital pour l'imputer sur la part générale du conjoint dans la succession, conversion non seulement arbitraire mais encore contraire à la finalité même du texte.

■ 11. Ce point est discuté : cf. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., n° 223 et s. — POLLAUD-DULIAN, *Droit d'auteur*, n° 476 et s.

— *Quant aux droits spéciaux au logement*, seul est d'ordre public le droit temporaire à jouissance gratuite d'un an (*supra*, n° 233 et 406). En revanche, le droit viager d'habitation peut être écarté par testament notarié (art. 764).

237 **Augmentation.** À l'inverse, la loi permet au conjoint qui le souhaite de prévoir par *des donations ou des testaments* un élargissement considérable de la part du conjoint survivant, même en présence d'héritiers réservataires. En effet, la quotité disponible ordinaire est élargie entre époux (art. 1094-1). Tout particulièrement, il est possible de donner au conjoint la faculté de choisir, plutôt que sa part successorale, de recevoir l'usufruit sur la totalité du patrimoine du défunt, même en présence d'enfants d'un autre lit. Cette formule, qui emprunte souvent la forme d'une « *donation au dernier vivant* » réciproquement consentie, assure au conjoint veuf la certitude de pouvoir continuer de bénéficier en pratique des biens dont le ménage disposait lorsqu'il vivait ensemble et tout particulièrement du logement ou des biens à usage professionnel dont il se servait.

§ 3. DROITS ALIMENTAIRES

238 **Pensions subsidiaires.** Une fois la succession réglée, il se peut que le conjoint veuf se trouve dans une situation patrimoniale difficile. Sans doute sa qualité de veuf lui confère-t-elle certains avantages et certains droits du point de vue social : il bénéficie généralement d'une fraction au moins de la pension de retraite qu'aurait perçue son conjoint s'il avait survécu. Mais si ses ressources sont insuffisantes, le veuf peut se trouver dans un état de besoin.

Dans une telle hypothèse, il dispose de *recours alimentaires*. Sans compter les obligations alimentaires qui peuvent exister à son profit contre les membres de sa propre famille par le sang, et qui ne sont en rien afférentes à son état de veuvage, il convient de préciser le sort des *obligations alimentaires découlant du mariage dissous*.

D'une part, le conjoint veuf dispose d'un droit alimentaire contre *ses anciens beaux-parents* dans le cas où il existe des enfants issus du mariage (et qui sont donc les petits-enfants des beaux-parents) : l'article 206 du Code civil met toutefois fin à cette obligation en l'absence d'un tel lien (ou s'il disparaît par le décès desdits enfants).

D'autre part, le veuf dispose d'une créance alimentaire contre la *succession de son conjoint prédécédé*. Si cette succession ne lui revient pas et s'il se trouve dans un état de besoin, on considère que le conjoint décédé aurait dû, à tout le moins, se préoccuper des conditions de survie du veuf. Une pension alimentaire est accordée à celui-ci, qui doit être *prélevée sur le patrimoine de la succession*. Elle est ainsi supportée par tous les héritiers, mais ceux-ci ne sont pas tenus personnellement : ils ne le sont que dans les limites du patrimoine de la succession. Cela signifie que ce n'est jamais sur leur patrimoine personnel que l'exécution de la pension alimentaire peut être réclamée, mais seulement sur le montant de la succession.

Cette obligation alimentaire, énoncée hier par l'article 207-1 et aujourd'hui par l'article 767 du Code civil, doit être réclamée dans le délai d'un an à compter de

l'ouverture de la succession, ce délai étant cependant prolongé tant que les opérations de partage ne sont pas terminées¹².

Le montant de la pension alimentaire doit, bien sûr, être déterminé en considération, d'une part, des besoins de l'époux veuf et, d'autre part, des capacités, non pas des héritiers à titre personnel, mais du patrimoine successoral, puisque c'est sur ce patrimoine que les versements devront être prélevés¹³. Il a été jugé que, constituant un prolongement du devoir de secours qui existait entre les époux, cette obligation n'est pas susceptible d'être réduite ou supprimée à raison des fautes de son bénéficiaire par application de l'article 207, alinéa 2¹⁴. Cette obligation alimentaire cesse lorsque le veuf vient à contracter un nouveau mariage.

■ 12. Cette prolongation ne joue que s'il s'agit d'un partage ordonné judiciairement (Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, n° 09-67864).

■ 13. Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, *D.* 1995, somm. 44, obs. GRIMALDI.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995, *JCP* 1995.II.22407 et la note. – Sur l'idée générale d'une survie du devoir de secours et ses conséquences, v. FEHRENBACH, *Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès : LPA*, 29 décembre 2000, p. 4 et s.

CHAPITRE 2

LE QUASI-VEUVAGE PAR ABSENCE DÉCLARÉE

TEXTES

Code civil, articles 128, alinéa 3 et 132

Art. 128, al. 3. – Le conjoint de l’absent peut contracter un nouveau mariage.

Art. 132. – Le mariage de l’absent reste dissous, même si le jugement déclaratif d’absence a été annulé.

239 Absence et disparition : position du problème. On sait que le Code civil a été amené à organiser des régimes relatifs au sort des personnes qui ont disparu sans laisser de trace sans que leur décès ait pu être matériellement constaté. Selon que les circonstances font ou non présumer le décès, ces régimes sont respectivement ceux de la déclaration de décès par jugement (C. civ., art. 88 et s.) et de la déclaration d’absence (art. 122 et s.). Ils envisagent naturellement le cas où l’intéressé vient à reparaître (art. 92 et 129 et s.).

Les conséquences de ces situations sur le mariage de l’intéressé ont évolué.

Dans le système du Code civil, la déclaration d’absence (seul mécanisme alors existant) ne mettait pas fin au mariage de l’absent. Si probable que fût devenu, avec le temps, le décès de l’absent, il n’était jamais expressément constaté. Sa succession était certes réglée comme s’il était décédé, mais ce décès n’était pas officiellement déclaré et le mariage de l’absent n’était donc jamais dissous. Il en résultait que le conjoint de l’absent ne pouvait pas se remarier (situation délibérément voulue par le codificateur napoléonien pour rassurer les soldats en campagne). Ce « *quasi-veuf* » était donc le plus souvent amené à vivre dans un concubinage qu’on hésitait toutefois à qualifier d’adultérin, à défaut de preuve de l’existence d’un conjoint bafoué¹.

■ 1. Cf. Crim., 23 avril 1972, *RTD civ.* 1972.781, note DURRY. – Amiens, 7 octobre 1974, *D.* 1975, somm. 22.

Lorsqu'en 1945 a été organisé le système du jugement déclaratif de décès en cas de disparition dans des circonstances le faisant présumer, il a certes été décidé que ce jugement produisait les mêmes effets qu'un décès, de sorte que le mariage était dissous, mais cette dissolution n'était pas définitive : en cas de réapparition, le jugement déclaratif de décès se trouvait annulé et toutes ses conséquences étaient anéanties, dont la dissolution de son mariage, de sorte que celui-ci était purement et simplement rétabli, ce qu'impliquait nécessairement l'article 92 ancien qui prévoyait que le régime matrimonial était rétabli et reprenait son cours.

Même en considérant les dilemmes cornéliens résultant de telles situations (si puissamment décrits par Balzac dans *Le colonel Chabert*), les inconvénients de ces solutions de froide logique n'étaient que trop évidents.

240 Réforme du 28 décembre 1977. C'est pourquoi la loi du 28 décembre 1977, réformant le régime des absents, a modifié les conséquences de la disparition et de l'absence sur le mariage de l'intéressé.

Tout d'abord, elle a décidé que *le mariage de l'absent est dissous*. L'article 128, alinéa 3, du Code civil dispose expressément que le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage, ce qui implique nécessairement qu'il est considéré comme un veuf.

Ainsi, par cette première disposition, les conséquences de l'absence et du jugement déclaratif de décès se trouvent unifiées : dans ces deux situations, le mariage du disparu est dissous, et l'état de veuvage commence.

241 Date de la dissolution. Il convient de préciser que cet état de veuvage commence cependant à des moments différents. En ce qui concerne la **disparition** conduisant à un jugement déclaratif de décès, l'état de veuvage commence *au jour fixé par le jugement* comme étant celui du décès probable. En cas d'**absence**, le veuvage commence *au jour du jugement déclaratif* d'absence, qui ne peut intervenir que soit dix ans après le jugement ayant constaté la présomption d'absence, soit vingt ans après la dernière apparition de l'absent.

242 Retour de l'absent ou du disparu : inefficacité sur le plan du mariage. De plus, par une seconde disposition, la réforme a conféré un caractère définitif au veuvage ainsi institué. L'article 132 du Code civil dispose, en effet, que *le mariage de l'absent reste dissous* même si le jugement déclaratif d'absence doit être ensuite annulé par suite d'une réapparition de l'absent. Et la même loi a modifié l'article 92 du Code civil relatif au jugement déclaratif de décès, pour y insérer des dispositions faisant tout simplement référence à l'article 132, de sorte que *le mariage du disparu reste dissous* comme celui de l'absent.

Ainsi, par cette seconde disposition, est réglée, de manière uniforme pour les deux hypothèses, la conséquence du retour du disparu ou de l'absent. Ce retour, s'il permet à l'intéressé d'être réintégré dans ses biens et sa situation juridique générale, ne remet pas en cause la dissolution de son mariage. Le conjoint du disparu ou de l'absent reste veuf même si celui-ci revient.

Dès lors, deux possibilités se présentent au revenant et à son « *veuf* » : ou bien l'on se trouve en présence d'un Ulysse et d'une Pénélope, et il leur faudra, pour rétablir la situation antérieure, contracter un nouveau mariage ; ou bien le « *veuf* »

a réorganisé sa vie en fonction de la disparition de son ancien conjoint, et notamment a pu se remarier, et le retour de l'absent ne troublera pas la situation juridique qui s'est établie. La nécessité de conclure un nouveau mariage, formalité assez légère, dans la première hypothèse, est un inconvénient bien moins important que les énormes difficultés que suscitait le maintien du mariage dans la deuxième hypothèse, sans doute plus fréquente.

243 **Conséquences du retour.** S'il ne remet pas en cause la dissolution du mariage, le retour du disparu ou de l'absent produira toutefois des effets indirects à l'égard du « *quasi-veuf* ».

Sur le plan patrimonial, si la liquidation du régime matrimonial n'est pas remise en question, il n'en va pas de même des droits successoraux : la succession qui avait été ouverte se trouve évidemment annulée et le « *revenant* » rentre dans ses droits (cf. art. 130). Le « *quasi-veuf* » devra donc restituer les biens qu'il avait pu recueillir à ce titre.

Sur le plan personnel, on peut se demander si le « *quasi-veuf* » conserve alors encore le droit de porter le nom de son ex-conjoint, alors que celui-ci peut se remarier. Peut-être faudrait-il étendre ici le régime du port du nom après divorce (cf. *infra*, n° 345 et s.).

SOUS-TITRE 2

LE DIVORCE

244 **Définition.** Le divorce est la dissolution du mariage du vivant des époux.

Une telle dissolution répond à un besoin pratique ; l'observation démontre que, dans un certain nombre de cas, les deux époux ou l'un d'entre eux ne souhaitent plus poursuivre l'union que le mariage avait consacrée. Il y a là un phénomène sociologique, vérifié de tout temps, et qui ne peut que se constater. Mais les résonances sociales, morales et religieuses du mariage font de ce constat autre chose qu'une simple mésentente contractuelle. Ce qui soulève la « *question du divorce* », préalable nécessaire à la description du droit positif actuel.

CHAPITRE 1

LA QUESTION DU DIVORCE

245 **Éventail des conceptions possibles.** En présence de ce phénomène de dégradation de l'union conjugale, le droit (c'est-à-dire le groupe social) peut adopter diverses attitudes que l'on peut ranger, de manière schématique, en quatre catégories.

- **Une première attitude** consiste à *interdire* purement et simplement une telle dissolution du mariage. Le groupe social, considérant l'utilité et la fonction sociale de la cellule familiale, peut interdire sa désagrégation, tant par souci de l'ordre public que par souci du bien des enfants éventuellement issus du mariage. Une telle conception implique naturellement que, d'une manière générale, le système juridique en cause privilégie la considération du groupe et la hiérarchie par rapport à celle de la liberté individuelle et de l'épanouissement de chaque individu.

Cette première attitude s'observe dans des droits primitifs, mais aussi dans des droits plus évolués soumis à l'emprise d'une influence religieuse importante, le levier de la religion apparaissant seul assez puissant pour contenir les forces individuelles naturelles.

- **Une deuxième attitude**, radicalement à l'opposé de la précédente, consiste à permettre à chaque époux de mettre fin à tout moment au mariage par une *simple décision unilatérale*. Cette rupture unilatérale du mariage par simple manifestation de volonté est parfois appelée répudiation, bien que le terme, dans son sens premier, ne vise que la répudiation de la femme par le mari.

Outre les droits permettant la répudiation proprement dite, sur la volonté du mari, de nombreux systèmes ont donné à chacun des époux la possibilité de mettre fin au mariage, à tout moment, par une simple déclaration de volonté. C'est notamment à cette situation qu'était parvenu le *droit romain* dans son dernier état : le mariage y était conçu comme résultant non pas d'un consentement initial donné définitivement, mais d'un consentement constamment renouvelé, de sorte que la cessation du consentement de l'un des époux y mettait fin. Il suffisait à l'époux désirant faire cesser l'union de signifier à l'autre, par quelque formalité officielle, sa décision.

Nombre de systèmes contemporains connaissent cette rupture unilatérale, sous la forme quelque peu déguisée du divorce pour *incompatibilité d'humeur*, qui était admis en France sous la Révolution et qui est reconnu, à l'heure actuelle, dans un certain nombre de pays anglo-saxons ou nordiques. Chacun sait, en effet, que l'incompatibilité d'humeur est quelque chose qui n'a rien d'objectif, qui résulte simplement de la manière de chacun de percevoir la vie en commun, et qu'il est très aisé pour un époux qui l'a décidé de créer à lui seul dans le ménage un climat tel que l'incompatibilité d'humeur en résulte. Admettre le divorce pour une telle incompatibilité revient donc à consacrer en réalité un divorce par décision unilatérale de l'un des époux.

• **À mi-chemin** entre ces deux conceptions extrêmes, se trouvent des attitudes reconnaissant la nécessité du divorce, mais ne l'admettant pas par une décision unilatérale de l'un des époux. Ces attitudes intermédiaires sont elles-mêmes susceptibles de deux aspects.

D'une part, il est possible d'admettre que le mariage qui a été formé par un accord entre les deux époux puisse être dissous par un même accord. C'est alors le divorce par *consentement mutuel*. Cette forme de divorce, au premier abord séduisante par l'idée d'une logique apparente que la volonté des deux intéressés peut défaire ce qu'elle a fait, est admise, à l'heure actuelle, dans un grand nombre de systèmes. Elle implique naturellement une conception contractuelle et non institutionnelle du mariage et une philosophie individualiste, où le mariage est tourné plus vers l'épanouissement personnel des époux que vers une fonction sociale. Elle présente toutefois le handicap de faire en quelque sorte chacun l'otage de l'autre, en ce que toute libération nécessite son accord.

D'autre part, et c'est sans doute l'attitude la plus répandue, il est possible de reconnaître la nécessité du divorce, mais de l'enfermer dans des hypothèses bien **délimitées par la loi** et soumises au contrôle d'un juge. Une telle conception repose sans le dire sur le postulat profond du caractère indissoluble du mariage, auquel seules certaines hypothèses permettent de déroger, hypothèses déterminées par la loi et contrôlées par le juge : les époux doivent justifier de raisons et obtenir une décision pour mettre fin au mariage. Dans la mise en œuvre de cette forme de divorce, deux conceptions peuvent présider au choix des cas qui seront retenus comme permettant le divorce.

La conception du divorce dit *divorce-sanction* conduit à retenir comme cause de divorce les fautes commises par l'un des époux ou par les deux. Dans cette conception, le divorce est regardé comme une sanction à l'égard de celui qui, par son attitude fautive et par ses manquements aux obligations nées du mariage, en a rendu le maintien impossible.

À l'opposé, la conception d'un *divorce-constat* ou encore d'un *divorce-remède* ne conduit plus tant à rechercher en arrière pourquoi l'union a fait faillite, et à qui en incombe la responsabilité, qu'à constater dans le présent la *désunion du ménage* pour y apporter remède pour l'avenir. Le divorce apparaît alors comme étant la seule solution à une situation de fait qui a abouti à une impasse.

SECTION 1 | **HISTORIQUE**

246

Évolution du choix français. Entre ces quatre attitudes, la position du droit positif français a varié. Pour bien comprendre l'évolution de cette position et le grand retentissement qu'ont toujours eu les réformes en cette matière dans l'opinion publique, il faut garder à l'esprit que la matière est de celles où le droit croise des conceptions religieuses et morales extrêmement profondes. La question du divorce est une question d'ordre tout à la fois moral, religieux, sociologique et juridique. Mais son dernier terme, à savoir son aspect juridique, ne présente aucune véritable autonomie par rapport aux trois autres : la règle de droit, ici comme ailleurs, et peut-être plus encore qu'ailleurs, n'est pas une règle autonome qui porte sa fin en soi, mais n'est que la consécration pratique et technique de choix d'ordre politique, religieux ou moral.

C'est pourquoi les différents stades de l'évolution du droit positif en matière de divorce ne sont que le reflet d'une évolution sociale beaucoup plus générale.

247

Ancien Droit. Pour s'en tenir au monde occidental, on peut observer que, si le divorce a été connu et pratiqué de plus en plus facilement à Rome, c'est la prédominance des idéologies chrétiennes qui a ensuite imposé la conception d'un **mariage indissoluble**. Si cette conception n'a jamais pu triompher dans l'Empire romain, même après que le christianisme eut été adopté, elle a, en revanche, dominé la situation du droit de l'Occident pendant une dizaine de siècles. Le droit des personnes et de la famille étant, pendant cette période, directement sous l'emprise des autorités et des juridictions ecclésiastiques, l'indissolubilité du mariage a écarté tout divorce. Ce n'était pas que les ménages s'entendaient nécessairement si bien qu'ils puissent continuer de vivre ensemble. Mais, pour les cas de mésentente, d'autres remèdes existaient : d'une part, l'**annulation du mariage** était plus fréquente, les causes de nullité du mariage étant en droit canon beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus largement comprises qu'en droit civil ; d'autre part, l'on connaissait la **séparation de corps**, permettant aux époux, sans que le lien du mariage soit dissous, de cesser la vie commune. Cette séparation de corps, qui nécessitait une décision de la justice ecclésiastique, ne pouvait être demandée par le mari que pour cause d'adultère de la femme ; elle pouvait au contraire être demandée par la femme pour un grand nombre de fautes¹.

La survenance de la Réforme a conduit, ici comme ailleurs, à une scission entre les régimes de religion catholique et les régimes de religion réformée. Dans les premiers, essentiellement les pays latins, le divorce a continué d'être exclu ; dans les seconds, au contraire, il a été admis.

248

Révolution, Code civil et XIX^e siècle. La *Révolution française*, guidée par le souci prédominant de garantir la liberté individuelle des citoyens, a introduit le divorce de manière très large. Le caractère perpétuel du lien de mariage étant considéré comme une atteinte à la liberté individuelle, le divorce a été admis pour toutes

¹ I. V. OURLIAC, *L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien Droit*, Colloque de Pau des 24 et 25 novembre 1983, *LPA*, 20 avril 1984, p. 4.

sortes de cause : non seulement il a été admis par **consentement mutuel**, manifesté par simple déclaration devant l'officier d'état civil, mais encore il a été ouvert sur demande de l'un des époux pour des causes indéterminées aussi nombreuses que variées, allant jusqu'à l'incompatibilité d'humeur et de caractère, c'est-à-dire permettant, en fait, comme il a été indiqué, un divorce par **volonté unilatérale**².

Il en est résulté un nombre de divorces très important pendant la période révolutionnaire, que l'on impute, souvent à tort, à l'état de dissolution des mœurs, oubliant qu'un grand nombre de couples auparavant séparés ont pu profiter des nouvelles dispositions légales, de sorte que, parmi les divorces prononcés, beaucoup n'étaient que la régularisation de désunions consommées depuis longtemps.

En 1804, et sous l'œil personnel du méditerranéen Bonaparte, les auteurs du *Code civil* ont entendu marquer une réaction et, sans remettre en cause le principe même du divorce, en limiter l'application à un certain nombre de cas. Ils sont revenus au *principe de l'indissolubilité du mariage* considéré comme une règle à laquelle il ne pouvait être dérogé que dans deux cas délimités : d'une part, le divorce pouvait être demandé par l'un des époux pour *faute de l'autre*, rendant intolérable le maintien du lien conjugal ; d'autre part, le **divorce par consentement mutuel** était admis, mais dans des conditions beaucoup moins laxistes que celles de la période révolutionnaire, puisque entravé par une procédure longue et des conditions relativement sévères, telles que celle faisant obligation à chacun des époux de faire l'abandon immédiat de la moitié de sa fortune aux enfants³.

Le Code civil a également rétabli la *séparation de corps* de l'Ancien Régime abolie sous le droit intermédiaire et qui apparaît ainsi comme pouvant coexister avec le divorce : elle constitue une faculté pour les citoyens dont les convictions morales ou religieuses ne s'accommodent pas d'une dissolution du lien du mariage, mais dont la vie courante ne s'accommode pas non plus du maintien de la cohabitation.

La Restauration, en 1816, a supprimé le divorce ; et, curieusement, celui-ci n'a pas été rétabli lors du départ définitif des rois de France. L'indissolubilité du mariage a été maintenue non seulement pendant l'éphémère Seconde République, mais également pendant tout le Second Empire, et pendant plus des dix premières années de la Troisième République⁴.

Ainsi donc, si étrange que cela puisse nous paraître aujourd'hui, la quasi-totalité du XIX^e siècle s'est déroulée sous un régime d'indissolubilité du mariage. Ce n'est que pendant les seize premières et les seize dernières années de ce siècle que le divorce a été possible.

249 Loi Naquet de 1884. Ce n'est qu'en 1884 que le divorce a été rétabli par une loi connue sous le nom de son instigateur, le député Naquet, professeur de droit aux idées inspirées du siècle des Lumières et dont le combat, commencé en 1875, a

■ 2. Pour une comparaison intéressante, v. DEMARS-STON, *L'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792*, RTD civ. 1980.231.

■ 3. ROUGHOL-VALDEYRON, *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon* : RTD civ. 1975.482.

■ 4. GAZZANIGA, *Le divorce de la législation révolutionnaire à la loi de 1884*, Colloque de Pau, préc. p. 7. – Pour une étude spécifique, v. SICARD, *Le divorce à Toulouse durant la Révolution française* in *Mél. Marty*, 1979, Faculté de Toulouse, p. 1051.

duré près de dix ans⁵. Le débat d'opinion fut extrêmement vif (à une époque où la séparation de l'Église et de l'État n'était pas acquise) et la loi qui en est sortie (qui était le troisième projet de son auteur, très en retrait sur les précédents qui faisaient aussi leur place au divorce par consentement mutuel et même au divorce par volonté unilatérale persistante) consacrait à l'état pur la conception du *divorce-sanction* :

— quant à ses *causes*, le divorce n'était admis que sur la preuve de la *faute* de l'un des époux constituant un manquement à ses obligations conjugales et rendant intolérable le maintien du lien conjugal : le divorce par consentement mutuel était exclu de notre droit positif et *a fortiori*, le divorce par décision unilatérale ;

— quant aux *conséquences du divorce*, elles étaient également dominées par l'idée de sanction : le divorce était prononcé *contre* l'époux qui avait commis les fautes justifiant ce prononcé ; si les deux époux étaient responsables de la situation, le divorce était prononcé aux *torts réciproques* et l'attribution des torts du divorce emportait un certain nombre de conséquences pénalisant le coupable : ainsi perdait-il la garde des enfants, les donations ou avantages matrimoniaux dont il avait bénéficié, et était-il soumis à l'obligation de verser à l'autre une pension alimentaire prolongeant le devoir de secours.

250 **Évolution au xx^e siècle.** Cette conception renfermait un **double inconvénient** dont l'importance s'est révélée de plus en plus gravement au fil du temps.

D'une part, elle exacerbait les *hostilités entre époux* : l'attribution des torts du divorce emportant des conséquences importantes, notamment sur le plan matériel, les époux étaient inévitablement amenés à se livrer au cours du procès une bataille sans merci, les poussant à exploiter tous les éléments pouvant être utilisés. Le résultat en était qu'ils sortaient du procès encore plus brouillés qu'ils ne l'étaient auparavant et qu'il était quasiment impossible pour eux de vivre leur « après-divorce » dans des conditions satisfaisantes. Or, cette période de l'après-divorce n'est pas indifférente : dans la mesure où les anciens époux vont devoir, notamment sur le plan patrimonial, et, de plus, pour l'éducation des enfants, s'il y en a, continuer à entretenir des relations nécessaires, il était fâcheux que la procédure de divorce même conduise à aviver leurs antagonismes.

D'autre part, cette conception du divorce-sanction laissait en dehors du champ d'application de la loi un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles pourtant le maintien de la vie commune et du mariage ne paraissait pas nécessairement souhaitable.

Au fur et à mesure que s'avancait le xx^e siècle et le mouvement général donnant peu à peu le pas à la considération de chaque individu sur celle du groupe familial auquel il appartient, et écartant progressivement les contraintes de hiérarchie au profit d'un épanouissement de la liberté individuelle (*supra*, n° 12), on a de moins en moins facilement admis que deux personnes, qui souhaitaient divorcer, ne le puissent pas simplement au nom de la préservation de l'institution familiale. Plus avant, et sur le second versant du siècle, cette évolution a également conduit à regarder comme de moins en moins admissible qu'un individu puisse être maintenu contre son gré dans les liens d'un mariage qu'il ne tolère plus. En d'autres termes,

■ 5. Cf. COULON, *Le divorce et la séparation de corps*, 1890.

l'exclusion du divorce par consentement mutuel et même l'impossibilité d'un divorce par volonté unilatérale étaient de plus en plus difficilement supportées et le Conseil Constitutionnel a fini par mettre sur le même plan la « *liberté pour chacun de se marier autant que de mettre aux liens du mariage* »⁶.

À mesure que le divorce entraînait dans les mœurs et que le nombre de divorces annuels augmentait, les limites apportées par la loi à la possibilité de divorcer apparaissaient de plus en plus en désaccord avec l'état sociologique de la population française. Et, comme dans une telle matière c'est la réalité sociologique qui l'emporte nécessairement sur l'état des textes, la pratique des tribunaux a été progressivement amenée à s'éloigner des textes, non pas que la lettre en soit méconnue, car la Cour de cassation en assurait le respect, mais en ce que l'esprit en a été de plus en plus tourné. C'est ainsi que les tribunaux ont de plus en plus souvent toléré que des divorces par consentement mutuel soient déguisés en divorces pour fautes dans lesquels les fautes étaient constituées de toutes pièces par les parties. Sans doute des obstacles procéduraux avaient-ils été dressés pour éviter de telles pratiques : ainsi, notamment, était-il impossible d'établir les fautes par un aveu, où serait dissimulé facilement un divorce d'accord. Mais même quand les dossiers étaient constitués par les avocats des parties, en commun accord, les juges, loin d'être dupes, admettaient cependant de prononcer le divorce, convaincus qu'il était assez vain de vouloir renvoyer chez eux mariés des gens qui étaient fermement décidés à ne plus vivre ensemble.

Après une tentative de réaction du gouvernement de Vichy, qui interdisait, par exemple, le divorce dans les trois premières années du mariage, le phénomène d'accroissement du divorce s'est considérablement accéléré au cours de la IV^e République et dès les premières années de la V^e. La discordance existant entre l'état des textes de 1884 et l'état sociologique était telle qu'une réforme s'imposait.

251 Loi Carbonnier de 1975 : refonte fondamentale. Comme souvent en législation, c'est une convergence qui a déclenché l'intervention de cette réforme, qui couvait depuis plusieurs années sans parvenir à éclore : la convergence entre un souffle général d'aération à la tête de l'État (c'est la même année que la majorité a été abaissée de 21 à 18 ans et qu'a été légalisée l'IVG) et, au même moment, la disponibilité du plus grand juriste du siècle, de surcroît libre de tout catholicisme et rompu au droit de la famille dont il venait déjà de refondre plusieurs pans entiers (les régimes matrimoniaux en 1965, l'autorité parentale en 1970 et la filiation en 1972).

Intervenue après des études comparatives et sociologiques⁷, la loi du 11 juillet 1975 a entendu réformer le divorce sur **trois axes fondamentaux**⁸ concernant les trois volets de la matière, à savoir les cas de divorce, la procédure et les

■ 6. Cons. Constit. 29 juillet 2016, n° 2016-557 QPC, *Dr. fam.* 2016, 194 note BINET

■ 7. V. la très importante enquête réalisée par l'INED à la veille de la réforme de 1975, *Le divorce et les Français*, 2 vol.

■ 8. Pour une présentation de la réforme par son auteur : CARBONNIER, *La question du divorce*, D. 1975, chron. 116.

conséquences du divorce. Ces trois axes n'ont pas été remis en cause, mais au contraire prolongés par la réforme de 2004.

En ce qui concerne les cas de divorce, l'idée a été d'ouvrir **plusieurs voies parallèles** pouvant répondre à la diversité des situations et des conceptions possibles de l'institution. Au *divorce-sanction* prononcé sur la faute de l'un des époux et qui a été maintenu parce qu'il répondait à une demande sociologique indéniable, ont été ajoutées *deux autres possibilités de divorce* : d'une part, le *divorce par consentement mutuel* a reçu droit de cité dans notre droit positif ; d'autre part, pour faire place à l'idée de *divorce-constat* ou de divorce-remède et, dans une certaine mesure, mettant ainsi en œuvre la possibilité d'un divorce par volonté unilatérale, il a été prévu la possibilité d'un divorce en cas de séparation apparaissant irréversible. Nous reviendrons, en étudiant chacune des formes de divorce désormais possibles, sur les raisons qui ont poussé le législateur à les instituer, et sur les débats, extrêmement passionnés, qui se sont instaurés à l'occasion de cette réforme.

En ce qui concerne la procédure du divorce, le souci majeur a été de tenter de « *dédramatiser* » le divorce. On a voulu éviter que le procès en divorce n'exacerbe les tensions entre les époux. Diverses mesures ont été prises en ce sens. Notamment, a été institué le juge aux affaires matrimoniales, devenu en 1994 le juge aux affaires familiales, magistrat spécialisé, chargé dans chaque tribunal de traiter toutes les procédures de divorce. Toute la procédure se déroule devant lui – ainsi que toutes les difficultés pouvant naître de l'après-divorce. Le rôle du « JAF » est autant de faire accepter les décisions que de les prendre, et de trouver les terrains d'entente entre les époux.

En ce qui concerne les effets du divorce, l'idée a été de désamorcer le phénomène de vindicte en réduisant la place des sanctions, et aussi de tenter de *regrouper dans un moment* le plus rapproché possible de celui du prononcé du divorce le règlement définitif de tous les rapports entre époux, afin d'éviter que le jugement de divorce et les mesures qu'il prend soient trop exposés à l'action corrosive du temps. Il est aisément compréhensible, en effet, qu'un jugement de divorce qui, par exemple, condamne l'un des époux à un versement périodique soit de moins en moins facilement exécuté au fur et à mesure que le temps passe : l'époux condamné peut verser avec une certaine bonne volonté pendant les premiers mois, voire les premières années, puis l'exécution peut devenir de plus en plus espacée, pour aboutir à une inexécution totale.

252 Évolution et nouvelles questions. Fin sociologue, Carbonnier n'avait lui-même conçu son œuvre que comme ouvrant des voies que l'avenir se chargerait d'élargir ou infléchir. Et, de fait, environ un quart de siècle plus tard, et sous la poussée de nouvelles évolutions sociologiques (explosion des unions hors mariage, apparition du PACS, développement des « *familles recomposées* », etc.), de nouveaux débats ont ressurgi : bon nombre des concessions au passé qu'avait consenties la loi de 1975 pour ménager les générations antérieures (notamment par le maintien d'une certaine place à l'idée de faute et de manquement à un engagement perpétuel) n'intéressaient plus la nouvelle génération, qui s'est posée de nouvelles questions. Les deux principales sont les suivantes.

— Faut-il toujours **une cause** pour divorcer ? L'exigence même d'une telle cause, dont il faudrait justifier devant un juge, postule toujours une *logique*

d'indissolubilité de mariage qui relève de convictions personnelles, non d'un droit laïque devant assurer la liberté de chacun. Et la situation de celui qui souhaite mettre fin au mariage sans disposer ni de l'accord de l'autre ni d'un grief à son encontre, et qui reste encore prisonnier du lien conjugal, ne peut être décemment prolongée – sauf à vouloir maintenir les traces du mariage catholique indissoluble et à ainsi faire du régime du divorce un « *repoussoir* » pour le mariage. C'est pourquoi beaucoup ont proposé d'introduire en droit français un « *divorce par volonté unilatérale persistante* », qui figurait déjà dans le premier projet de Naquet en 1876, sur la base d'un remarquable exposé des motifs⁹. Et l'on s'est, dans la foulée, demandé si l'existence même d'un divorce pour faute ne méritait pas d'être remise en question, tant il est délicat et souvent vain de vouloir rechercher et désigner un « *culpable* » au prix d'un procès qui alimente les hostilités¹⁰. Au surplus les fautes véritables peuvent toujours relever d'une action en responsabilité, sans demeurer une « *condition* » du divorce.

— Faut-il toujours **un juge** pour prononcer le divorce ? Bien que l'assouplissement de la procédure ait considérablement accru le nombre de divorces « *pacifiques* » qui permettent aux ex-époux de conserver ensuite des relations « *civilisées* » bénéfiques pour l'éducation des enfants éventuels, la perspective d'un contentieux éventuel incite certains couples à délaisser le mariage au profit de l'union libre ou du PACS, dont la rupture n'exige aucune procédure. De plus en plus de voix ont suggéré de renoncer au stade inéluctable du tribunal pour permettre (comme sous le droit intermédiaire : *supra*, n° 248) un divorce devant l'état civil (ou un notaire), par un parallélisme des formes avec le mariage. Des commissions de réflexion (Dekeuwer-Défossez en 1999 et Guinchard en 2008) ont recommandé la prudence à ce sujet. Il ne faut certes pas oublier que lors du mariage, les époux sont en plein accord alors que le divorce, par nature destructeur, met en jeu des intérêts que le juge a pour mission de protéger (enfants, mais aussi le conjoint le plus faible) de sorte que cette forme ne serait facilement concevable que dans des cas « *simples* » (accord des époux, absence d'enfants et situations patrimoniales équivalentes). Mais on peut aussi observer qu'il existe toujours des voies de procédure propres à chaque difficulté et qu'il est en grande partie inutile d'imposer le procès comme un passage obligé (et toujours frustrant : combien de divorcés ont été satisfaits de leur procès ?). C'est finalement ce second courant qui a été entendu par la loi du 18 novembre 2016, avec à la vérité pour véritable impulsion la volonté d'alléger les tribunaux (*infra* n° 254).

Dans le même temps, les changements de contexte socio-économique avaient déjà imposé des modifications touchant aux effets du divorce : en 2000 pour la prestation compensatoire, à raison de la volatilité des situations économiques ; en 1993 et surtout en 2002 pour le sort des enfants, « *sorti* » du droit du divorce pour rejoindre le régime unitaire de la cohorte des enfants de parents désunis.

Une nouvelle intervention législative s'imposait donc.

■ 9. Cf. COULON, *Le divorce et la séparation de corps*, 1890, t. 2, p. 58 et s.

■ 10. Pour les convaincantes observations d'un juge aux affaires familiales sur la « *nocivité* » et l'archaïsme du divorce pour faute, v. GANANCIA, *Pour un divorce du XXI^e siècle*, *Gaz. Pal.* 1997, doct. 662.

253 Loi du 26 mai 2004 : prolongement de la refonte de 1975. En octobre 2001, à la fin d'une législature de gauche, l'Assemblée nationale avait voté un texte (refusé par le Sénat) très novateur : s'il maintenait le caractère nécessairement judiciaire du divorce, remis en cause par certains, il privilégiait le divorce d'accord et le divorce objectif au point de supprimer purement et simplement le divorce pour faute, dont l'existence même est un appel à un débat souvent malsain et impuissant sur la recherche d'une imputabilité, voire d'une déculpabilisation, du divorce afin qu'il ne soit plus ressenti non seulement comme un échec personnel mais comme une sorte de « *faute sociale* ».

Le changement de majorité politique en 2002 n'a pas fait abandonner le principe d'une réforme, mais a donné au texte issu de la loi finalement intervenue le 26 mai 2004 une tonalité générale plutôt conservatrice, en ce sens qu'il s'efforce de se placer dans l'exacte continuité du texte antérieur. C'est sans doute là une forme de sagesse, car il est vrai qu'en ce domaine, on peut privilégier les infléchissements qui laissent à la pratique le soin de concrétiser progressivement les évolutions.

Il faut d'ailleurs se souvenir que Jean Carbonnier avait lui-même conçu la réforme de 1975 – comme les autres réalisées sous son égide – comme à beaucoup d'égards une étape de transition. Il est probable que la réforme de 2004, souvent marquée de « *prudence* », présente le même caractère, ce qui explique que le droit nouveau qui en est issu paraît encore bien en retrait sur ceux de nombreux autres pays voisins.

En face de cette timidité sur le fond, la réforme a été marquée par une incontestable haute qualité technique. Sans doute en grande partie grâce aux travaux de haute tenue de la « *Commission Dekeuwer-Desfossez* » précédemment évoquée, les mécanismes procéduraux et les préoccupations issues des difficultés rencontrées dans la pratique quotidienne ont été très bien maîtrisés, et traités le plus souvent avec une imagination pertinente. Ce qui a donné en définitive à la loi le tour général d'une excellente amélioration technique de la loi de 1975 bien plus que d'une véritable « *réforme* » en profondeur.

Le souci de conserver le cadre de la loi de 1975 s'est traduit matériellement par la conservation des numéros d'articles dans la mesure du possible. Cette mesure étant cependant limitée, on assiste à ce paradoxe que certains numéros sont désormais vides, tandis que se multiplient les « *numéros à indice* », sans pour autant éviter de nombreux déplacements.

L'application du nouveau régime (aux procédures initiées à partir du 1^{er} janvier 2005) a d'ailleurs confirmé l'assouplissement pratique en résultant, augmenté par la réunion de compétences élargies entre les mains du juge aux affaires familiales (loi du 12 mai 2009 et décret du 17 décembre 2009 : CPC, art. 1070 et s. et COJ, art. L. 213-1 et s.).

254 Loi du 18 novembre 2016 : le divorce sans juge. Sans apporter une nouvelle réforme de fond, la loi du 18 novembre 2016, consacrée à la « justice du XXI^e siècle » et mue par le souci d'alléger en toutes matières la charge des tribunaux, a en réalité franchi une étape supplémentaire, et quasiment révolutionnaire sur le plan des symboles, en ouvrant la possibilité d'un divorce sans juge : dans les cas où les époux parviennent à régler tous les points, leur divorce peut, depuis le

1^{er} janvier 2017, être purement contractuel, avec l'intervention d'avocats et d'un notaire, mais sans le contrôle judiciaire (v. *infra* n^{os} 268 s.)

SECTION 2 | TABLEAU GÉNÉRAL

255 **Traits fondamentaux.** Tel qu'il est issu des réformes de 1975-2004, le droit français du divorce se caractérise par **cinq traits fondamentaux** qu'il est utile de mettre en lumière d'emblée car ils constitueront le cadre et la toile de fond de l'ensemble du régime.

256 **Droit d'ordre public.** Le droit de mettre fin au mariage en recourant aux diverses procédures ouvertes pour divorcer est un droit d'ordre public. Nul ne peut y renoncer à l'avance, ni lors de la célébration du mariage ni pour un engagement au cours de l'union¹¹. Ce caractère d'ordre public est si marqué qu'il s'étend à l'ordre international (*infra*, n^o 262). La Cour européenne des droits de l'homme a cependant refusé de proclamer un « droit au divorce »¹².

257 **Structure pluraliste souple.** Le premier et le plus original de ces traits tient à la coexistence de plusieurs formes de divorce, énumérées d'emblée par l'article 229 du Code civil :

- le divorce par consentement mutuel ;
- le divorce par acceptation des principes de la rupture ;
- le divorce pour altération définitive du lien conjugal ;
- le divorce pour faute.

Ces quatre voies d'accès au divorce obéissent chacune à un régime propre, même si de nombreux éléments de ce régime sont communs soit aux quatre formes, soit à plusieurs d'entre elles.

C'est dire que les candidats au divorce sont confrontés à un **choix** qui ne dépend d'ailleurs pas entièrement de leur seule volonté mais souvent aussi de la situation qui peut correspondre à certaines de ces voies d'accès et non à d'autres.

Mais ces voies parallèles ne sont pas sans communication : l'un des apports essentiels de la loi du 26 mai 2004 a été d'organiser des « *passerelles* » permettant de passer de la forme initialement choisie à une autre, en particulier à chaque fois qu'au cours du déroulement de la procédure apparaissent entre les époux des accords, généraux ou partiels, propres à réduire ou supprimer le volet contentieux. C'est ainsi par exemple que l'on peut à tout moment quitter une forme contentieuse pour le consentement mutuel total ou pour un divorce accepté dans son principe, forme au contentieux plus délimité (art. 247 et 247-1).

■ 11. Voir Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, *Bull. civ. II*, n^o 102 ; *RTD civ.* 1991.504, obs. HAUSER (pour un engagement de ne pas demander pendant trois ans un divorce pour rupture de la vie commune).

■ 12. CEDH, 14 juin 2011, n^o 15001/04, *Gaz. Pal.*, 18 novembre 2011, p. 28 : même si c'est pour se remarier, la Cour refuse de condamner la législation bulgare bloquant une demande de divorce pour rupture formée par le responsable de cette rupture.

258 **Caractère conventionnel ou judiciaire.** Les quatre formes de divorce avaient jusqu'à la réforme de 2016 en commun de se dérouler devant le tribunal, et plus précisément devant le juge aux affaires familiales, magistrat du Tribunal de grande instance délégué à cette matière : c'était la conséquence du caractère obligatoirement judiciaire du divorce, maintenu jusqu'alors en dépit de propositions contraires (*supra*, n° 252) et en raison de la nécessité de protéger tant les enfants que la partie éventuellement la plus faible. Il n'en est plus ainsi depuis cette réforme ayant admis que le divorce peut se dérouler hors du contrôle du juge et l'on se trouve désormais en présence d'un mécanisme qui peut être soit contractuel, soit judiciaire.

Même dans le cadre judiciaire, le rôle du juge n'a pas la même nature selon que les époux sont en contentieux sur tout ou en accord sur certains points : les points de contentieux, le juge les tranche comme dans tout procès par une décision ; envers les points d'accord, il exerce seulement un rôle de vérification (contrôler leur régularité technique et juridique, s'assurer de la sincérité et la liberté de l'accord, et vérifier que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas sacrifiés) conduisant à l'**homologation** de l'accord.

Selon les formes de divorce, la part respective de ces deux rôles (décision et homologation) varie fortement, de sorte qu'on peut dégager trois catégories :

- la catégorie du « tout conventionnel », qui correspond au divorce par consentement mutuel dans lequel le rôle du juge est refoulé à des cas particuliers (*infra* n° 275) et exclusivement de vérification et d'homologation ;

- la catégorie du « tout contentieux », dans les cas où les époux s'opposent à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences, qui correspond à la plupart des divorces pour faute et pour altération définitive du lien conjugal ;

- la catégorie du « semi contentieux », intermédiaire entre les deux extrêmes précédentes, dans les cas où les époux sont d'accord sur certains points et s'opposent sur d'autres, ce qui correspond non seulement au divorce par acceptation de la rupture (dans lequel le contentieux ne porte que sur ses conséquences), mais aussi aux cas où, dans un divorce naturellement contentieux (pour faute ou rupture), les époux parviennent à des accords partiels sur tout ou partie des conséquences du divorce (art. 268), par exemple sur la liquidation du régime matrimonial, la prestation compensatoire ou les dispositions relatives aux enfants (cf. art. 372-2-13) ; dans cette catégorie « mixte », le juge fera distributivement application de ses pouvoirs de décision et d'homologation de sorte que le jugement présentera la même mixité (ce qui pourra soulever des interrogations quant aux voies de recours).

259 **Faveur aux accords conventionnels.** Un autre des traits fortement accentués par la loi du 26 mai 2004 est la promotion des accords entre époux, qu'ils soient globaux ou partiels :

- les accords globaux sont favorisés en ce qu'à tout moment d'une procédure, les époux peuvent la transformer en divorce par consentement mutuel (art. 247) ;

- les accords partiels le sont en ce que les époux peuvent pareillement soumettre au juge à tout moment soit leur accord sur le principe du divorce (art. 247-1), soit un accord sur tout ou partie des effets du divorce (art. 268).

Il y a là un phénomène de « contractualisation » du divorce contrastant avec le principe d'ordre public qui chassait toute possibilité d'accord avant 1975 et avec lequel la loi de 1975 n'avait que timidement commencé de rompre.

260 Prévalence de la neutralité sur la responsabilité. Le dernier des traits fondamentaux de la loi de 2004 tient à la quasi-disparition de la conception du « *divorce-sanction* » qui, exclusive jusqu'à la réforme de 1975, avait déjà reculé alors tout en étant maintenue à titre de transition.

Si la loi du 26 mai 2004 n'a pas supprimé le divorce pour faute comme le faisait le texte avorté de 2001 (*supra*, n° 253), elle est parvenue presque au même résultat en « *désactivant* » la plupart des sanctions qui s'attachaient à la faute (en particulier la déchéance des donations et du droit à prestation compensatoire). Si bien que le divorce pour faute (d'ailleurs prononcé dans plus de 80 % des cas aux torts partagés) ne présente plus guère qu'un intérêt « *moral* », et ne produit plus d'effets pénalisants pour le conjoint coupable qu'à titre exceptionnel (déchéance du droit à prestation compensatoire seulement « *si l'équité le commande* » et dommages-intérêts en présence de conséquences « *d'une particulière gravité* » : art. 270 et 266).

L'idée générale est que, la conception sous-jacente du mariage indissoluble reculant, il n'y a guère plus lieu de rechercher un « *responsable* » du divorce (dont la désignation relevait souvent de l'aléa des preuves), et que plutôt qu'à remuer le passé avec une lanterne sourde, les forces judiciaires sont mieux employées à organiser l'avenir sur des bases équitables.

261 Indications statistiques. En août 2009, le ministère de la Justice a publié une importante étude statistique sur l'application de la loi de 2004 (applicable aux seules procédures initiées à partir de 2005), dont quelques chiffres généraux méritent d'être retenus.

Quant au nombre de divorces annuels, on observe qu'il est passé de 55 000 en 1975 à 129 000 en 2016 (après un pic à plus de 150 000 en 2005, année de l'entrée en vigueur de la loi).

On constate aussi une accélération des demandes dans le temps : si en 1996, 7 % des divorces intervenaient dans les cinq ans du mariage et 16 % dans les dix ans, ces taux sont passés à 13 % et 24 % en 2006. Corrélativement, la tranche d'âge où l'on divorce le plus est celle de 35-44 ans (37 % du total).

On observe aussi que plus d'un divorce sur deux intervient par consentement mutuel et que, dans les autres cas où c'est un époux qui prend l'initiative de la procédure, cet époux est la femme dans trois quarts des cas.

Les réformes 2004-2016 ont beaucoup réduit la durée des procédures, mais il faut être conscient que la part croissante faite à l'accord des époux augmente la durée de préparation de cet accord en amont par négociations entre les avocats.

Enfin, cette refonte a bouleversé la répartition des types de divorce :

— le divorce par consentement mutuel est devenu le plus pratiqué, passant de 41 % en 1996 à 47 % en 2004 et à 55 % en 2016 ;

— le divorce accepté a connu le même essor, de 13 % en 1996 à 23 % en 2016 ;

— le divorce pour rupture objective est pareillement passé de 3 % à 13 % en 2016 ;

— corrolairement, le divorce pour faute connaît un grand déclin : plus de 40 % en 2000, 37 % en 2004, 15 % en 2007 et 6 % en 2016.

262 Droits étrangers. Le droit français, tel que rénové en la matière, s'est accordé avec la plupart des droits étrangers qui avaient effectué de telles rennovations. La poussée du divorce est, en effet, un phénomène constamment observé dans les sociétés occidentales. L'Italie a admis le divorce à la suite d'un référendum en 1974, et l'Espagne en 1982. Quant aux pays anglo-saxons, aux pays nordiques et à l'Allemagne, ils ont devancé la France dans l'admission des réformes et vont souvent plus loin, notamment pour ce qui est du divorce voulu par un seul¹³. Notre droit regarde désormais les législations ignorant le divorce comme contraires à notre ordre public international (et refuse donc de les appliquer même si elles lui paraissent normalement compétentes)¹⁴, alors qu'il est au contraire enclin à ne plus toujours considérer comme telles les législations permettant la répudiation tout en prêtant attention à l'égalité de ses conditions d'ouverture et à ses effets¹⁵.

Il faut toutefois observer que le nouveau divorce sans juge peut rencontrer des difficultés à être reconnu dans des pays qui l'ignorent, voire même par les institutions européennes voyant dans le contrôle du juge un garde-fou protecteur du plus faible¹⁶.

263 Plan. Au lendemain des réformes de 2004 et 2016, le droit du divorce apparaît clairement subdivisé en deux voies d'accès fondamentalement différentes : d'un côté le divorce contractuel, passant par une convention parfois mais exceptionnellement soumise à une homologation du juge ; de l'autre les divorces judiciaires empruntant la voie d'un procès débouchant sur un jugement de divorce.

Mais une fois le divorce acquis (convenu par convention ou prononcé par jugement), le régime redevient unitaire quant à ses effets.

■ 13. V. BOULANGER, *Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs*, D. 2002, chron. p. 590.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 1981, *Bull. civ. I*, n° 117 pour la loi espagnole antérieure à l'introduction du divorce en ce pays (1982).

■ 15. FADLALLAH, *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?*, *Rev. crit. DIP* 1981.17 – MERON, *L'accommodation de la répudiation musulmane*, *RID. comp.* 1995.921 – Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1983, *JCP* 1984.II.20131, concl. GULPHE – EL HUSSEIN, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, *Rev. crit. DIP* 1999.419 – Sur le dernier état d'une jurisprudence qui n'en finit pas de se chercher, v. Cass. 1^{re} civ., 3 juillet 2001, *JCP* 2002.II.10039, note VIGNAL ; D. 2001.3378, note NIBOYET-HOEGY ; *Rev. crit.* 2001.704, note GANNAGE – Cass. 2^e civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002.II.10095, note FULCHIRON – Cass. 1^{re} civ., 3 janvier et 10 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 2 et 224 – NIBOYET, *RIDC* 2006.27. – Cass. 1^{re} civ., 23 février 2011, n°s 10-14101 et 10-14760 ; *Bull. civ. I*, n°s 33 et 34 – Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-13758. – Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n°s 12-25802 et 12-21344 (pour l'Algérie et le Maroc).

■ 16. V. M. LAMARCHE, *Dr. et fam.* mars 2018 p. 3.

CHAPITRE 2

LES VOIES D'ACCÈS AU DIVORCE

TEXTES

Code civil, art. 229 et 247 à 247-2

Art. 229. – Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

[...]

Art. 247. – Les époux peuvent, à tout moment de la procédure :

1° Divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ;

2° Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

Art 247-1. – Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage.

Art. 247-2. – Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande.

264 **Éventail.** Parce que les situations sont très variables (selon le degré de la mésentente des époux les conduisant à divorcer) et parce qu'a reculé l'hostilité sociale au divorce qui entendait en rétrécir les cas, la loi actuelle ouvre quatre

voies d'accès au divorce, énumérées en tête de chapitre à l'article 229 du Code civil.

Il n'en a pas toujours été ainsi : si le Code de 1804 prévoyait deux cas de divorce (consentement mutuel et faute), la loi de 1884 n'en ouvrait qu'un seul (la faute) et celle de 1975 en citait trois (consentement mutuel, faute et rupture de la vie commune : ancien art. 230).

À la vérité, ces trois-là correspondaient déjà aux quatre cas actuels (car le consentement mutuel était lui-même subdivisé en deux formes, selon que l'accord était total ou ne portait que sur le principe du divorce).

Cette diversité offre un reflet légal des diverses visions du divorce qui, aujourd'hui, sont reçues dans une coexistence pacifique (v. *supra*, n° 245 et 428).

265 Caractère limitatif des cas légaux. Malgré l'extension incontestable de ces hypothèses réalisée par les réformes de 1975, 2004 et 2016, le principe du *caractère limitatif des causes de divorce* reconnues par la loi subsiste¹. Sans doute, l'assouplissement de ces différents cas permettra-t-il, dans la plupart des situations, de parvenir au divorce désiré. Il n'en demeure pas moins que le divorce ne peut pas être obtenu si l'on n'entre pas dans l'une des hypothèses légales et que notamment certaines circonstances en sont exclues. C'est ainsi que *l'incompatibilité d'humeur* ne constitue pas en elle-même un cas de divorce². Pour qu'elle puisse aboutir à un divorce, il faut qu'elle se traduise soit par un consentement mutuel des époux en vue de divorcer, soit par une séparation de deux ans qui, elle, constituera la cause de divorce. Il en est de même de la *maladie*. La maladie (physique ou mentale) d'un époux, si grave soit-elle, ne constitue pas en soi une cause de divorce, mais seulement la séparation qui peut en découler, et à condition qu'une certaine durée (deux ans) s'écoule. On peut dire qu'il existe encore un contrôle étatique du divorce, et qu'on ne peut pas divorcer aussi librement qu'on se marie – signe de la persistance d'une logique d'indissolubilité du mariage et facteur important de la désaffection pour le mariage.

266 Choix du cas et passerelles. Par un reste du réflexe de rigidité si répandu dans cette matière, l'article 1077 du Code de procédure civile impose de choisir une seule des quatre voies au début de la procédure : « La demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil. Toute demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable ».

En réalité, la « *demande* » ici visée est l'assignation : la requête initiale, quant à elle, doit au contraire laisser ouvert le choix du cas qui sera choisi (art. 251 et 1106 du CPC – v. *infra*, n° 310).

Est-il au moins possible, ensuite, en cours de procédure, de se raviser pour changer de cadre ? La loi de 2004 a élargi un système de « *passerelles* » qui n'avait été qu'à peine ébauché auparavant. Mais ces passerelles sont à sens unique : on peut aller à tout moment du contentieux vers le conventionnel (le tout conventionnel du consentement mutuel ou le semi conventionnel du divorce accepté :

■ 1. Sur la notion de cause de divorce, v. CARBONNIER, *RTD civ.* 1937.281 – LAURENT, *D.* 1949.1.61.

■ 2. Cass. 2^e civ., 8 octobre 1986, *Bull. civ.* II, n° 244, cassant un arrêt ayant justifié le divorce par la « véritable incompatibilité entre les époux » et leur « rupture totalement consommée ».

art. 247 et 247-1), mais non l'inverse (l'article 1077 du CPC – toujours lui – ferme tout autre passage d'un cas à l'autre en cours de procédure, ce qui oblige à réinitier une nouvelle instance).

SECTION 1

LE DIVORCE CONTRACTUEL

TEXTES

Code civil, art. 229-1 à 232 et 249-4

Art. 229-1. – Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

Art. 229-2. – Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque :

- 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;

- 2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre.

Art. 229-3. – Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.

La convention comporte expressément, à peine de nullité :

- 1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;

- 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;

- 3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

- 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;

- 5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;

- 6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

Art. 229-4. – L’avocat adresse à l’époux qu’il assiste, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l’expiration d’un délai de réflexion d’une durée de quinze jours à compter de la réception.

La convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine.

Art. 230. – Dans le cas prévu au 1° de l’article 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu’ils s’entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l’approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Art. 232. – Le juge homologue la convention et prononce le divorce s’il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Il peut refuser l’homologation et ne pas prononcer le divorce s’il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l’un des époux.

[...]

Art. 249-4. – Lorsque l’un des époux se trouve placé sous l’un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre, aucune demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut être présentée.

267 **Histoire.** *Le divorce par consentement mutuel* puise sa seule source dans l’accord des époux pour mettre fin au mariage qu’ils avaient conclu.

Le principe même de l’accueil par notre droit d’une telle forme de divorce a longtemps été débattu. Le Code civil de 1804 la connaissait, mais avec des dispositions qui freinaient l’application et qui ont déjà été signalées (v. *supra*, n° 248). Tout au long des trois premiers quarts du xx^e siècle, tandis que cette forme de divorce était interdite par la loi, qui prenait en outre des précautions pour éviter qu’en pratique puissent être obtenus des divorces d’accord, on a assisté à une *pratique camouflée* croissante d’un tel divorce, avec l’assentiment tacite des juges : de plus en plus nombreux étaient ceux qui ne voyaient plus très bien au nom de quoi maintenir dans les liens d’un mariage forcé des époux qui étaient d’accord pour en sortir. Tout au long de cette période, se sont échelonnées des propositions de lois tendant à instaurer cette forme de divorce : dès 1900, puis 1905-1907, puis 1912, puis au cours de la IV^e République. Mais elles se sont heurtées à l’hostilité d’une certaine partie de la doctrine, qui soulignait les dangers de cette forme de divorce, en faisant valoir notamment que la possibilité d’un divorce par consentement mutuel pouvait inciter celui des deux époux désirant sortir du mariage à exercer toutes sortes de pressions sur l’autre pour obtenir son consentement³.

Cependant, la force de la pression sociologique devait inévitablement l’emporter. Les *exemples étrangers*, où le consentement mutuel était de plus en plus fréquemment admis comme cause de divorce, incitaient à reconnaître officiellement droit de cité chez nous à cette forme de divorce.

■ 3. V. notamment le plaidoyer passionné de Henri MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963.1.141, en réponse à la proposition de Guy CHESNE, *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963.1.95.

La loi du 11 juillet 1975 a introduit cette forme de divorce dans notre droit, en lui donnant deux formes procédurales possibles : le divorce sur demande conjointe et le divorce sur demande acceptée (dont la nature profonde était d'ailleurs discutée : cf. *infra*, n° 280).

La loi du 26 mai 2004 a clarifié les choses en réservant l'appellation de « *divorce par consentement mutuel* » au seul cas où, hors de tout contentieux, les époux décident eux-mêmes et ensemble à la fois du divorce lui-même et de toutes ses conséquences et en allégeant la procédure (suppression de la double comparution scindée par un délai de réflexion).

Et la loi de 2016, créant le « *divorce sans juge* », en a fait la forme obligée du divorce par consentement mutuel, à la seule exception du cas où l'opposition d'un enfant impose une procédure d'homologation⁴.

268 **Esprit général.** La philosophie du divorce par consentement mutuel est que les époux, décidant ensemble de mettre fin à leur union, doivent régler globalement les conditions de ce divorce. Leur volonté commune étant le seul fondement de ce divorce, l'ensemble des conditions dans lesquelles ils prévoient ce divorce forme un tout. Ainsi, c'est à eux qu'il incombe d'en organiser toutes les conséquences. S'ils ne sont pas d'accord sur tel ou tel point, le divorce sur demande conjointe n'est pas possible. Aucun juge ne pourra jamais ni modifier ni compléter l'accord intervenu, parce que celui-ci forme *un tout indivisible*, et que si l'on y ajoute un élément, en modifie ou en retire un autre, *l'équilibre de l'ensemble* risque d'être menacé : il n'est plus du tout certain que le consentement donné par les époux ou l'un d'eux à l'ensemble vaille encore après cette modification.

Le rôle du juge se limitait donc à opérer un contrôle sur *la sincérité de la volonté des époux*, et c'est la raison pour laquelle son intervention a été reportée à un contrôle *a posteriori*, comme pour tout contrat (ce qui peut cependant ouvrir sur des difficultés en cas d'annulation ultérieure à l'occasion de ce contrôle : v. *infra* n° 273) également, dans une certaine mesure, sur l'équilibre des conséquences prévues. Mais le juge ne peut jamais prendre d'initiative : tout ce qu'il pourra faire, si les conditions prévues ne lui paraissent pas viables, est de refuser d'homologuer en l'état le divorce.

§ 1. | LE DIVORCE CONTRACTUEL SANS JUGE

269 **Capacité.** Reposant entièrement sur la volonté des époux, le divorce par consentement mutuel exige qu'ils aient tous deux pleine et entière capacité.

Cette condition ne concerne pas ceux, rares, qui seraient mineurs (le mariage ayant lui-même emporté leur émancipation : art. 476), mais produit un effet radical envers les majeurs sous tutelle ou curatelle : comme l'acte est trop important pour relever du tuteur ou du curateur, l'article 249-4 (répété à l'article 229-2, 2°) interdit

■ 4. Voir comment. FERRÉ-ANDRÉ, *Defrenois* 2017.125 – POURE, *Dr. Fam.* 2018, étude 5 – La loi a été déclarée conforme à la Constitution : Cons. Constit. 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, RTD Civ. 2017.107, Obs. HAUSER.

purement et simplement cette forme de divorce dès qu'un des époux est en tutelle ou curatelle (seuls sont alors possibles les divorces entièrement contentieux sous plein contrôle judiciaire et avec participation du tuteur ou curateur : art. 249 à 249-2).

En outre l'initiative d'un **enfant mineur** du couple peut lui fermer la voie de ce divorce sans juge : si cet enfant (qui doit être informé par ses parents de son droit à être entendu par un juge : art. 388-1) demande à exercer ce droit, l'intervention du juge devient alors nécessaire : le divorce peut toujours être convenu par consentement mutuel, mais il est alors soumis à l'homologation judiciaire (*infra* n° 275).

270 Formalisme et consentement. Seul fondement de ce divorce, le consentement de chacun des époux doit être certain et éclairé. C'est ce que la loi exprime un peu naïvement en disposant que ce consentement « *ne se présume pas* » et en l'entourant d'un formalisme en principe de nature à éviter les pressions sur l'un ou sur l'autre :

— assistance obligatoire de chacun par son propre avocat, ce qui met un terme à la pratique antérieure de l'avocat commun prisée pour les raisons économiques mais pas toujours garante d'égalité ;

— convention écrite comportant à peine de nullité toutes les mentions et renseignements énumérés à l'article 229-3 ;

— délai de réflexion de 15 jours garanti par l'envoi postal du projet (art. 229-4) ;

— signature de la convention non seulement par les époux mais aussi par leurs deux avocats ;

— dépôt de cette convention chez un notaire qui doit s'assurer du respect des formalités précédentes et donne effet à la convention : c'est à cette date que se produit la dissolution du mariage (art. 229-1).

271 Non-exigence d'une cause. Il est à souligner qu'aucune condition n'existe quant à la cause du divorce, c'est-à-dire qu'il n'est besoin d'aucun fait objectif qui vienne conforter la volonté des époux. Leur simple changement d'avis, dès lors qu'il est commun, suffit à constituer le cas de divorce. Ils n'ont aucune explication à donner sur les raisons qui les conduisent à demander ce divorce. Carbonnier parlait à ce sujet de divorce « *mystique* », c'est-à-dire mystérieux, secret quant à sa cause.

272 Organisation par les époux des effets du divorce. La seule charge qui pèse sur les époux est d'organiser ce divorce. La condition essentielle est donc que *les époux établissent ensemble une convention* organisant les conséquences de leur divorce.

Cette convention doit porter « *règlement complet des effets du divorce* », y compris la liquidation du régime matrimonial, et, s'il y a lieu, la prestation compensatoire.

Cette exigence explique que le plus souvent le divorce par consentement mutuel soit en pratique moins rapide qu'on ne pourrait l'imaginer : s'il est vrai qu'il est « *immédiat* » depuis qu'a disparu le délai de réflexion de trois mois, c'est que toutes

les difficultés éventuelles ont dû être réglées en amont, et cette phase de préparation avec avocat et éventuellement notaire, aura pris fréquemment plusieurs mois.

273 Le problème de la nullité. Dans le système antérieur, le passage devant le juge avait pour effet de transformer la nature juridique de l'acte : l'homologation faisait de la convention homologuée un jugement qui ne pouvait dès lors plus faire l'objet d'une action en nullité, mais seulement de voies de recours d'ailleurs très restreintes (v. *infra* n° 278).

La nature purement contractuelle du nouveau divorce sans juge fait renaître le problème des nullités : comme tout contrat, la convention de divorce pourra être annulée en cas d'irrégularité (les formalités précises de l'article 229-3 sont expressément prescrites « à peine de nullité », à quoi s'ajoutent les règles de droit commun, en particulier celles relatives aux vices du consentement).

On peut nourrir de sérieuses interrogations, et même des inquiétudes, sur la situation qui résultera d'une annulation (remise en cause de la liquidation du régime matrimonial, de la prestation compensatoire, voire d'un remariage, etc.)

C'est incontestablement là que réside le point fragile du nouveau système. Reste à savoir si, quantitativement, cette insécurité dans des cas exceptionnels n'est pas le prix inévitable de l'assouplissement bénéfique que produit cette forme de divorce dans le plus grand nombre de cas.

274 Le problème des lacunes et omissions. Il arrive que, soit par oubli soit plus souvent par dissimulation de la part d'un époux, des biens ou des dettes soient omis dans l'état liquidatif. Le cas existait déjà dans le système soumis à homologation. Leur sort a fait longtemps l'objet d'une divergence au sein de la Cour de cassation entre ceux qui s'en tenaient rigide au caractère définitif de la convention (laisant donc ces biens et dettes aux aléas du premier à s'en emparer ou du premier poursuivi) et ceux qui donnaient ouverture à un partage complémentaire⁵.

C'est finalement cette seconde conception plus réaliste qui a raisonnablement prévalu : les biens communs omis⁶, qui sont ainsi restés en indivision post-communautaire, peuvent faire l'objet d'une demande de partage complémentaire, auquel peuvent même s'ajouter des dommages-intérêts si l'omission est imputable à un époux⁷ ; quant aux dettes, elles doivent aussi donner lieu à une répartition complémentaire, qui peut être corrigée par la responsabilité de celui qui est à l'origine de leur omission⁸.

■ 5. Sur le dernier état de cette divergence, voir Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998 et Cass. 2^e civ., 24 juin 1998, *Defrénois* 1998.1111, note MASSIP ; *D.* 1998.601 et la note. – Cass. 2^e civ., 27 janvier 2000, *Bull. civ.* II, n° 98 ; *RTD civ.* 2000.553, obs. HAUSER.

■ 6. C'est au demandeur au partage complémentaire qu'il incombe de prouver l'omission : Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 09-71905.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, *D.* 2001, som. 2935, obs. REVEL. – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, *Bull. civ.* I, n° 55 (peut s'y ajouter un recel s'il y a eu dissimulation). – Cass. 1^{re} civ., 22 février 2005, n° 02-13745. – Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009, n° 07-12592, *Bull. civ.* I, n° 195 ; *D.* 2010.132, note THÉRON.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2008, *Defrénois* 2008.1117, obs. MASSIP (pour un redressement fiscal dû aux négligences du mari dans sa profession). – Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2012, n° 11-19098, *Bull. civ.* I, n° 258 (pour l'omission de récompenses dues à une négligence du notaire liquidateur).

§ 2. LE DIVORCE CONTRACTUEL SOUMIS À HOMOLOGATION JUDICIAIRE

275

Demande d'audition d'un mineur. Le seul cas où le divorce ne peut pas être décidé par les époux seuls en dehors de tout contrôle judiciaire est celui où l'un des enfants mineurs du couple demande à être entendu par le juge : l'article 229-2 ferme alors la voie purement contractuelle et l'article 230 ouvre celle de l'homologation judiciaire de la convention des époux.

C'est alors le juge qui « prononce » le divorce (art. 232).

Mais puisque tout repose sur l'accord des époux, le rôle du juge n'est pas de trancher un quelconque différend ni même de contribuer à l'organisation du divorce. Sans que l'on puisse parler d'un rôle passif, il s'agit d'une mission de contrôle et d'une intervention liée :

— *mission de contrôle* en ce que le juge doit vérifier d'une part que le consentement de chacun est « libre et éclairé », d'autre part que l'économie des dispositions choisies par les époux préserve suffisamment les intérêts de chacun et ceux des enfants (art. 232) ;

— *intervention liée* en ce que le juge ne dispose que du pouvoir de dire oui ou non : si le contrôle qu'il effectue ne lui paraît pas permettre de prononcer le divorce en homologuant la convention telle qu'elle est, il ne peut que repousser la requête, et non la rectifier ou modifier ; en pratique cependant, il indiquera aux parties les raisons pour lesquelles il envisage un refus et les modifications qu'il leur suggère d'apporter à leur accord (lesquelles pourront même être effectuées sur le champ, mais en présence des avocats : art. 1099 du Code de procédure civile).

276

Comparution et rôle du juge. Convoqués personnellement au moins quinze jours à l'avance, les époux doivent comparaître en personne : cette présence personnelle est indispensable et aucune possibilité de dérogation n'est prévue (certains proposent de supprimer cette exigence en l'absence d'enfants mineurs).

Le juge doit alors procéder en trois temps. Il va examiner la demande avec chacun des époux séparément dans un premier temps, puis avec les deux époux ensemble dans un deuxième temps. Il appellera, dans un troisième temps, le ou les avocats (art. 250).

Son rôle consiste dans le double contrôle du consentement libre et conscient de chaque époux et de la sauvegarde des intérêts de chacun et des enfants par l'équilibre de la convention (*supra*, n° 275). À cette fin, il peut demander aux époux, au-delà de la déclaration sur l'honneur précitée, de justifier concrètement de leurs ressources (documents fiscaux), de leur patrimoine et de leurs conditions de vie (CPC, art. 1075-2).

Si certaines dispositions de la convention lui paraissent insatisfaisantes, il ne peut pas les modifier de sa propre autorité : mais il peut les faire modifier par les époux, avec leur accord et en présence de leurs avocats, faculté prévue par l'article 1099 du Code de procédure civile qui évite d'avoir à décider d'un refus ou d'un ajournement qui provoquerait la nécessité d'une nouvelle audience.

277 **Décision du juge.** Au terme de son contrôle, le juge rend une décision qui peut prendre deux partis :

— soit, cas de loin le plus fréquent, il **homologue** la convention et prononce le divorce (C. civ., art. 250-1 et CPC, art. 1099) ; ce divorce, qui sera définitif après écoulement du délai de pourvoi (ramené en ce cas à quinze jours : *infra*, n° 278), a la nature d'une décision de justice et non d'un contrat : tel est l'effet de l'homologation, qui a pour conséquence que seront ouvertes les voies de recours contre les jugements, mais non les actions en nullité ou autres contre les contrats⁹ ;

— soit, plus rarement, le juge **refuse** de prononcer le divorce parce que son contrôle ne l'a pas convaincu d'un consentement libre et conscient ou parce qu'il estime que les intérêts d'un des époux ou des enfants sont insuffisamment préservés ; dans ce dernier cas, il peut simplement ajourner sa décision en précisant les conditions ou garanties qu'il estime nécessaires (CPC, art. 1100) ; l'article 250-2 donne alors six mois aux époux pour présenter une nouvelle convention (disposition étrange car il est évident qu'au-delà ils pourront toujours présenter une nouvelle requête), et la décision peut en ce cas homologuer un accord sur les mesures provisoires que les époux (inquiets ?) avaient pu préparer pour cette hypothèse ou qu'ils peuvent établir sur le champ sous l'œil du juge, les six mois précités marquant la durée d'efficacité de ces mesures.

278 **Voies de recours.** La nature de la procédure « *gracieuse* » emporte une différence radicale selon que le juge a accueilli ou rejeté la demande.

— **Une décision de rejet ou d'ajournement** fait grief aux époux en repoussant leur demande ou en subordonnant son accueil à des conditions qui ne leur conviennent pas : elle peut donc être frappée des voies de recours de droit commun : appel dans le délai de quinze jours (CPC, art. 1102), puis éventuellement pourvoi en cassation de droit commun. La logique commande que ce recours soit formé ensemble par les deux époux.

— **Pour la décision d'homologation**, la situation est différente car on imagine mal les parties contester cette décision conforme à leur demande. Cependant l'article 1103 du Code de procédure civile ouvre à chacun d'eux la voie du **pourvoi en cassation** pendant un délai abrégé (quinze jours à dater de l'ordonnance elle-même) et seulement en cas de vice de légalité¹⁰.

■ 9. Vivement débattue pendant un temps, la question a été tranchée au sujet de l'action en nullité du **partage lésionnaire** contenu dans la convention : Cass. 2^e civ., 6 mars 1987, *D.* 1987.358, note GROSLIÈRE – Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1994, *Bull. civ. I*, n° 292 ; *RTD civ.* 1995.337, obs. HAUSER – Civ 1^{re}, 3 mars 2010, n° 08-70214 – Dans le même sens pour l'action en nullité pour **vice du consentement** : Cass. 2^e civ., 13 novembre 1991, *Bull. civ. II*, n° 303 – Et pour l'**action paulienne** d'un créancier : Cass. 2^e civ., 25 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 177 ; *Defrénois* 2000.1051, note MASSIP. – Et pour une action en nullité pour **fraude** : Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-26802 ; *Gaz. Pal.* 6 janvier 2012, p. 26 ; note MULON – Cass. 2^e civ., 9 novembre 2016, n° 15-26911.

■ 10. Les rares exemples connus concernent le cas où la sauvegarde de l'intérêt des enfants n'avait pas été vérifiée (Cass. 2^e civ., 4 mars 1981, *Bull. civ. II*, n° 45 – 27 mai 1998, *Bull. civ. II*, n° 165 – 24 février 2000, *Bull. civ. II*, n° 33). On peut aussi penser au cas où l'un des époux serait incapable majeur, ce qui interdit le divorce par consentement mutuel (art. 249-4), ainsi qu'au cas où la convention homologuée renfermerait des dispositions illicites, par exemple attentatoires à la vie privée (cf. Cass. 2^e civ., 2 avril 1997, *Bull. civ. II*, n° 103, jugeant que, faute de pourvoi, une telle disposition est devenue définitive malgré son illicéité).

Mais d'autres voies de recours plus exceptionnelles pourront être utilisées plus tard (les actions en nullité étant exclues : *supra*, n° 277) : **recours en interprétation** si la convention se révèle, à l'épreuve de sa mise en œuvre, porteuse d'ambiguïté¹¹, voire **recours en révision** s'il se découvre une fraude de la part d'un des époux, par exemple dans sa déclaration sur l'honneur¹².

Quant aux tiers auxquels la convention porterait préjudice en ses dispositions matérielles, par exemple en plaçant les biens saisissables dans le lot de l'époux non débiteur, ils ne disposent pas de l'action paulienne¹³, mais pourront former **tierce opposition** dans le délai d'un an suivant la publication de la décision (CPC, art. 1104)¹⁴. En outre, en cas de « faillite » d'un des époux, les règles spécifiques protectrices des créanciers permettent d'attaquer la convention¹⁵.

279 Compléments et modifications. La convention homologuée est le seul document fixant les effets du divorce. Tout accord contraire ou complémentaire qui aurait été conclu en même temps entre les époux mais non présenté au juge est dépourvu de valeur juridique¹⁶.

Il en est de même des accords ultérieurs qui viendraient modifier les dispositions de la convention : ils ne sont évidemment pas interdits, mais doivent à leur tour être soumis à une nouvelle homologation du juge, exigée par l'article 279, alinéa 2, à défaut de laquelle ils sont sans valeur¹⁷. Le juge saisi de cette demande d'homologation doit vérifier que l'accord a existé lorsqu'il a été conclu et exécuté sans s'arrêter au fait qu'une des parties s'est ensuite rétractée¹⁸.

En dehors d'un nouvel accord, une révision judiciaire peut intervenir selon le droit commun de la prestation compensatoire (*v. infra*, n° 387 et 390).

En revanche, les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale suivent le droit commun et peuvent, depuis la loi du 4 mars 2002, être modifiées ou

■ 11. Cass. 2^e civ., 13 mars 1985, *Bull. civ. II*, n° 66.

■ 12. Mais comme le divorce par consentement mutuel forme un ensemble indivisible, ce recours en révision devra porter sur la décision en son entier et ne peut pas être dirigé contre les seules conséquences matérielles affectées par la fraude : Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 247 ; *Defrénois* 2009.547, obs. MASSIP.

■ 13. Cass. 2^e civ., 25 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 177. – Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 2012, n° 10-24697.

■ 14. Il faut que les époux aient tous deux eu conscience d'agir en fraude des droits des créanciers : Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 14-10501 et 14-10547. Si les époux sont tous deux débiteurs (notamment au titre d'un crédit bancaire), la convention mettant la dette à la charge de l'un d'eux ne prive évidemment pas le banquier de ses droits sur l'autre (Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 168).

■ 15. Sans remettre en cause cette fois le prononcé du divorce : Ch. mixte, 6 décembre 1985, *JCP* 1986. II.20646 – Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 2000, som. 333, obs. REVEL – *Com.*, 26 avril 2000, *Bull. civ. IV*, n° 81.

■ 16. Cf. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1987, *Bull. civ. I*, n° 139 pour une promesse de vente d'un bien propre de la femme au mari. – Cass. 2^e civ., 11 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 168 pour un engagement de verser certaines sommes à la femme qui avait renoncé dans la convention à toute prestation compensatoire. – Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 106 pour un engagement de donation.

■ 17. V. par exemple Cass. 2^e civ., 17 mars 1993, *Bull. civ. II*, n° 111 (la renonciation ultérieure est une convention modificative). – Cass. 2^e civ., 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 184 (modification de la pension pour les enfants). – Cass. 2^e civ., 5 janvier 1994, *Bull. civ. II*, n° 5 (novation). – Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 16 (modification de la pension pour la femme). – Voir cependant Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Bull. civ. I*, n° 70 admettant un « accord amiable » de réduction de la prestation compensatoire au titre d'une transaction sans exiger son homologation.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 227 ; *RTD civ.* 2006.541, obs. HAUSER.

révisées à tout moment par le juge selon l'intérêt des enfants et à la demande de tout intéressé (art. 373-2-13, cf. *infra*, n° 668).

SECTION 2 LE DIVORCE JUDICIAIRE

S/SECTION 1 LES CAS DE DIVORCE CONTENTIEUX

§ 1. LE DIVORCE ACCEPTÉ EN SON PRINCIPE

TEXTES

Code civil, art. 233 et 234

Art. 233. – Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.

Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

Art. 234. – S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences.

280 Consentement mutuel imparfait. Introduite par la loi de 1975 dans le sillage du divorce par consentement mutuel, cette forme de divorce répond à l'hypothèse où, tout en étant d'accord sur le principe même d'un divorce, les époux ne parviennent pas à en organiser les conséquences et entendent faire trancher par le juge leurs différends sur ce plan.

À la vérité, telle n'était pas la vision de Carbonnier lors de la rédaction du projet devant aboutir à la loi de 1975 : pour lui, la cause de ce divorce ne résidait pas dans la volonté commune des époux, mais dans une situation objective rendant impossible la poursuite du mariage, situation dont ils faisaient le « *double aveu* » (ce qui eût impliqué un contrôle minimum du juge sur cette poursuite impossible). Mais, plus pragmatique, le législateur s'était écarté du projet (« *outrageusement défiguré* »¹⁹ dans la loi, mais maintenu dans le décret de procédure qui organisait en conséquence un échange de mémoires manuscrits scellant un « *échange d'aveux* ») pour le ranger tout bonnement parmi les divorces par consentement mutuel.

Par une sorte de paradoxe, si la loi de 2004 a sorti nominalement cette forme de divorce des divorces par consentement mutuel pour lui donner une pleine autonomie, c'est en renforçant au fond son fondement exclusif dans l'accord des époux qui peut maintenant œuvrer à tout moment (y compris *ab initio* par une demande formée conjointement) et sans retour (cf. art. 233 al. 2) et ne laisse expressément au

■ 19. CARBONNIER, n° 595. – Cf. aussi PIGNARRE, *Les mésaventures du divorce sur demande acceptée*, *RTD civ.* 1980.690. – HAUSER, *RTD civ.* 1994 p. 81 et 1995.333. – MALAURIE et FULCHIRON, n° 661 et s.

juge à cet égard que le seul rôle de s'assurer que chacun « *a donné librement son accord* » (art. 234).

Ce fondement explique que, comme le divorce par consentement mutuel, cette forme soit fermée en cas d'incapacité d'un des époux (art. 249-4 ; cf. *supra*, n° 269).

281 **Utilité concrète.** Cette forme a pour but d'amorcer un accord entre des époux qui ne sont pas parvenus à régler entre eux leur divorce de manière intégrale, mais entre qui semble pouvoir être évité un divorce totalement contentieux. Sa *souplesse* lui permet de répondre, en réalité, aux besoins présentés par trois types de situations.

En premier lieu, et c'est sans doute le cas le plus fréquent, cette forme pourra être utilisée par des époux qui sont *d'accord sur le principe* du divorce, mais qui ne parviennent pas à s'entendre sur le règlement de ses conséquences. C'est alors une voie qui sert à *faire régler par le juge ces conséquences*. On peut ajouter que le recours à cette forme permet d'obtenir un divorce dont le principe est très rapidement acquis, les difficultés et lenteurs de liquidation des intérêts pécuniaires étant reportées à la seconde phase.

En deuxième lieu, la procédure de divorce sur demande acceptée est très fructueuse lorsque l'un des époux se refuse, pour des raisons le plus souvent de principe, à participer à l'initiative d'une demande de divorce, mais reconnaît que la situation n'est plus tenable et ne s'oppose pas à ce divorce s'il est demandé par l'autre. On a pu parler, à ce propos, de *divorce-résignation* : l'époux, qui ne se résoudrait pas à demander le divorce lui-même ou même à participer à une demande de divorce présentée conjointement, *se résigne* à ce que le divorce soit prononcé. Dans ce cas, qui est loin d'être rare, cette formule évite la mise en marche d'un système contentieux et elle est de nature à dédramatiser le divorce.

En troisième lieu, et c'est sans doute un cas relativement exceptionnel, la demande peut être utilisée en cas de séparation depuis moins de deux ans. Les époux sont tellement séparés que le dialogue ne peut même pas se nouer pour l'établissement d'une demande conjointe. La demande qui présente alors un aléa certain, car on ne peut prévoir la réaction de l'autre époux, peut être de nature à *amorcer un dialogue* et à conduire au divorce.

282 **Première phase non contentieuse.** Cette phase a pour seul objet de constater l'accord des époux sur « le principe de la rupture du mariage sans considération des faits qui sont à l'origine de celle-ci ».

Cette formule, qui figure à la fois dans le Code civil (art. 233) et dans le Code de procédure civile (art. 1123), revêt une portée non seulement à l'égard du juge (qui n'a pas à trancher un quelconque litige à cet égard, ni même à connaître les causes de cette volonté commune), mais encore envers les époux eux-mêmes, qui s'interdisent par là de se rejeter mutuellement fautes ou responsabilités (d'où l'exclusion dans ce cas de la responsabilité exceptionnelle de l'article 266 : cf. *infra*, n° 369).

L'accord des époux sur ce principe du divorce peut exister dès l'origine, soit qu'ils saisissent ensemble le juge (art. 233), soit qu'il se manifeste dès la tentative de conciliation sur saisine d'un seul (CPC, art. 1123). Mais il peut aussi intervenir

dans le courant d'une procédure introduite sur le mode contentieux, et ce à tout moment, le juge ne restant plus saisi que de la question des conséquences du divorce (art. 247-1).

Dans tous les cas, cet accord doit être donné dans un écrit signé personnellement par chaque époux (CPC, art. 1123).

Le **rôle du juge** quant à cet accord est celui-là même qui lui est dévolu dans le divorce par consentement mutuel : s'assurer que chaque époux a donné son accord de façon libre et éclairée.

283 Constat judiciaire de l'accord. S'il a acquis la conviction que ce double consentement est libre et éclairé, le juge constate l'accord.

Celui-ci est alors définitif et ne peut pas être rétracté, même au moyen d'un appel de l'acte judiciaire de constat (précision de la loi de 2004 en réaction à la jurisprudence antérieure qui permettait de remettre en cause l'acceptation par un appel). Il reste cependant le cas d'un vice du consentement affectant cet accord, réservé par la Cour de cassation²⁰ sans que soit précisée la voie propre à sanctionner ce vice, qui est sans doute l'appel malgré les termes de l'article 233 alinéa 2.

Si le *principe* du divorce est donc définitivement acquis, le divorce n'est pas pour autant immédiatement *prononcé* : il ne le sera que lorsque le juge, au terme de la seconde phase, aura fixé les conséquences de ce divorce²¹.

Cette précision a d'importantes conséquences : non seulement des mesures provisoires doivent couvrir la durée de la procédure jusqu'à l'issue de la seconde phase (cf. *infra*, n° 318), mais encore, en cas de décès d'un des époux avant que soit rendu le jugement sur les effets, le mariage sera dissous par ce décès et non par divorce.

284 Seconde phase contentieuse. À partir du moment où l'accord des époux est constaté sur le principe du divorce, s'ouvre la phase qui doit conduire à en fixer les conséquences. Cette phase suit le droit commun contentieux, chacun des époux présentant ses demandes et le juge les tranchant selon le droit commun.

Comme le divorce est prononcé « *sans considération des faits à l'origine* » de celui-ci, ces effets sont dépouillés de toute idée de responsabilité et sont déterminés par la situation objective : ce divorce est un divorce totalement neutre.

Naturellement, si au cours de cette seconde phase se dégage entre les époux un accord s'étendant aussi à ces conséquences, il leur est loisible à tout moment de passer à un divorce par consentement mutuel en établissant une convention soumise au juge pour homologation (passerelle de l'article 247).

■ 20. Cass. Avis, 9 juin 2008, *Bull. civ.* n° 4, *RTD civ.* 2008.461, obs. HAUSER – Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13954, *Bull. civ.* I, n° 55. Agen, 13 mars 2008, *Dr. fam.* 2009.22, note V.L.T. – Bordeaux, 4 novembre 2009, *Dr. fam.* 2010.20, note V.L.T. – Douai, 17 février 2011, *JCP* 2011.552.

■ 21. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, n° 06-21250, *Bull. civ.* I, n° 80. – Cass. 2^o civ., 14 mars 2012, précité.

§ 2. LE DIVORCE PAR ALTÉRATION DÉFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

TEXTES

Code civil, art. 237 et 238 et 246

Art. 237. – Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.

Art. 238. – L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce.

Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel.

[...]

Art. 246. – Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute.

S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

285 **Présentation.** Constituant l'un des apports majeurs de la loi de 2004, le divorce pour « *altération définitive du lien conjugal* » se présente comme l'héritier – considérablement assoupli et recevant droit de cité à part entière – du divorce pour « *rupture de la vie commune* » ouvert, avec force remous, par la loi de 1975.

Ce divorce pour rupture de la vie commune était l'une des grandes innovations de la loi de 1975 et sans doute celle qui avait suscité le plus d'oppositions, tant lors des débats qui ont précédé le vote de la loi que lors des premières années d'application de celle-ci²².

L'idée dominante de cette forme de divorce est que, lorsque toute vie conjugale a cessé pendant un certain nombre d'années, et que la faillite du ménage est ainsi consommée en fait, il est artificiel de vouloir maintenir envers et contre tout la fiction du mariage. C'est pourquoi il a été décidé que le divorce pouvait être obtenu par l'un des époux lorsque les époux vivaient séparés de fait depuis plus de six ans, ou encore lorsque l'un d'eux était atteint, depuis une durée analogue, d'une maladie mentale sans espoir sérieux de guérison.

Pendant, cette ouverture a rencontré de très vives oppositions. On a tout particulièrement fait valoir qu'elle permettait en fait un divorce par volonté unilatérale, c'est-à-dire par répudiation : il suffisait à l'un des époux de créer par son fait la séparation, en quittant le domicile conjugal, pour pouvoir, au bout de six ans, se prévaloir de la situation qu'il avait ainsi unilatéralement créée.

Ces très vives oppositions n'avaient été surmontées que par l'aménagement des conséquences de cette forme de divorce au détriment du demandeur. Tout était organisé, en effet, dans cette forme de divorce, en supposant que l'époux qui demandait le divorce sur cette cause était coupable : sinon, pensait-on, pourquoi n'invoquerait-il pas les fautes de l'autre conjoint, ou ne recourrait-il pas à un divorce par consentement mutuel ?

■ 22. V. MONSALLIER, *Le divorce pour rupture de la vie commune*, RTD civ. 1980.266. – MASSIP, *Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux*, D. 1980, chron. 81. – LINDON, *L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune*, JCP 1977.I.2857 et 2865 ; JCP 1978.I.2886 ; JCP 1979.I.2946.

Le postulat était donc que le demandeur recouvre sa liberté sans avoir ni de faute à reprocher à son conjoint, ni l'accord de celui-ci, devait en supporter le prix en étant traité comme un époux fautif, et même plus sévèrement en ce qu'il devait assumer toutes les charges du divorce, destinées à maintenir au profit de l'autre conjoint les conditions matérielles et sociales dont il bénéficiait du fait du mariage (par exemple maintien du nom, maintien du logement, maintien du droit à une pension alimentaire en exécution du devoir de secours entre époux, maintien des droits sociaux).

Au surplus, le juge avait le pouvoir, pour des raisons d'équité, de rejeter la demande dans des circonstances exceptionnelles (« clause de dureté »²³ dont l'usage était progressivement tombé en désuétude).

Tout cela constituait une série de freins et d'entraves mis à cette forme de divorce qui ne représentait d'ailleurs que moins de 2 % des demandes.

À la veille de la réforme de 2004, cette forme de divorce était donc un peu la « *paria* » du divorce à laquelle on ne recourait qu'en désespoir de cause. Du moins avait-elle eu pour mérite d'acclimater, fût-ce de manière quasi symbolique, l'idée que ce n'est pas nécessairement servir l'institution même du mariage que de maintenir un conjoint de manière forcée dans les liens d'un mariage ayant perdu toute réalité quotidienne et de rejeter un époux dans le concubinage par respect d'un mariage vidé de tout contenu.

La loi du 26 mai 2004 a choisi de mettre fin aux embûches pénalisantes de ce régime.

Se présentant sous la forme d'une rénovation du divorce pour rupture de la vie commune, ce divorce nouvellement intitulé « *pour altération du lien conjugal* » (intitulé expressif plus qu'exact, car le « *lien conjugal* » n'est pas une notion affective, mais un concept juridique dont on perçoit mal qu'il soit « *altéré* ») est en réalité une très profonde transformation, qui fait une véritable place à un « *droit au divorce* » ouvrant une réelle porte de sortie à un conjoint qui n'a ni l'accord de l'autre, ni la possibilité (ou le désir) d'établir ses fautes²⁴.

Ce « *droit de cité* » donné à une forme de divorce qui peut résulter de la décision d'un seul, qui n'est pas contraire aux droits de l'homme²⁵ est traduit par les deux modifications majeures qui le détachent du divorce pour rupture dont il est issu :

— d'une part, une réduction drastique de l'ancien délai de six ans, ramené à deux ans ;

— d'autre part, son insertion dans le droit commun quant aux effets qu'il produit, cessant d'en faire une sorte de divorce honteux véritablement « *acheté* » par le demandeur au prix de toutes les charges.

286 Notion d'altération définitive. La loi a défini « *l'altération définitive* » comme étant celle qui résulte de « *la cessation de la communauté de vie entre les époux* ».

■ 23. V. COLOMBET, *La clause de dureté*, *Mél. Weill*, Dalloz, 1983, p. 139 – GUILLOD, *La clause de dureté en Europe*, *RIDC* 1983.787.

■ 24. Ce qui n'a pas manqué de raviver les protestations de ceux qui déplorent là un « *appauvrissement du mariage* » (MALAURIE et FULCHIRON, n° 682 et s.).

■ 25. Ni en 1975, ni à plus forte raison dans sa version 2004 : Cass. 2° civ., 25 mars 1987, *Bull. civ. II*, n° 76 – Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 02-21101, *Dr. fam.* 2004.145, note LARRIBAU-TERNEYRE – Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 2015, n° 13-27898, D. 2015.921

Cette notion était explicitée par le projet initial qui précisait « *tant affective que matérielle* ». Mais cette précision introduisait des ambiguïtés débouchant sur une restriction : la séparation matérielle risquait d'être rendue inefficace faute d'établir qu'elle s'accompagnait d'une séparation affective, preuve à l'objet incertain et subjectif (tant il est vrai que les ruptures se font souvent par étapes).

En visant simplement la cessation de la communauté de vie, de surcroît expliquée aussitôt par la « *vie séparée* » des époux, la rédaction finale est claire : c'est la fin de la cohabitation qui est concernée.

Certes, il est des époux qui vivent parfaitement sans cohabiter. Tant que cela leur convient, il n'y a pas de problème. Mais si l'un d'entre eux ne s'en accommode plus, cette situation lui permet de demander le divorce. Sous la seule réserve peut-être du cas des époux n'ayant jamais cohabité, hypothèse où manquera la « *cessa-tion* ».

Cette cessation doit-elle être **volontaire** ? Connaissant le débat qui avait eu lieu sur ce point quant au divorce antérieur pour rupture de la vie commune, que la Cour de cassation avait justement résolu en prenant en compte le seul fait de la séparation et non ses circonstances initiales²⁶, le législateur l'aurait certainement précisé s'il avait entendu réintroduire un tel élément.

Peu importe donc que la cessation soit intervenue d'un commun accord, par la volonté d'un seul ou même contre le gré des deux, c'est son existence même qui est seule décisive.

Cet élément explique la suppression du divorce pour **altération des facultés mentales** de l'ancien article 238 qui faisait d'ailleurs déjà référence, dans sa définition même, à la disparition de toute « *communauté de vie* ».

287 **Durée de deux ans.** Pour ne pas englober les simples crises et temps de réflexion, la loi fixe un minimum de deux ans pour que la séparation caractérise une altération « *définitive* ».

Mais à quel moment faut-il se placer pour apprécier si les deux ans sont écoulés ?

En précisant que les deux années de séparation doivent exister « *lors de l'assignation* », le texte permet de présenter la requête initiale avant même l'expiration de ce délai.

Et comme la durée de validité des mesures provisoires prises par l'ordonnance de non-conciliation est portée à trente mois par le nouvel article 1113 du Code de procédure civile, il est possible en réalité de présenter une requête dès la séparation afin d'obtenir, au bénéfice des mesures provisoires, une organisation matérielle de la vie de la famille durant les deux ans nécessaires à la délivrance de l'assignation sur ce fondement.

En outre, l'exigence du délai de deux ans lors de l'assignation est levée par l'alinéa 2 dans un cas très particulier : celui où la demande pour altération est présentée reconventionnellement à une demande pour faute qui est rejetée (cf. *infra*, n° 289) : en ce cas, aucune durée minimale n'est exigée²⁷.

■ 26. Cass. 2° civ., 30 janvier 1980, *Bull. civ. II*, n° 17 – 25 janvier 1984, *Bull. civ. II*, n° 12.

■ 27. Cass. 1° civ., 5 janvier 2012, n° 10-16359.

288 Suppression des charges et pénalités. Toutes les charges et pénalités qui pesaient sur le demandeur dans l'ancien régime sont supprimées (à l'exception de celle des dépens de l'instance, devenue facultative : CPC, art. 1127).

En particulier, le droit à prestation compensatoire est ouvert aussi bien au demandeur qu'au défendeur, selon la situation objective de disparité : la déchéance exceptionnelle pour équité de l'article 270 ne concerne que le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux (cf. *infra*, n° 373). Mais le droit exceptionnel à dommages-intérêts pour conséquences « *d'une particulière gravité* » est ouvert au défendeur s'il n'a pas lui-même demandé le divorce de son côté (art. 266, cf. *infra*, n° 369).

289 Liens avec les autres formes de divorce. Une demande en divorce fondée sur l'altération définitive peut bifurquer vers une autre forme de divorce dans deux séries de cas :

— d'une part, selon le système des « *passerelles* » des articles 247 et 247-1, il est toujours possible aux époux de convenir en cours de procédure d'un divorce par consentement mutuel (art. 247) ou d'un divorce par accord sur le principe (art. 247-1) ;

— d'autre part, si le défendeur invoque reconventionnellement les fautes du demandeur, priorité est alors donnée à l'examen du divorce pour faute (art. 246), le demandeur étant alors autorisé à se placer lui aussi sur ce terrain (art. 247-2) ; ce n'est qu'après avoir éventuellement écarté le divorce pour faute que le juge examinera la rupture définitive, qu'il peut en ce cas retenir dès lors que les époux sont séparés depuis deux ans lorsqu'il statue, même si ce délai n'était pas accompli lors de l'assignation (art. 238 al. 2).

§ 3. LE DIVORCE POUR FAUTE

TEXTES

Code civil, art. 242 à 245-1

Art. 242. – Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

Art. 243. – Abrogé.

Art. 244. – La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce.

Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande.

Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants.

Art. 245. – Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever

aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce.

Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés.

Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre.

Art. 245-1. – À la demande des conjoints, le juge peut se limiter à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties.

290 **Conservation, mais avec changements.** Cette forme de divorce était la seule avant la réforme de 1975 qui ne lui avait pas fait subir de transformations profondes et avait repris, sous réserve de quelques remaniements, le système auparavant en vigueur.

Mais l'évolution ultérieure a remis en cause le maintien de cette cause de divorce qui a le défaut d'exacerber les reproches entre époux et en outre de faire intervenir un regard étatique, celui du juge, dans les comportements les plus privés des citoyens : quel juge peut de nos jours dire qui a tort et qui a raison dans une séparation ? Et par rapport à quelles normes le pourrait-il ?

D'un autre côté, certains sont encore attachés à un jugement moral extérieur qui permettrait à l'« *innocent* » de mieux assumer la séparation.

Aussi, alors que le texte avorté de 2001 supprimait purement et simplement le divorce pour faute (v. *supra*, n° 253), la loi du 26 mai 2004 a choisi une voie plus subtile : tout en maintenant cette forme de divorce, elle l'a pratiquement « *désactivée* » en supprimant la quasi-totalité des conséquences pénalisatrices qui s'attachaient aux torts exclusifs (perte des libéralités et avantages matrimoniaux, déchéance du droit à prestation compensatoire). Seules ont été maintenues des possibilités « *exceptionnelles* » de sanction ouvertes au juge (dommages-intérêts en cas de « *particulière gravité* » et refus de prestation compensatoire « *si l'équité le commande* » : art. 266 et 270, v. *infra*, n° 369 et n° 558).

À ces modifications législatives, il faut ajouter une évolution dans la pratique judiciaire, encore plus significative du changement d'état d'esprit : dans environ 90 % des cas, le divorce pour faute est prononcé aux torts partagés, les tribunaux se sentant de moins en moins aptes et légitimes à porter un jugement de valeur sur l'imputabilité de l'éloignement affectif des époux. Et la Cour de cassation, qui avait longtemps effectué un contrôle pointilleux sur le constat nécessaire de la double condition de l'article 242 du Code civil, y a renoncé et se désintéresse aujourd'hui du débat sur les fautes (hormis du point de vue procédural) qu'elle abandonne entièrement au pouvoir souverain des juges du fond (cf. *infra*, n° 298).

291 **Disparition des causes péremptoires.** Avant 2004, la loi elle-même attribuait à certaines fautes un caractère péremptoire, ce qui signifiait que le juge était privé de son pouvoir d'appréciation quant à leurs effets : dès lors qu'elles étaient établies, le juge devait prononcer le divorce.

Ces faits ainsi irréfragablement présumés détruire le mariage étaient, avant 1975, au nombre de deux : l'adultère et les condamnations pénales pour

crimes. La loi de 1975 avait sorti l'adultère de cette catégorie, ainsi réduite au cas le plus rare. Celle de 2004 a purement et simplement supprimé la notion même de cause péremptoire : dans tous les cas donc, il appartient au juge d'apprécier si les griefs permettent de prononcer le divorce, compte tenu de leurs caractères (§ 1) et des moyens de défense susceptibles de leur retirer effet (§ 2).

§ 4. LES GRIEFS CONJUGAUX

292

Définition légale. En ne prenant en compte que les faits qui « constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune » (art. 242), la loi (aujourd'hui comme hier et même avant 1975) exige en réalité la réunion de trois éléments : il faut, d'abord, une faute, c'est-à-dire, selon la lettre du texte, une *violation des devoirs et obligations du mariage* ; il faut, ensuite, que cette violation soit grave ou renouvelée ; il faut, enfin, qu'elle rende *intolérable le maintien de la vie commune*.

A. NOTION DE FAUTE

293

Faute conjugale. N'importe quelle faute ne constitue pas une atteinte au mariage : il faut bien entendu la situer en perspective des devoirs du mariage. Mais, on a vu, en étudiant les effets du mariage, que les obligations qui en découlent, et tout particulièrement les obligations de respect et d'assistance, ont un contenu extrêmement plastique qui permet, en réalité, au juge de disposer d'un grand pouvoir d'appréciation. C'est pourquoi la notion de violation des obligations du mariage se trouve **extrêmement large**. Le juge retient comme tels non seulement les faits qui constituent une *violation directe d'une obligation expressément prévue* par le Code à la charge des époux, mais encore de ce qui constitue une *attitude qui, d'une manière générale, doit être réprochée entre époux*.

294

Application : diversité. Il n'est naturellement pas possible de donner une liste exhaustive des comportements susceptibles de constituer de telles violations. L'imagination des particuliers mariés dépasse celle des juristes dans ce domaine²⁸. Cependant, à titre d'exemples, on peut tenter de répertorier les types de fautes le plus souvent rencontrées dans la pratique jurisprudentielle, étant précisé que la Cour de cassation refuse d'opérer un contrôle en la matière, laissant au pouvoir souverain des juges du fond le soin d'apprécier ce qui peut constituer dans chaque situation une violation des devoirs du mariage, ce qui conduit nécessairement à une grande variété jurisprudentielle. Il faut préciser à cet égard que la jurisprudence publiée est pour l'essentiel assez ancienne, les décisions en cette matière ne donnant plus actuellement lieu à publication qu'exceptionnellement²⁹.

■ 28. V. l'intéressante étude statistique réalisée sous la direction de Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ, *D.* 1985, chron. 219.

■ 29. Pour un panorama de la variété des fautes conjugales, v. Dalloz – Action, *Droit de la famille*, n° 132-290 à 132-313.

295 Manquements à des devoirs exprès. Les manquements au *devoir de fidélité* expressément attaché au mariage par le Code civil constituent de telles violations. Ces manquements résultent non seulement de l'*adultère* proprement dit et consommé, mais également de l'ensemble de *relations équivoques* avec un tiers, qui peuvent être considérées comme injurieuses pour le conjoint, même si l'*adultère* n'est pas véritablement prouvé³⁰. En réalité, ces relations sont moins retenues en elles-mêmes que comme rendant extrêmement probable l'*adultère*, dont la preuve directe est naturellement toujours très difficile. Des relations homosexuelles sont également considérées comme injurieuses à l'égard du conjoint. À même pu être évoquée la notion d'infidélité « intellectuelle » – avec un évêque³¹.

Le manquement de l'un des époux et tout spécialement du mari à l'*obligation de contribuer aux charges du mariage* sur le plan financier est une violation des obligations du mariage assez fréquemment relevée. Une telle défaillance se rencontre parfois lorsque les époux vivent en commun et que l'un d'eux (souvent en fait le mari), par suite de paresse ou de mauvaise volonté, ne peut pas ou ne veut pas fournir les subsides nécessaires à la famille ; elle se rencontre plus fréquemment en présence d'une situation où les époux sont séparés et où l'un d'eux néglige de subvenir aux besoins de l'autre et, éventuellement, des enfants. Naturellement, si la défaillance est due à des circonstances indépendantes de la volonté, telles que le chômage, il n'y a pas faute.

Sont également retenus comme manquements le fait pour l'un des époux de ne pas apporter *assistance et soins* à son conjoint.

Le manquement au *devoir de cohabitation*, c'est-à-dire l'abandon définitif ou même provisoire du domicile commun par l'un des époux sans le consentement de l'autre, est naturellement constitutif d'une faute. À cet égard, il convient de rappeler ce qui a été indiqué au cours de l'étude des effets du mariage (v. *supra*, n° 137) : il n'y a plus aujourd'hui de prédominance maritale en ce qui concerne le choix du domicile commun. Il en résulte que la faute ne se présente plus dans les termes qu'a connus pendant de nombreuses années la jurisprudence et qui étaient ceux soit du refus par la femme de suivre le mari au domicile qu'il avait choisi, soit du refus par le mari d'ouvrir la porte à sa femme. À l'heure actuelle, le domicile commun étant choisi par un accord entre les époux, *la faute consiste* de la part de l'un quelconque des époux à *se refuser systématiquement* à donner son accord pour le choix d'un domicile commun, soit, plus fréquemment, ce domicile commun ayant été choisi et déterminé, à *l'abandonner* ou à n'y paraître qu'épisodiquement. Le refus de laisser l'autre accéder à ce domicile commun constitue bien évidemment aussi une violation du devoir de cohabitation.

Le refus des *relations charnelles* qu'implique le devoir de cohabitation intime constitue également une faute, du moins s'il est injustifié. Mais l'excès inverse est également fautif (v. *supra*, n° 142).

Enfin et surtout, ce sont les manquements au *devoir de respect*, aujourd'hui formellement introduit dans la loi (cf. *supra*, n° 150), qui fournissent depuis longtemps

■ 30. Cf. par exemple Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-70138, pour l'hébergement d'un époux chez un tiers.

■ 31. Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1086.216.

les plus gros bataillons des fautes conjugales : violences physiques, scènes et propos injurieux, vexations et humiliations systématiques, attitudes de mépris, d'indifférence ou d'ignorance³², accusations ou dénonciations injustifiées³³.

296 Manquements innommés. À ces types de fautes, qui correspondent chacune au non-respect d'une obligation expressément attachée par la loi du mariage, la jurisprudence a ajouté une gamme extrêmement étendue de *comportements et d'attitudes* qui, bien que n'étant pas en contradiction directe avec un texte exprès, sont considérés comme illégitimes. À ce titre, ces attitudes marquent, en réalité, des violations de l'*obligation d'assistance* telle qu'elle a pu être largement entendue dans le sens de l'obligation d'adopter un comportement rendant possible la vie en commun.

Le défaut de soins et d'attentions à l'*égard des enfants* constitue ainsi une faute : bien que l'autre parent n'en soit pas directement victime, on considère que ses sentiments s'en trouvent certainement atteints. L'attitude adoptée à l'égard de leur éducation peut même être prise en compte³⁴.

Les injures commises par l'un des époux à l'égard de la *famille de l'autre* (y compris ses enfants antérieurs) sont également fautives. À cet égard, on peut relever que la jurisprudence observe un juste milieu. Si elle considère qu'il est injurieux pour l'un des époux de voir ses parents maltraités ou boudés par l'autre, elle considère, en revanche, qu'il est excessif pour l'un des époux de vouloir imposer ses parents au domicile conjugal ou même la présence d'amis durant des vacances³⁵. L'une et l'autre attitudes constituent des excès regardés comme fautifs.

Les comportements déshonorants ou délictueux sont souvent considérés comme portant atteinte à la *solidarité d'honneur* existant entre les époux. Il en résulte que notamment les sanctions pénales ou même disciplinaires prononcées à l'encontre de l'un des époux peuvent être constitutives d'une faute envers l'autre³⁶.

À plus forte raison pour des *actes malhonnêtes* commis envers ce dernier (vols ou détournements, même s'ils ne sont pas pénalement punissables).

Enfin, la jurisprudence a, d'une manière générale, imposé aux époux un **devoir de loyauté** (cf. *supra*, n° 152). Cela entraîne notamment que la *dissimulation* par l'un des époux à l'autre de *faits antérieurs au mariage* constitue une faute, bien que cette dissimulation soit en réalité antérieure au mariage et qu'elle puisse difficilement apparaître comme constituant un manquement à des obligations qui n'étaient pas encore nées. La jurisprudence considère, en réalité, que le *maintien*

■ 32. Pour une épouse ayant, lors d'une émission télévisée, parlé de ses enfants comme s'ils n'avaient pas de père : Cass. 2^e civ., 9 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986. Pan. 246 – Pour la désaffection réciproque marquée par un défaut de cohabitation, analysée comme un manque de respect naturel : Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-10154.

■ 33. Pour une tentative de placement sous tutelle : Cass. 2^e civ., 14 novembre 2002, *Bull. civ.* II, n° 256 – Pour une dénonciation calomnieuse à l'employeur : Versailles, 27 février 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.

■ 34. Pour un refus de faire baptiser l'enfant comme il avait été promis : Versailles, 26 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987. Som. 398.

■ 35. Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.* 1986.216.

■ 36. Même amnistiée, une condamnation pénale peut demeurer une cause de divorce : Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2012, n° 11-24719.

de cette dissimulation postérieurement au mariage constitue une déloyauté. Plus particulièrement, la dissimulation d'affections physiques graves, d'habitudes liées à la drogue, d'affections mentales, d'une attitude politique ou religieuse ou encore de certaines sanctions ou peines antérieurement encourues, est souvent retenue comme une faute à l'égard du conjoint. *A fortiori* la dissimulation pendant le mariage d'événements importants (grossesse de l'épouse³⁷, vie professionnelle et financière, activités religieuses, etc.) est-elle fautive.

Même non dissimulés, certains comportements peuvent revêtir en eux-mêmes un caractère déloyal constituant une faute conjugale : concurrence déloyale envers le conjoint³⁸ ou, plus gravement, conception d'un enfant sans son accord³⁹ (cf. *supra*, n° 152).

Des **excès** en tout genre peuvent aussi devenir faute conjugale : jeu, jalousie, religion, excentricités diverses⁴⁰, etc. (cf. *supra*, n° 130 et 261).

B. | CARACTÈRES DE LA FAUTE

297 Double condition. Ces violations des obligations résultant du mariage, dont on constate ainsi l'extrême variété, n'emportent pas automatiquement le prononcé du divorce. Pour que la cause de divorce prévue par la loi soit constituée, la violation doit non seulement exister, mais *présenter un double caractère*.

— Elle doit d'abord être « **grave ou renouvelée** ». On entend ainsi ne pas attacher la sanction particulièrement grave qu'est le divorce à une violation légère et occasionnelle des obligations du mariage. La vie commune présente des difficultés et si le moindre manquement aux obligations du mariage emportait le divorce, aucun mariage ne subsisterait bien longtemps. Il faut donc que la violation soit suffisamment consistante. Et c'est à ce souci que répond l'exigence qu'elle présente un caractère grave ou renouvelé. Les deux branches de cette condition ont un caractère **alternatif** : il n'est pas nécessaire que le manquement soit *à la fois* grave et renouvelé ; il suffit qu'il soit l'un ou l'autre : un manquement grave suffira même s'il est unique ; des manquements renouvelés suffiront, même s'ils sont légers⁴¹.

— Mais cette première condition doit être doublée d'une autre : les violations graves ou renouvelées doivent rendre **intolérable le maintien de la vie commune**.

C'est là, en vérité, le *critère décisif*. La gravité d'une décision telle que le divorce ne se justifierait pas s'il n'était pas constaté que les fautes invoquées rendent impossible le maintien de la vie commune. Cette impossibilité constitue le fondement définitif de la décision du divorce – ce qui pose le problème des fautes commises **en cours de procédure**, à une époque où la vie commune a déjà cessé (cf. *infra*, n° 338).

■ 37. V. par ex. Versailles, 22 janvier 2015, *Dr. fam.* 2015.87, note BINET (non-révélation pendant trois mois).

■ 38. Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2007, *D.* 2008.807.

■ 39. Cf. Nîmes, 21 mars 2007, *Dr. fam.* 2007.189.

■ 40. Comme la possession de dizaines d'animaux : Cass. 1^{re} civ., 23 février 2011, n° 09-72079.

■ 41. Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 10-12912.

298 **Appréciation des conditions.** La Cour de cassation abandonne aux *juges du fond* le pouvoir d'apprécier souverainement non seulement quels sont les faits qui constituent des violations aux obligations du mariage, mais encore si ces faits sont graves ou renouvelés, d'une part, de nature à rendre intolérable le maintien de la vie commune, d'autre part.

Pendant longtemps elle a cependant exercé un contrôle formaliste exigeant la mention expresse du constat de cette double condition. Mais elle a aujourd'hui abandonné ce contrôle, jugeant que la simple référence à l'article 242 ou même le prononcé du divorce en lui-même implique que les fautes relevées présentaient le double caractère légal⁴².

Les juges du fond se voient donc reconnaître un grand pouvoir et cela explique que leurs *conceptions personnelles* puissent influencer sur le contenu de leurs jugements. C'est ainsi qu'une enquête effectuée il y a quelques années avait révélé que le pourcentage des divorces prononcés par rapport aux demandes formées variait de manière assez importante selon les tribunaux et les régions. Tout particulièrement, dans certaines régions, comme la Bretagne, où les conceptions catholiques sont plus implantées que dans d'autres, les taux de divorces prononcés étaient très inférieurs à ceux constatés dans d'autres régions. Cette observation statistique conduisait à conjecturer que l'hostilité des magistrats à l'égard de l'institution même du divorce pouvait conduire à une plus grande exigence dans l'appréciation des caractères présentés par les fautes, et au rejet de certaines demandes qui auraient été admises dans d'autres tribunaux. De telles inégalités, inhérentes au caractère subjectif et casuistique de l'appréciation exigée du magistrat, sont inévitables même si elles peuvent parfois choquer⁴³.

§ 5. LES FAITS NEUTRALISANTS

299 **Notion.** Ce sont des événements qui font obstacle à ce qu'une attitude puisse fonder le prononcé d'un tel divorce, alors pourtant qu'elle présente intrinsèquement les caractères suffisants.

Ces faits exonérateurs dégagés par la jurisprudence et dont certains ont été repris par la loi peuvent être, pour la commodité de l'exposé, comptés au nombre de quatre.

A. IRRESPONSABILITÉ

300 **Fautes non « imputables ».** En précisant que les fautes doivent être « *imputables* » au conjoint, l'article 242 rappelle, règle qui a toujours été admise, que l'*irresponsabilité* de l'auteur du comportement objectivement fautif constitue un

■ 42. Depuis Cass. 2^e civ., 30 novembre 2000, *Bull. civ.* II, n° 157 ; *JCP* 2001.II.10547, note GARÉ. – V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 11 janvier et 6 juillet 2005, *Bull. civ.* I, n° 14, 303 et 307.

■ 43. Ainsi l'on a vu il n'y a pas si longtemps des juges provinciaux admettre encore un grief qu'on pouvait croire disparu : les faibles qualités ménagères de la femme (Aix, 14 octobre 1993, *JCP* 1994.IV.625). Pourquoi pas l'incompétence du mari pour le bricolage ?

obstacle à la demande de divorce. C'est par commodité que l'on classe ce cas parmi les hypothèses de faits exonérateurs car, dans la rigueur des principes, il n'y a, dans une telle hypothèse, tout simplement *pas de faute*. La notion de faute requiert non seulement un élément matériel, mais également un élément intentionnel, impliquant la conscience, de la part de l'auteur de l'élément matériel, de manquer à ses obligations.

Lorsque l'un des époux adopte une attitude objectivement fautive, mais le fait de *manière inconsciente* ou sous l'empire d'un état morbide ou maladif, notamment à la suite de difficultés d'ordre caractériel ou mental, la jurisprudence considère que son comportement ne peut pas lui être véritablement imputé à faute et qu'on ne peut prononcer à son encontre une sanction⁴⁴.

Il y a là une **difficulté grave**⁴⁵. Car s'il est compréhensible que l'on ne puisse pas reprocher à quelqu'un un comportement qu'il ne choisit pas délibérément et qu'il subit sous l'empire de la maladie, on ne peut cependant pas méconnaître totalement l'intérêt de l'autre conjoint qui supporte un comportement objectivement de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal. La loi de 1975, en instituant un divorce pour aliénation mentale, n'avait que très partiellement résolu la question, qui se retrouve entière puisque la loi de 2004 a supprimé ce divorce pour aliénation mentale (supposant sans doute que l'aliénation conduira à la séparation ouvrant le divorce pour altération définitive du lien conjugal).

La loi ne résout pas cette difficulté.

Encore faut-il préciser que naturellement le conjoint victime de troubles affectant sa conscience ne peut pas s'en prévaloir s'il les a lui-même créés par un comportement fautif tel que l'abus de boissons ou de drogue. Dans une telle hypothèse, son inconscience provient elle-même de sa faute initiale et le divorce peut être prononcé à son encontre.

B. | PROVOCATION

301 Piège ou accord. La *provocation de la faute* de l'un des époux par le comportement délibéré de l'autre peut retirer à cette faute les effets qui lui sont normalement attachés. L'hypothèse est que l'un des époux, désirant obtenir le divorce, mais n'ayant rien à reprocher à son conjoint, va provoquer, par une mise en scène, un comportement fautif de ce conjoint. C'est principalement à propos de l'adultère que la question de la provocation s'est posée. Après de nombreuses hésitations, la jurisprudence antérieure à la réforme de 1975 avait admis que le conjoint qui encourage l'adultère de son époux, qui le provoque par une mise en scène faisant intervenir notamment un complice chargé de séduire ce conjoint, peut se prévaloir néanmoins de l'adultère ainsi obtenu pour demander le divorce⁴⁶. Cette solution, critiquée en doctrine, ne reposait que sur le caractère péremptoire de l'adultère. Désormais, bien que la jurisprudence n'ait pas posé de manière générale un tel principe, on peut considérer que l'attitude de provocation délibérée de la part de l'un des époux qui

■ 44. Pour des troubles mentaux, v. Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 2009, n° 08-20710.

■ 45. V. LANGE, *Le conjoint de l'aliéné*, RTD civ. 1984.33.

■ 46. Civ. 14 juin 1950, JCP 1950.5872, note crit. JACK-MAYER.

tente ainsi de se ménager un grief lui interdit de se prévaloir du comportement qu'il a lui-même ainsi provoqué.

Il en va de même lorsque, même sans piège, les époux se sont amiablement dispensés mutuellement du devoir de cohabitation (cf. *supra*, n° 139), voire du devoir de fidélité (*supra*, n° 146).

C. | LA RÉCONCILIATION

302 **Idée de pardon.** L'article 244 du Code civil fait de la réconciliation des époux depuis les fautes une fin de non-recevoir à l'action en divorce fondée sur ces fautes.

La réconciliation des époux constitue, en réalité, un *pardon* ; et l'idée est que les fautes pardonnées ne peuvent pas être invoquées à nouveau par celui qui les a pardonnées⁴⁷.

Mais cet effet extinctif exige la réunion de certaines conditions et n'est pas nécessairement définitif.

303 **Conditions de la réconciliation.** *L'élément matériel* consiste dans le maintien ou la reprise de la vie commune après les fautes pardonnées. Mais cet élément matériel ne suffit pas. Il faut que vienne s'y joindre un *élément intentionnel* consistant dans la volonté de « *passer définitivement l'éponge* » sur les fautes pardonnées. Cette exigence supplémentaire est illustrée par l'article 244, alinéa 3, du Code civil qui dispose que :

« Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune n'est pas considéré comme une réconciliation s'il ne résulte que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants ».

Il ne faut pas, en effet, pénaliser les époux qui font un effort pour tenter une reprise de la vie commune malgré les dissensions qui les ont séparés ou encore qui, dans le but de ne pas troubler les conditions d'éducation des enfants, « oublient » provisoirement leurs griefs. Si cette attitude avait été considérée comme une réconciliation leur interdisant ultérieurement de faire valoir les griefs qu'ils peuvent nourrir contre l'autre conjoint, on aurait assisté à un refus quasi systématique de la part des époux de faire un tel effort. Afin qu'ils puissent le tenter sans perdre leur droit à faire valoir les fautes du conjoint, la disposition en cause a été prise. La reprise de relations intimes ne suffit pas à caractériser l'élément intentionnel⁴⁸.

304 **Conséquences de la réconciliation.** Lorsque la réconciliation est constituée, elle emporte pour conséquence *d'effacer les griefs pardonnés*. À ce titre, il appartient naturellement à l'époux qui a commis les fautes pardonnées de rapporter la preuve de la réconciliation qu'il invoque pour leur retirer tout effet.

Cependant, cette disparition des faits pardonnés n'est pas toujours définitive. Si la réconciliation interdit que l'on fonde ultérieurement une demande sur les seuls faits pardonnés, elle ne s'oppose pas, en revanche, à ce que, *si d'autres fautes*

■ 47. NERSON, *Le pardon des offenses dans les rapports conjugaux* in *Mél. Weill*, Dalloz, 1983, p. 425.

■ 48. Paris, 13 mars 1974, *D.* 1974.733.

antérieures sont découvertes ou si des fautes postérieures ont été nouvellement commises par l'époux, les fautes pardonnées puissent alors être exhumées et invoquées à son encontre. L'article 244 dispose expressément qu'une nouvelle demande « peut être formée en raison des faits survenus ou découverts depuis la réconciliation et que les faits anciens peuvent alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande ».

L'idée (très « *marquée* ») est que tout pardon serait **conditionnel** et subordonné à la condition que le comportement pardonné est entièrement connu et ne sera pas renouvelé. En revanche, si la réconciliation a échoué et si les errements anciens ont été reconduits, le pardon perd toute son efficacité. L'époux qui, après avoir pardonné certains faits, en découvre d'autres ou est de nouveau victime de fautes de la part de son conjoint, peut invoquer l'ensemble des griefs qu'il nourrit à son encontre, tant antérieurs que postérieurs au pardon⁴⁹.

D. | EXCUSES

305 Œil pour œil, dent pour dent, et même œil pour dent. La vie conjugale étant faite d'interactivité, l'idée que des fautes conjugales puissent être excusables par le contexte est admise par l'article 245 du Code civil : les fautes d'un époux peuvent excuser ou atténuer celles de l'autre.

On ne peut en effet évaluer le comportement d'un époux de manière isolée et abstraite sans prendre en considération les relations du couple. Et il est certain que si l'un des conjoints manque gravement à ses devoirs, cela peut expliquer et, dans une certaine mesure, excuser les fautes de l'autre. Pour prendre un exemple trivial, on comprend aisément qu'un conjoint injurié finisse par « *répondre* » dans des termes identiques. Dans une telle hypothèse, l'excès objectif que peuvent constituer les propos qu'il a tenus trouve une excuse dans les fautes de l'autre conjoint.

Le jeu des excuses ne se cantonne pas à des griefs de même nature (injure pour injure, violences pour violences, adultère pour adultère). Il peut aussi s'appliquer entre fautes de nature différente. La jurisprudence retient notamment très souvent une telle excuse au bénéfice de la femme bafouée par l'adultère de son mari, admettant que son comportement agressif, acariâtre ou injurieux, voire l'abandon du domicile, s'explique et s'excuse par la situation d'infortune dont elle peut avoir connaissance⁵⁰, ou à plus forte raison par les voies de fait dont elle est victime⁵¹.

Les juges apprécient librement la mesure de l'excuse d'après les circonstances : il peut y avoir excuse même si la riposte fautive n'était pas indispensable⁵².

■ 49. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-13667, *JCP* 2013.819, n° 6 – V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 11 février 2009, n° 08-14955 – Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 10-30100, *RTD civ.* 2011.110, obs. HAUSER.

■ 50. V. BOURGEOIS, *La faute du demandeur dans le divorce pour faute*, D. 1986, chron. 89.

■ 51. Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 2009, n° 08-21281.

■ 52. Cass. 2^e civ., 25 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 176.

Mais si les juges ont ainsi la possibilité, en retenant l'existence d'une telle excuse, de se fonder sur les fautes du demandeur pour rejeter la demande⁵³, il leur est également possible de retenir ces fautes pour en déduire une conséquence toute différente, à savoir le prononcé du divorce aux torts des deux époux.

§ 6. LE PARTAGE DES TORTS

306

Appréciation d'ensemble. Contrairement à la loi de 1884, qui, en cas de fautes des deux côtés, prononçait en réalité deux « *divorces croisés* » (appliquant donc à chacun les pénalités alors attachées à la faute), la loi de 1975 a remplacé l'idée de « *torts réciproques* » par celle de « *torts partagés* ». Cette modification de langage traduit une conception nouvelle : ce n'est plus l'entrecroisement de deux procédures indépendantes dirigées par chaque époux contre l'autre, mais l'analyse par le juge de la *situation d'ensemble* des causes ayant conduit au divorce et à une appréciation selon laquelle les torts apparaissant à la charge de l'un et de l'autre époux, chacun a sa part dans l'échec du mariage.

Les *conséquences* de ce divorce ont été modifiées et rendues « *neutres* » (cf. *infra*, n° 358 et 562). Mais surtout les *conditions* dans lesquelles il peut être prononcé ont été également modifiées. Désormais, le juge *peut prononcer un divorce aux torts partagés, même s'il n'est saisi que par l'un des époux et si l'époux défendeur n'a pas formé la demande reconventionnelle*⁵⁴ : sur la demande qui lui est présentée, le juge a donc un pouvoir d'appréciation d'ensemble, à charge toutefois de provoquer les observations des parties pour respecter le caractère contradictoire des débats⁵⁵.

Cette indivisibilité de l'appréciation des griefs réciproques a entraîné trois conséquences procédurales nouvelles :

— si le juge entend prononcer le divorce dont le défendeur s'était borné à solliciter le rejet, il doit provoquer un débat sur la question de l'attribution éventuelle d'une prestation compensatoire (CPC, art. 1076-1)⁵⁶ ;

— le juge ne peut pas se prononcer sur l'une des demandes et surseoir à statuer sur l'autre ;

— si un divorce prononcé aux torts partagés est cassé, même à la demande d'un seul époux, c'est l'arrêt en son entier qui est annulé et la Cour de renvoi doit réexaminer l'ensemble du litige.

■ 53. En pratique, les excuses sont utilisées non pas pour rejeter totalement le divorce, mais pour rejeter la demande de l'un des époux, le plus gravement fautif, et pouvoir ainsi prononcer le divorce à ses torts exclusifs.

■ 54. Il ne s'agit que d'une simple faculté et non d'un devoir pour le juge qui peut donc s'en tenir à la demande : Cass. 2° civ., 21 juillet 1986, *D.* 1987, som. 275, obs. GROSLIÈRE.

■ 55. Cass. 2° civ., 26 novembre 1986, *Bull. civ.* II, n° 174.

■ 56. Et ce débat doit précéder le prononcé même du divorce (Cass. 2° civ., 19 janvier 1994, *Bull. civ.* II, n° 32) car ce prononcé peut servir de garantie à la prestation (*infra*, n° 384).

LA PROCÉDURE DES DIVORCES CONTENTIEUX

307

Compétence. La question liminaire est celle de déterminer le juge compétent.

Tant que l'on reste dans l'**ordre interne**, les règles sont simples :

— *du point de vue matériel*, c'est bien entendu le juge aux affaires familiales qui doit être saisi, le divorce étant la première de la liste de ses compétences encore élargie par la loi du 12 mai 2009 (cf. *supra*, n° 19) ;

— *du point de vue territorial*, l'article 1070 du Code de procédure civile organise une hiérarchie qui s'attache prioritairement à la résidence de la famille ; en cas de vie séparée, c'est à la résidence du parent avec qui vivent habituellement les enfants mineurs ; s'il n'y en a pas, à celle du défendeur.

Si ces règles ne sont pas respectées, le juge peut relever d'office son incompétence car l'action en divorce touche à l'état des personnes (art. 93 du Code de procédure civile).

Si l'on aborde l'**ordre international** (qui n'est pas lié à la nationalité des époux mais à leur résidence dans des pays différents), la situation est plus complexe car elle tombe dans le champ du Règlement européen du 27 novembre 2003 (dit « *Bruxelles II bis* »)⁵⁷ dont l'article 3 ouvre une **option de compétence à plusieurs branches sans hiérarchie** : peuvent être saisis les tribunaux de l'État :

— soit de la résidence commune des époux (ou de leur dernière résidence commune si l'un d'entre eux y est demeuré) ;

— soit de la résidence habituelle du défendeur ;

— soit de la résidence du demandeur pourvu qu'il y ait vécu au moins six mois avant la demande et qu'il soit ressortissant de cet État ;

— soit encore de la nationalité commune des époux.

Cette option étant sans hiérarchie et donc à la libre disposition du demandeur, il peut arriver que les tribunaux de deux États soient saisis concurremment : le concours se règle alors au profit du premier saisi (article 19 du Règlement)⁵⁸.

308

Tronc commun divisé en deux phases. Alors que la loi de 1975 organisait une procédure propre à chacune des formes de divorce, celle du 26 mai 2004 (mise en œuvre par un décret de procédure du 29 octobre 2004 ayant refondu les articles 1075 et suivants du Code de procédure civile) a institué une procédure unique pour les trois formes de divorce comportant une part de contentieux, sous la seule réserve de quelques dispositions mineures particulières à chacune des trois formes concernées (CPC, art. 1123 à 1128).

Comme précédemment, cette procédure se décompose en deux phases : une phase préparatoire, ayant pour objet affiché la recherche d'une conciliation (par le

■ 57. Qui s'impose aux tribunaux français même si l'autre pays concerné est extérieur à l'Union européenne.

■ 58. C'est le jour de la requête initiale (et non de l'assignation après ordonnance de non-conciliation) qui doit être pris en compte (Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n°s 374 et 375) – Ce peut être une question d'heure : cf. Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 165.

maintien de la tentative de conciliation) et pour objet réel d'organiser la vie familiale pendant la durée de la procédure ; puis une phase décisoire constituant le véritable procès en divorce et ayant pour objet, comme tout procès, d'aboutir à un jugement sur le divorce.

309 Question préalable de la capacité. La procédure de divorce, touchant à la vie familiale et privée, présente un caractère éminemment personnel qui la fait échapper aux mécanismes de droit commun par lesquels des tiers intéressés peuvent agir ou défendre en justice pour le compte d'autrui : ainsi des créanciers d'un des époux ne sont pas admis, même s'ils devaient y avoir intérêt, à agir à leur place au moyen d'une action oblique (l'article 1341-1 réserve les droits « *exclusivement attachés à la personne* »), pas plus que les organes de la procédure collective d'un époux en « *faillite* » ou *a fortiori* un tiers (parent, concubin, etc.).

Quand l'un des époux est en situation d'incapacité juridique, ce caractère personnel du divorce a conduit la loi à adapter quelque peu le fonctionnement des règles liées à cette incapacité : c'est l'objet des articles 249 et suivants du Code civil, issus de la loi de 2004.

Tout d'abord, dès que l'un des époux est placé sous un régime de « *protection juridique des majeurs* » (tutelle, curatelle, habilitation familiale ou même simple sauvegarde de justice), sont fermées les formes de divorce qui reposent sur le consentement des époux : non seulement le divorce par consentement mutuel (*supra*, n° 269) mais aussi le divorce sur demande acceptée (art. 249-4).

Ensuite, en cas de sauvegarde de justice (mesure par nature provisoire), l'action en divorce ne peut pas être introduite sans qu'ait été préalablement organisé un régime de curatelle ou de tutelle (le juge pouvant néanmoins être saisi pour prendre des mesures urgentes ou provisoires dans l'attente de cette organisation : art. 249-3).

Enfin, quel que soit le régime de protection (curatelle ou tutelle), on conjugue la présence de l'époux lui-même avec celle de l'organe de protection (art. 249 et 249-1) :

— en cas de curatelle, c'est l'époux lui-même qui agit ou défend à l'action, mais l'assistance du curateur est requise pour tous les actes de la procédure ;

— en cas de tutelle, l'action est exercée par ou contre le tuteur, mais il faut, outre un avis médical, l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, lequel doit procéder autant que possible à l'audition de l'intéressé.

Ce système emporte que, dans le cas habituel où le tuteur ou curateur est le conjoint lui-même, il faut nommer un tuteur ou curateur spécial (art. 249-2).

Comptant sur la vigilance du juge, la loi ne précise pas la sanction de ces exigences. Dans le cas où elles auraient été méconnues, la règle « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* » emporte que c'est seulement par les voies de recours judiciaires (appel, pourvoi, mais aussi recours en révision) que l'irrégularité pourra être sanctionnée⁵⁹.

■ 59. V. par ex. Cass. 2^e civ., 14 décembre 2000, n° 99-13143, *RJPF* 2001.2/29, obs. GUERDER annulant un divorce alors que l'épouse était sous sauvegarde de justice.

§ 1. LA PHASE PRÉPARATOIRE

A. REQUÊTE INITIALE ET TENTATIVE DE CONCILIATION

TEXTES

Code civil, art. 251 à 252-4

Art. 251. – L'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce.

Art. 252. – Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance.

Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences.

Art. 252-1. – Lorsque le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux séparément avant de les réunir en sa présence.

Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien.

Dans le cas où l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion.

Art. 252-2. – La tentative de conciliation peut être suspendue et reprise sans formalité, en ménageant aux époux des temps de réflexion dans une limite de huit jours.

Si un plus long délai paraît utile, le juge peut décider de suspendre la procédure et de recourir à une nouvelle tentative de conciliation dans les six mois au plus. Il ordonne, s'il y a lieu, les mesures provisoires nécessaires.

Art. 252-3. – Lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable.

Il leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. À cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 255.

Art. 252-4. – Ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure.

310 Requête initiale. Le premier acte procédural est la présentation d'une requête au juge des affaires familiales, obligatoirement faite par l'intermédiaire d'un avocat.

Cette requête ne doit indiquer « *ni le fondement juridique de la demande en divorce, ni les faits à l'origine de celle-ci* » (CPC, art. 1106). Il ne s'agit pas d'une simple dispense mais d'une interdiction délibérée de motivation tant en fait qu'en droit.

Cette disposition est très importante en ce qu'elle traduit la nouvelle philosophie donnée à la tentative de conciliation, qui ne vise plus tant à réconcilier les époux qu'à les amener à envisager ensemble de façon constructive l'organisation du divorce et de ses conséquences (cf. art. 252, alinéa 2). Il est donc important que le débat lors de cette tentative ne soit pas « *plombé* » d'emblée par l'articulation

d'éléments de fait qui prendront nécessairement la tonalité de griefs, afin de préserver au maximum les chances de parvenir à un divorce accepté, sinon même à un divorce par consentement mutuel au moyen de la « passerelle » de l'article 247. En outre, l'interdiction de préciser à ce stade le cas de divorce préserve la souplesse de la procédure qui pourra déboucher sur telle ou telle forme de divorce selon le « climat » de la tentative de conciliation. L'objet normal de la requête est en effet d'obtenir du juge la fixation d'une date pour procéder à la tentative de conciliation, qui est l'élément essentiel de cette phase préparatoire.

Le juge saisi de la requête va donc fixer un jour pour procéder à la tentative de conciliation et faire convoquer les deux époux à cette tentative.

311 Mesures urgentes. Cependant, il se peut que la situation exige des *mesures urgentes* et qu'il soit impossible pour les prendre d'attendre l'issue de la tentative de conciliation. Par exemple, il existe un danger matériel pour l'un des époux ou encore un danger important, sur le plan matériel ou moral, pour les enfants à poursuivre la cohabitation. Il se peut également qu'il existe un risque de dilapidation ou de détournement des biens et que les *mesures conservatoires* soient nécessaires. C'est pourquoi l'époux qui présente la requête initiale peut demander au juge de prendre immédiatement des mesures d'urgence (C. civ., art. 257) ; les plus fréquentes sont l'autorisation de l'époux demandeur à résider séparément et l'autorisation de le faire avec des enfants mineurs ou encore des mesures conservatoires sur certains biens telles que l'apposition des scellés. Si l'époux formule de telles demandes dans sa requête, il ne doit pas se borner à faire présenter celle-ci par son avocat, mais doit se présenter *personnellement* auprès du juge afin que celui-ci puisse apprécier, au besoin en lui posant des questions, le bien-fondé de sa requête (CPC, art. 1106). On sait que depuis la loi de 2004, de telles mesures peuvent avoir été déjà prises en cas de violences conjugales, avant même toute demande en divorce, au titre de l'article 220-1 du Code civil (*supra*, n° 215).

312 La tentative de conciliation : objet transformé. Cette phase essentielle de la procédure, qui illustrait autrefois l'aversion de notre droit pour le divorce, a conservé son nom mais changé d'esprit et de fonction dans la loi de 2004 qui en a modifié la définition : le juge ne cherche désormais plus tant à réconcilier les époux (ce qui, dans la pratique, était devenu un effort dérisoire) qu'à les concilier « *tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* » (art. 252), ce qui explique que cette phase est obligatoire, même si elle est vouée à l'échec⁶⁰.

Le juge peut certes encore tenter d'amener le demandeur à renoncer (cf. art. 252-3). Mais, en visant une conciliation sur « *le principe du divorce* », le texte envisage tout autant un accord pour ne pas divorcer que l'éventuelle acceptation du « *principe de la rupture du mariage* » de l'article 233, sur laquelle peut déboucher l'audience de conciliation (sous la seule réserve qu'il faut alors que les deux époux soient chacun assistés par un avocat : cf. art. 253).

Et surtout, le juge est chargé d'inviter les époux à engager d'ores et déjà une discussion sur les conséquences du divorce, dans l'espoir de pouvoir préparer soit un accord d'ensemble permettant de passer à un divorce par consentement mutuel

■ 60. Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 2015, n° 14-28296.

par la voie de l'article 247, soit des accords partiels qui pourront être soumis à l'homologation et circonscrire le champ restant au contentieux, dans les termes de l'article 268⁶¹.

313 Audience de conciliation : déroulement. L'audience exige en principe la présence personnelle des époux, tous deux convoqués. Si l'un d'eux est empêché, le juge peut fixer une autre date, ou même se déplacer. L'absence du défendeur ne peut cependant pas paralyser la procédure et le juge peut passer outre si elle n'est qu'une manœuvre d'obstruction.

Le demandeur est assisté de l'avocat qu'il a nécessairement choisi pour présenter la requête. Aucune disposition n'impose à l'autre époux d'être assisté.

Le déroulement de l'audience est minutieusement fixé par les articles 252-1 du Code civil et 1110 du Code de procédure civile : le juge commence par indiquer aux époux que tout ce qui sera dit ou écrit au cours de la tentative de conciliation ne pourra, en aucune façon, être utilisé contre eux dans la suite de la procédure. Cette disposition a pour but d'écartier *toute méfiance* entre époux pendant cette tentative et de permettre à chacun de faire toute proposition ou toute reconnaissance de responsabilité dans un but de pure conciliation sans risquer de voir utiliser à son encontre les propos qu'il aurait tenus (art. 252-4).

Puis, le juge doit *s'entretenir personnellement* avec chacun des époux *séparément*, et ensuite *les réunir* pour s'entretenir avec eux ensemble. Ce n'est qu'ensuite que les avocats des parties sont appelés à assister ou participer à l'entretien. Ces successions d'entretiens permettent que chacun des époux s'explique librement avec le juge, puis que celui-ci essaie, en présence des deux époux, de trouver une solution à leurs difficultés.

314 Suspension de l'audience. L'audience elle-même peut être suspendue pour un maximum de huit jours pour permettre aux époux de réfléchir aux voies qui auront été envisagées (art. 252). En particulier, s'il est apparu qu'une acceptation du principe du divorce est possible, cette suspension permettra que le second conjoint non assisté fasse intervenir un avocat, pour lever l'obstacle de l'article 253 au constat d'un divorce accepté en son principe selon l'article 233.

315 Suspension de la procédure. Le juge peut aussi décider de suspendre la procédure elle-même pour un délai plus long, notamment quand les époux paraissent disposés à s'entendre pour préparer ensemble un accord global en vue d'un divorce par consentement mutuel. D'un maximum de six mois, cette suspension peut s'accompagner de l'organisation de mesures provisoires jusqu'à la tenue de la nouvelle tentative de conciliation, mesures qui seront caduques si la procédure n'est pas reprise, sous une forme ou sous une autre, dans le délai de six mois.

316 Accord des époux sur le principe du divorce. Il se peut qu'au cours de l'audience puisse être d'ores et déjà constaté l'accord des époux sur le principe du divorce qui permet, s'ils ont chacun un avocat, d'emprunter immédiatement la forme du divorce accepté (*supra*, n° 266).

■ 61. Voir pour un plaidoyer en faveur de la suppression du préalable de conciliation : BOUTY, *D.* 2008.2728.

L'article 1123 du Code de procédure civile détaille la forme du procès-verbal que doivent alors signer les époux et leurs avocats respectifs (doit en particulier être mentionné l'article 233 du Code civil rendant cet accord définitif et sans recours).

Le juge rend alors une ordonnance qui constate cet accord et « renvoie les époux à introduire l'instance pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets ». Il prend les mesures provisoires pour la durée de cette instance.

317 Ordonnance de non-conciliation. Si enfin le juge constate qu'aucun accord ne se dessine ni sur un règlement global ni même sur une acceptation du principe du divorce, il rend alors une ordonnance de non-conciliation qui autorise l'introduction de la procédure contentieuse.

Mais même dans ce cadre, la loi de 2004 a entendu favoriser la recherche d'accords partiels sur certaines des conséquences du divorce : selon l'article 252-3, le juge incite les époux à régler ces conséquences à l'amiable et leur demande de préparer à cet effet un projet qui sera présenté au juge du fond.

En même temps, le juge décide dans son ordonnance des mesures provisoires pour la durée de l'instance.

B. LES MESURES PROVISOIRES

TEXTES

Code civil, art. 254 à 256

Art. 254. – Lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée.

Art. 255. – Le juge peut notamment :

- 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ;
- 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ;
- 3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ;
- 4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation ;
- 5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ;
- 6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ;
- 7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire ;
- 8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial ;

9° Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ;

10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.

Art. 256. – Les mesures provisoires relatives aux enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre I^{er} du titre IX du présent livre.

318 **Objet et importance.** L'objet de ces mesures provisoires est de *régler la vie matérielle* de la famille *pendant la durée de cette instance*. Il est évident, en effet, que si le mariage n'est pas dissous tant que le divorce n'a pas été prononcé, de sorte que la seule existence du procès n'éteint pas les obligations du mariage⁶², l'existence d'un procès rend quasiment impossible un déroulement normal de la vie familiale. À cette nécessité répond le pouvoir du juge de prendre, à l'issue de la tentative de conciliation, des mesures provisoires, dont l'objet est précisément d'organiser, d'une manière provisoire, la vie de la famille.

L'importance de ces mesures ne tient pas seulement à leur durée d'efficacité qui peut couvrir parfois plusieurs années (notamment lorsque l'instance se prolonge par l'exercice de voies de recours), mais aussi à ce qu'elles préfigurent souvent ce que seront certains des effets du divorce lui-même, notamment pour ce qui concerne les mesures relatives aux enfants : la situation instaurée à titre provisoire créera une sorte de fait acquis que le juge du divorce aura souvent tendance à prendre ensuite pour référence lorsqu'il s'agira de décider des mesures définitives.

En outre, la loi de 2004 a voulu que ces mesures préparent la décision sur le fond, en y faisant désormais figurer l'instauration d'une médiation ainsi que la désignation de professionnels chargés de préparer la liquidation des intérêts patrimoniaux.

La longue liste de l'article 255 (qui n'est d'ailleurs pas limitative), très augmentée en 2004 (passant de cinq à dix), a désormais une double orientation : aux mesures de vie quotidienne, destinées selon l'expression de l'article 254 à « *assurer l'existence* » des époux et des enfants pendant l'instance, s'ajoutent désormais des mesures préparatoires destinées à faciliter l'aménagement de la situation définitive.

319 **Mesures de vie provisoire.** Elles ont essentiellement quatre objets.

1° Organiser la résidence séparée des époux. Le juge les autorise à résider séparément, ce qui n'est pas sans conséquences juridiques⁶³ et il décide duquel d'entre eux aura la jouissance du logement et du mobilier dont le ménage jouissait en commun jusqu'alors. Il est utile à ce sujet que le juge envisage et précise les conséquences pécuniaires de cette attribution. En effet, si le logement est en location, les deux époux continuent d'être solidairement tenus envers le bailleur⁶⁴, à qui la procédure en cours n'est pas opposable (v. *infra*, n° 354). Et si ce logement

■ 62. V. par ex. Cass. 2^e civ., 29 septembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 141. – Sur l'adultère en cours de procédure, v. *infra*, n° 338.

■ 63. Ainsi l'absence de résidence met fin à certaines immunités pénales (Cass. crim., 14 février 1999, *JCP* 2000.IV.1380) et à certains droits liés à une résidence effective (Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 9).

■ 64. Mais la solidarité ne joue pas pour le nouveau logement loué par un seul : Cass. 2^e civ., 24 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 173.

appartient aux deux époux ou à l'un d'eux (directement ou par l'intermédiaire d'une société qui le met à leur disposition), celui qui l'occupe seul est en principe débiteur d'une indemnité de jouissance (v. *infra*, n° 366). Il est donc opportun que le juge indique s'il entend attribuer la jouissance à titre onéreux ou à titre gratuit, cas dans lequel cette jouissance apparaît comme une exécution en nature du devoir de secours entre époux qui subsiste jusqu'au prononcé du divorce définitif. En cas de silence du juge sur ce point, des difficultés ultérieures surgissaient fréquemment lors de la liquidation et il fallait alors interpréter rétroactivement l'ordonnance pour rechercher si la jouissance était conçue comme onéreuse ou gratuite, notamment en tenant compte du montant de la pension alimentaire⁶⁵. La loi de 2004 a entendu remédier à ces difficultés en prescrivant au juge d'indiquer ce caractère gratuit ou onéreux⁶⁶, sans aller toutefois jusqu'au bout de sa logique dans le cas de jouissance décidée à titre onéreux : elle ne permet au juge que de constater un éventuel accord des époux sur le montant de l'indemnité d'occupation, mais non de fixer lui-même ce montant. De sorte que l'époux bénéficiaire ne sait pas à l'avance ce qu'il lui en coûtera en définitive, lors de la liquidation, d'avoir profité de la jouissance du logement.

Par cohérence, il faut admettre que la décision figurant à cet égard dans l'ordonnance de non-conciliation s'imposera par la suite au juge de la liquidation. Mais, figurant parmi les mesures provisoires, elle est à tout moment modifiable au cours de l'instance, soit dans le sens du passage d'une jouissance gratuite à une jouissance onéreuse, soit dans le sens inverse. En toute occurrence, sa durée d'efficacité se limite à la durée de l'instance : une fois celle-ci éteinte, la jouissance donnera nécessairement lieu à une indemnité d'occupation, le juge n'ayant pas le pouvoir d'en décider autrement (cf. *infra*, n° 366).

2° Organiser la vie des enfants. La loi du 4 mars 2002 a voulu souligner qu'il n'y a dans la procédure de divorce qu'un cas comme les autres de séparation des parents : elle a donc extrait des textes spécifiques les règles relatives aux enfants pour renvoyer au corps général de textes régissant l'autorité parentale (nouvel art. 256). Mais le rôle du JAF conserve le même contenu : à l'occasion des mesures provisoires, il organise l'exercice de l'autorité parentale (l'ancienne « garde » des enfants) qu'il laisse en principe conjointement aux deux parents en précisant chez lequel d'entre eux résidera l'enfant. Mais il peut en attribuer l'exercice à l'un des parents et réglemente, si besoin, le *droit de visite* de l'autre parent. Il fixe également la *contribution* que l'autre époux devra verser pour leur entretien et leur éducation, sous la forme d'une *pension alimentaire*.

3° Assurer les ressources de chacun. Si l'un des époux se trouve dépourvu de revenus personnels, le juge peut fixer la *pension alimentaire* personnelle qu'il pourra percevoir de l'autre au titre du devoir de secours entre époux lié au mariage qui est toujours en cours (*supra*, n° 173). Pour la durée de l'instance, cette pension se substitue alors à toute autre qu'avait pu être auparavant fixée⁶⁷. Il ne faut pas confondre cette pension alimentaire destinée à l'époux sans ressources personnelles

■ 65. Cass. 1^{re} civ., 18 janvier, 28 février et 7 juin 1989, *D.* 1990, som. 117 et la note.

■ 66. Naturellement ce ne peut pas être à titre onéreux si le bénéficiaire est personnellement propriétaire : Civ. 1^{re}, 13 janvier 2016, n° 15-11398.

■ 67. Ch. Mixte, 12 mai 2000, n° 96-80077.

avec celle versée à l'un des époux pour l'entretien des enfants : il arrive fréquemment que ces deux pensions soient versées au même époux, à savoir le plus souvent la mère qui a la charge des enfants et qui n'a pas de ressources professionnelles. Mais ces deux pensions sont *distinctes* et il se peut que l'évolution les sépare : par exemple, lorsque les enfants auront atteint l'indépendance matérielle, seule la pension personnelle de la femme subsistera ; ou encore dans l'hypothèse où la femme viendrait à exercer une profession et subviendrait à ses besoins, seule la pension destinée aux enfants subsisterait.

Aux mêmes fins, si les actifs communs se trouvent en fait sous la maîtrise de l'un des époux, le juge peut accorder à l'autre une provision à valoir sur ses droits dans la future liquidation du régime matrimonial.

4^o Organiser la gestion des biens autres que le logement et le règlement des dettes. La loi de 2004 a opportunément conféré au juge le pouvoir d'organiser à titre provisoire une préfiguration de l'indivision post-communautaire en :

— attribuant à l'un des époux la jouissance des biens communs ou indivis autres que le logement (par exemple une résidence secondaire) ; cette jouissance, non liée à l'exécution du devoir de secours, sera nécessairement à titre onéreux et donnera lieu plus tard à une indemnité fixée selon l'article 815-9 du Code civil ; l'attribution de la « garde » des animaux domestiques entre dans ces pouvoirs, à condition qu'ils appartiennent en commun aux deux époux : si l'un d'entre eux en est propriétaire exclusif, il ne peut en être privé⁶⁸.

— confiant à l'un des époux la gestion de certains biens, gestion qui donnera lieu lors de la liquidation ultérieure aux comptes de l'article 815-12 (reddition des revenus ; indemnisation de l'activité) ;

— désignant celui qui devra assurer le règlement « provisoire » de tout ou partie des dettes (en pratique, le plus souvent, des remboursements d'emprunts) ; ces règlements ne resteront pas à sa charge définitive et viendront plus tard à son crédit dans les comptes de la liquidation sauf s'ils ont été expressément prévus comme une forme d'exécution du devoir de secours⁶⁹ ; naturellement, cette désignation ne peut pas s'imposer aux tiers et n'empêche donc pas un créancier impayé de poursuivre l'autre conjoint (du moins y aura-t-il là un fait nouveau permettant à ce dernier de revenir devant le juge aux affaires familiales).

320 Mesures préparatoires du divorce. À une conception purement « statique » qui se bornait à répondre à l'urgence, la loi de 2004 a substitué une conception dynamique des mesures provisoires en y incluant des dispositions destinées à préparer l'aménagement futur des effets du divorce par le juge qui le prononcera au fond.

Tout d'abord le juge « conciliateur » peut mettre en place une mesure de **médiation familiale**, pouvant faire l'objet d'une simple proposition ou même d'une véritable injonction, du moins quant à la première rencontre (art. 255, 1^o et 2^o)⁷⁰.

■ 68. V. D. 1980, *Inf. rap.* 75. – Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 1980, *JCP* 1981.II.19535, note GULPHE ; *D.* 1981.361, note COURET. – Cf. ANTOINE, *D.* 1996, chron. 126, spéc. p. 129.

■ 69. Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n^o 10-21802.

■ 70. Pour une réflexion sur la médiation familiale et ses rapports avec le juge, voir NICOLETTI, *LPA*, 30 juin 2009, p. 4 et s.

Le juge conciliateur peut désormais désigner d'ores et déjà **professionnels et notaire** en vue d'établir un inventaire et un projet de liquidation du régime matrimonial⁷¹. Cette importante innovation permettra :

- un éventuel passage à un divorce par consentement mutuel exigeant une convention établie ;
- l'élaboration d'accords partiels à soumettre à l'homologation du juge prononçant le divorce (art. 268) ;
- la possibilité de cerner des points de difficultés et de demander au juge du divorce de les trancher dès le jugement prononçant le divorce (cf. art. 267) ;
- d'avancer en toute occurrence le processus de liquidation pour tenter d'être en mesure de respecter le délai d'un an souhaité par l'article 1368 du Code de procédure civile.

321 Voies de recours. En ce qu'elle prend de telles mesures, l'ordonnance du juge présente un caractère juridictionnel et est donc susceptible d'appel, cependant soumis au délai bref de quinze jours (CPC, art. 1119). La Cour de cassation estime que l'arrêt rendu en appel n'est pas susceptible de pourvoi immédiat en raison de son caractère provisoire⁷² ni de recours en révision car une modification peut toujours être demandée⁷³.

322 Révision des mesures provisoires. Ces mesures provisoires sont destinées à durer aussi longtemps que l'instance en divorce elle-même. Mais, comme elles sont essentiellement motivées par des besoins conjoncturels, elles peuvent à tout moment varier. Il se peut que, durant le déroulement de l'instance, certaines circonstances viennent à se modifier. En ce cas, les époux ou l'un d'eux pourront à tout moment revenir devant le juge aux affaires familiales pour demander la modification de l'attribution de la garde des enfants, la modification du montant de la pension alimentaire, etc. Cette demande doit cependant reposer sur un **fait nouveau** (ou nouvellement révélé) pour ne pas apparaître comme une voie de recours déguisée contre la première décision (CPC, art. 1118).

323 Durée des mesures provisoires. À quel moment prendront fin les mesures provisoires prises par le juge ? Cela dépend du sort de l'instance.

— **Si l'instance se poursuit** normalement et aboutit à une décision prononçant le divorce, les mesures provisoires prendront fin *au jour où le divorce deviendra définitif*, c'est-à-dire non pas au jour de la décision prononçant le divorce, mais au

■ 71. Sur la mission et la rémunération de ce notaire ; v. COMBRET, *Defrenois* 2017.259 – COUSIN et DEPONDY, *Dr. fam.* 2008, étude 26.

■ 72. Le pourvoi ne pourra être formé qu'en même temps que celui sur la décision au fond, c'est-à-dire à une époque où il ne servira généralement plus à rien puisque les mesures provisoires auront produit l'essentiel de leurs effets : Cass. 2^e civ., 10 janvier 1985, *Bull. civ. II*, n° 7 – 16 novembre 1994, *Bull. civ. II*, n° 230 – Cass. 2^e civ., 29 janvier 2004, *Bull. civ. II*, n° 31 – Cass. 1^{re} civ., 2 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 67 – 3 octobre 2006, *D.* 2007.2695, note DOUCHY. – Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 09-10477. – Et ceci même si l'arrêt prend parti sur la compétence ou la loi applicable : Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-19835 ; *Bull. civ.*, I n° 43. – Cette jurisprudence persistante (v. encore Cass. 1^{re} civ. 30 avril et 16 septembre 2014, n°s 13-12080 et 13-24076) ne serait, selon elle-même, pas contraire à la CEDH (Civ. 1^{er} 4 mai 2017, n° 16-15322). Elle s'étend aux arrêts modifiant les mesures provisoires : Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2016, n° 15-17674.

■ 73. Cass. 2^e civ., 3 juin 1999, *Bull. civ. II*, n° 106 – 3 octobre 2002, *Bull. civ. II*, n° 202.

jour où cette décision ne sera plus susceptible d'être réformée par une quelconque voie de recours (v. *infra*, n° 340). Cependant, l'effet suspensif du pourvoi en cassation ne s'appliquant pas aux dispositions relatives à l'autorité parentale, à la jouissance du logement et aux pensions (CPC, art. 1087), les mesures provisoires prendront fin *sur ces points* dès l'arrêt d'appel, pour faire place aux dispositions au fond de cet arrêt, mais reprendront effet si cet arrêt est cassé. La « *pension* » visée ici est celle fixée de façon définitive, par exemple pour les enfants : au contraire, celle qui est prévue entre époux au titre des mesures provisoires et du devoir de secours perdure malgré le pourvoi.

— **Si l'instance n'est pas poursuivie**, c'est-à-dire si aucun époux n'use de l'autorisation d'assigner son conjoint dans un délai de trente mois, les mesures provisoires tomberont à l'expiration de ce délai (CPC, art. 1113). La situation antérieure reprendra donc effet, y compris les décisions judiciaires qui préexistaient et avaient été remplacées par les mesures provisoires⁷⁴.

Si, enfin, l'instance aboutit à *une décision rejetant la demande en divorce*, les mesures provisoires prendront fin dès cette décision⁷⁵. Cependant, il est évident que la décision rejetant la demande en divorce ne résoudra pas les problèmes matériels et moraux qui avaient exigé que ces mesures provisoires soient prises.

C'est pour tenir compte de cette réalité que la loi de 1975 a introduit un nouvel article 258 dans le Code civil permettant au juge qui rejette une demande en divorce de prendre cependant des mesures matérielles destinées à régler la vie de la famille. Le juge peut notamment statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et la garde des enfants mineurs. Le juge procède ainsi à une *organisation de la séparation de fait* qui s'instaure inévitablement entre les époux dans une telle circonstance, organisation par nature provisoire (v. *supra*, n° 217).

§ 2. LA PHASE DU JUGEMENT

324

Infléchissements du droit commun procédural. La phase de jugement, qui constitue le « *procès* » en divorce proprement dit, suit en principe le droit commun applicable à tout procès, de sorte que les règles de droit commun applicables à toute procédure civile ont vocation à s'y appliquer par défaut, lorsque aucune disposition spécifique ne vient y déroger (CPC, art. 1114). La particularité de la matière commande néanmoins certaines dérogations à ce droit commun, qui se font sentir à la fois dans le déroulement de l'instance, dans le régime des preuves et dans celui du jugement et de ses voies de recours.

■ 74. Ainsi la contribution aux charges du mariage fixée par une décision antérieure à la requête en divorce retrouvera vigueur : Cass. ch. mixte, 12 mai 2000, *Bull. civ.* C.M. n° 2.

■ 75. Le pourvoi n'étant pas ici suspensif, contrairement à l'appel : Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2005, *Bull. civ.* I, n° 38 ; *RTD civ.* 2005.371, obs. HAUSER.

A. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

325 **Assignation et proposition de règlement.** L'assignation, qui a été autorisée par l'ordonnance de non-conciliation, doit intervenir dans un délai de trente mois, au-delà duquel l'ordonnance devient caduque, toute procédure devant alors être reprise à l'origine (CPC, art. 1113). Par un reste de la rigidité antérieure, pendant les trois premiers mois, seul l'époux ayant présenté la requête initiale peut assigner.

C'est dans cette assignation que le demandeur doit choisir, pour la première fois (*supra*, n° 309), le cas de divorce qu'il entend invoquer : divorce pour faute ou divorce pour altération du lien conjugal, voire divorce sur demande acceptée (ce qui suppose un accord et la saisine du juge par requête conjointe). Un seul cas doit être choisi (CPC, art. 1077). Le cadre juridique du débat se trouve alors fixé, et ne pourra être changé que par la voie des « passerelles » limitativement prévues aux articles 247 et suivants (cf. *infra*, n° 327).

Ce qui est remarquable, c'est que cette assignation doit comporter une « proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux » (art. 257-2) par laquelle son auteur décrit le patrimoine des époux et précise ses intentions quant à leur répartition (CPC, art. 1115). Cette formalité, édictée à peine d'irrecevabilité, a toutefois été un peu anesthésiée par le décret de procédure qui ne permet de soulever l'irrecevabilité qu'immédiatement et précise que les intentions exprimées ne lient pas procéduralement leur auteur (CPC, art. 1115).

326 **Juge et débats.** Cette phase de jugement se déroule, comme la phase préparatoire, devant le seul juge aux affaires familiales. Néanmoins, l'affaire peut être renvoyée devant la formation collégiale à l'initiative du juge ou de l'une des parties.

Par dérogation au droit commun, les débats ne sont pas publics (art. 248). Justifiée par des considérations évidentes protectrices de la vie privée, cette exception n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme qui impose en principe la publicité⁷⁶.

En revanche, le prononcé de la décision ne déroge pas à la règle de la publicité (CPC, art. 1074).

327 **Passerelles en cours de procédure.** Dans son esprit général de faveur aux accords entre époux, même simplement partiels (*supra*, n° 259), la loi de 2004 a ouvert certaines voies permettant de passer du cas de divorce fixé dans l'assignation à un autre cas, pourvu qu'il soit moins contentieux (art. 248 et suivants). Ainsi les époux peuvent-ils à tout moment quitter les divorces contentieux pour un divorce par consentement mutuel ou pour un divorce sur demande acceptée.

En revanche, le terrain du divorce pour rupture unilatérale ne peut être abandonné pour celui de la faute que si le défendeur a amené lui-même le débat sur ce terrain par une demande reconventionnelle (art. 247-2). Le passage inverse (du divorce pour faute au divorce pour rupture du lien conjugal) n'est pas expressément prévu et semble donc impossible à en croire l'article 1077 du Code de procédure civile, hormis le cas où c'est le défendeur assigné pour faute qui invoque reconventionnellement la rupture définitive (art. 238, al. 2 : *supra*, n° 287). Trace des

■ 76. Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 112.

dernières résistances à cette forme de divorce taxé de « *répudiation* », cette rigidité n'est sans doute que provisoire.

B. PREUVES

TEXTES

Code civil, art. 259 à 259-3 et art. 272, al. 1^{er}

Art. 259. – Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux.

Art. 259-1. – Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude.

Art. 259-2. – Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

Art. 259-3. – Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts et autres personnes désignés par lui en application des 9^o et 10^o de l'article 255, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial.

Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé.

[...]

Art. 272. – Dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire, par le juge ou par les parties, ou à l'occasion d'une demande de révision, les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie.

328 Importance pratique et tonalité générale vieillie. Comme en beaucoup d'autres matières, mais peut-être encore plus ici qu'ailleurs, la réunion et la production des preuves joue un rôle déterminant dans le procès en divorce, et cela aux deux stades qui peuvent être contentieux : à celui du prononcé, principalement pour les fautes dont les époux se font mutuellement grief ; à celui de ses conséquences, en particulier pour les situations patrimoniales respectives commandant la fixation de la prestation compensatoire.

Peu modifié en 1975, et encore moins en 2004, le régime gouvernant ces preuves est incontestablement vieilli, sans doute pour deux séries de raisons :

— la première est qu'il a été établi à une époque où il s'appliquait au premier chef à la preuve des fautes, alors tout à la fois condition du divorce et clé de ses effets dominés par l'attribution des torts ; la nature familiale des faits concernés avait conduit à dégager par rapport au droit commun tantôt des restrictions (comme la prohibition des témoignages des descendants et de leurs proches), tantôt à l'inverse des assouplissements (comme l'admission, au nom du « *droit de la preuve* », de moyens peu respectueux de la personnalité et de l'intimité de chacun) ; ces règles dérogoires ont été maintenues alors que le centre du débat s'est

aujourd'hui déplacé vers les conséquences du divorce où elles semblent moins justifiées, et sans beaucoup tenir compte de l'essor des principes résultant de la Convention européenne des droits de l'homme, au point que la France a déjà pu encourir à ce titre une condamnation de la Cour européenne⁷⁷ ;

— la seconde raison est que les dispositions introduites depuis 1975 pour donner au juge des pouvoirs renforcés pour vaincre les silences et dissimulations d'une partie, en particulier sur sa situation matérielle (*infra*, n° 334), semblent avoir été remarquablement négligées par la pratique judiciaire.

De sorte que, trop intrusif à certains égards et trop discret à d'autres, le droit positif en la matière pourrait (devrait même) connaître certaines évolutions⁷⁸.

329 Principe de la preuve par tous moyens. Ce principe de droit commun s'applique aussi bien aux faits qui constituent la cause de divorce qu'à ceux qui permettront d'en déterminer les conséquences, notamment quant à la prestation compensatoire.

Par exemple, la preuve d'un adultère a été admise par le moyen d'expertises biologiques, alors même que le lien de filiation lui-même n'était pas remis en cause⁷⁹.

330 Témoignages. Le moyen le plus couramment utilisé sera le *témoignage* qui peut prendre deux formes concrètes : attestations écrites ou audition des déclarations des témoins au cours d'une enquête, c'est-à-dire d'une audience où l'un des juges recueille les déclarations des témoins.

Il convient de rappeler qu'en matière civile, contrairement à ce qui se passe en matière pénale, le juge n'a aucun pouvoir d'initiative quant à la recherche des témoins : il appartient à chacun des époux de produire les témoignages qu'il juge utiles à sa cause.

Compte tenu de la nature particulière des faits à prouver, certains témoignages sont cependant interdits lorsqu'il s'agit de prouver des « *griefs* » d'un époux (ce qui semble donc ne concerner que le divorce pour faute et seulement la cause de ce divorce⁸⁰) : ce sont ceux des **enfants et descendants**⁸¹ des époux (C. civ., art. 259 et CPC, art. 205) même majeurs ou même de l'un d'eux seulement⁸². Bien qu'ils soient souvent les mieux placés en pratique pour connaître les faits, il serait manifestement inopportun de leur permettre de prendre un parti officiel dans la querelle de leurs parents en venant témoigner au profit de l'un ou de l'autre. Cette interdiction s'applique à tous les descendants, même adoptifs, et même à leurs conjoints⁸³.

■ 77. CEDH, 10 octobre 2006, *RTD civ.* 2007.95, obs. HAUSER au sujet de la production admise d'un document médical pour établir l'alcoolisme d'un époux.

■ 78. Cf. GODELAIN, *Réflexions sur les modes de preuve en matière de divorce pour faute*, *RLDC* 2007.2784. – BICHERON, *L'illicéité de la preuve en droit de la famille*, *Mél. Champenois*, 2012, p. 37.

■ 79. Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *D.* 2006.2379, note MIRABAIL ; *Dr. fam.* 2006 n° 91, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 80. La règle ne s'applique donc pas dans un procès pénal opposant les parents : Crim. 2 juin 2015, n° 15-85130

■ 81. Mais les témoignages des ascendants ne sont exclus : Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n° 13-13691

■ 82. Cass. 2^e civ., 5 février 1986, *Bull. civ.* II, n° 9 – 4 janvier 1985, *D.* 1985, *Inf. rap.* 149, obs. GROSLIERE.

■ 83. Cass. 2^e civ., 18 novembre 1987, *Bull. civ.* II, n° 230 – 30 septembre 1998, *Bull. civ.* II, n° 250.

ou leurs ex-conjoints⁸⁴ ainsi qu'aux concubins de leurs enfants⁸⁵. Cette prohibition interdit également que le témoignage de ces descendants soit reçu *indirectement*, c'est-à-dire que l'opinion d'un descendant soit rapportée par un autre témoin qui n'est pas, en tant que tel, frappé par la prohibition⁸⁶ ou encore que ce témoignage soit reçu dans une instance pénale en faux témoignage contre un tiers car la décision pénale pourrait ensuite être utilisée au civil pour tourner la règle⁸⁷. Est même interdite la production d'une déclaration faite aux services de police⁸⁸ ou d'une lettre adressée par l'un des parents à un descendant⁸⁹. Cette règle explique notamment que les juges aient l'obligation d'analyser le contenu des attestations qu'ils retiennent⁹⁰.

Tous les autres témoignages et notamment ceux des ascendants ou des collatéraux de chacun des époux sont recevables pourvu toutefois qu'ils ne violent pas le **secret professionnel**⁹¹ ou celui de la vie privée⁹². Mais il appartiendra, bien entendu, au juge d'apprécier leur crédibilité.

331 Lettres et messages. En dehors des témoignages, seront souvent également utilisées des *lettres*, écrites ou reçues par un des époux, auxquels il faut aujourd'hui assimiler les courriels et SMS⁹³. La question s'est posée de la possibilité de produire en justice de telles lettres, malgré le secret de la correspondance. Ces lettres ne sont en effet pas la chose de l'époux qui les a reçues ou écrites, mais sont également l'objet d'un droit du correspondant. En outre, comme on l'a vu en examinant les rapports entre époux, chacun des époux est maître des écrits qu'il envoie ou reçoit et il n'existe point au profit de l'autre de droit d'investigation. On peut, dès lors, s'interroger sur les conditions dans lesquelles un époux a pu se procurer les lettres écrites par son conjoint ou adressées à celui-ci.

La loi de 1975, fixant la jurisprudence qui s'était dégagée auparavant, a institué un compromis critiquable entre des intérêts contradictoires : elle a *permis* que soient produites des lettres échangées entre un conjoint et un tiers, mais à la condition que ces lettres n'aient pas été obtenues par le conjoint qui les a produit « *par violence ou fraude* » (C. civ., art. 259-1). On peut s'interroger sur le contenu exact

■ 84. Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 71 ; *RTD civ.* 2006.288, obs. HAUSER.

■ 85. Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, *Bull. civ. II*, n° 94 ; *RTD civ.* 2002.611, note LEMOULAND. – *Contra* auparavant : Cass. 2^e civ., 25 novembre 1992, *Bull. civ. II*, n° 276.

■ 86. Cass. 2^e civ., 23 mars 1977, *D.* 1978.5, note MEERPOEL – 4 janvier 1984, *D.* 1985, *Inf. rap.* 149 – Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 239.

■ 87. Cass. crim., 5 février 1980, *Gaz. Pal.* 1980.I.286, note MALAVAL. – 4 janvier 1985, *JCP* 1985.II.20521 et la note. – Cass. crim., 4 février 1991, *JCP* 1992.II.21915, note CHAMBON. – Cass. 2^e civ., 22 juin 1994, *Bull. civ. II*, n° 168.

■ 88. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-30706, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *RTD civ.* 2011.750. – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2012, n° 10-27460.

■ 89. Cass. 2^e civ., 5 juillet 2001, *Bull. civ. II*, n° 129 – 23 janvier 2003, *Bull. civ. II*, n° 11.

■ 90. Cass. 2^e civ., 5 octobre 1994, *Bull. civ. II*, n° 189.

■ 91. Pour l'exclusion du témoignage d'une **assistante sociale** : Cass. 2^e civ., 24 juin 1992, *Bull. civ. II*, n° 173. – Mais pour l'admission contre le mari du témoignage du **médecin** de l'épouse : Cass. crim., 23 janvier 1996, *D.* 1997.320.

■ 92. Pour le témoignage d'un tiers relatant un entretien téléphonique entre les époux : Cass. 2^e civ., 24 janvier 1996, *Bull. civ. II*, n° 10.

■ 93. Cf. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213. – Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 132 – Montpellier, 12 septembre 2017, *Dr. fam.* 2017.237 note BINET.

de cette condition. Sans doute faut-il considérer que les lettres sont régulièrement obtenues si elles ont été « *trouvées* » déjà décachetées par l'un des époux dans un lieu du domicile conjugal accessible à chacun des membres de la famille, alors qu'elles sont obtenues par violence ou fraude si l'époux a procédé à des investigations dans les objets personnels de son conjoint (poches de vêtements, sacs, tiroirs) pour les obtenir ou encore a profité d'une erreur de libellé⁹⁴.

Il reste que la preuve des conditions mêmes de l'obtention des moyens de preuve que constitue la lettre (à plus forte raison le mail ou SMS) sera souvent extrêmement difficile et que la violence ou la fraude n'étant pas présumées⁹⁵, les missives seront, le plus souvent, admises comme moyens de preuve par une sorte de **trahison du secret de la correspondance**⁹⁶.

332 Constat d'adultère. Lorsque l'adultère était une infraction pénale, l'on pouvait requérir l'autorité publique pour le constater – ce qui ménageait ensuite une preuve aisée dans le procès en divorce.

Le fait que l'adultère ne soit plus une infraction pénale a suscité une difficulté quant à la pratique des *constats d'adultère*, moyens de preuve désormais purement privée et d'intérêt particulier. Peuvent-ils encore être autorisés et effectués sans que l'on y voie une atteinte à l'intimité de la vie privée tant du conjoint adultère que de son partenaire ?

Certains l'avaient pensé, mais la jurisprudence (sans doute encore sous l'influence du droit antérieur) a décidé que les constats d'adultère par huissier sur autorisation judiciaire constituent une **atteinte licite à la vie privée**⁹⁷ même d'un tiers chez qui ils sont effectués⁹⁸ (ce qui est bien sévère pour ce dernier) tout en précisant que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir de permettre ou non un tel constat et pour préciser les moyens dont l'huissier peut user, notamment du concours d'un serrurier⁹⁹.

En revanche, un huissier ne peut se livrer à une véritable enquête pour établir un « *constat de concubinage* »¹⁰⁰.

333 Moyens divers. Soucieuse tout à la fois de ménager la possibilité matérielle de rapporter la preuve de faits qui touchent à la vie privée et de respecter le principe de protection de cette vie privée contre des moyens de preuve qui seraient exclus en

■ 94. Cass. 2^e civ., 2 décembre 1998, *Bull. civ. II*, n° 287. – V. cependant, moins respectueux de l'intimité de chaque époux : Cass. 2^e civ., 26 novembre 1975, *D.* 1976.371, et la note.

■ 95. Cass. 2^e civ., 16 février 1983, *Bull. civ. II*, n° 38.

■ 96. V. par exemple Cass. 2^e civ., 29 janvier 1997, *D.* 1997.296 et la note. – Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213. – La CEDH ne condamne pas cette position : CEDH, 13 mai 2008, *RTD civ.* 2008.650, obs. MARGUENAUD.

■ 97. Nancy, 14 mars 1979, *JCP* 1979.II.19210, note GOUBEAUX. – Cass. 1^{re} civ., 6 février 1979, *Bull. civ. I*, n° 47 p. 41 ; *Gaz. Pal.* 1979.I.252, note J.V. ; *JCP* 1980.II.19290, note LINDON – Cass. 2^e civ., 5 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 111 – Paris, 14 novembre 1985, *D.* 1986.296, note VASSAUX ; *JCP* 1986.II.20643, note LINDON.

■ 98. Cass. 1^{re} civ., 18 novembre 1992, *Bull. civ. I*, n° 285.

■ 99. Paris, 6 mai 1977, *JCP* 1978.II.18813, note LINDON. – 14 novembre 1985, *D.* 1986.296, note VASSAUX ; *JCP* 1986.II.20643, note LINDON. – Versailles, 31 janvier 1989, *D.* 1990, somm. 98, obs. GROSLIERE.

■ 100. Cass. 2^e civ., 15 avril 1981, *D.* 1982, *Inf. rap.* 38 ; *RTD civ.* 1981.901, obs. PERROT.

droit commun à raison de leurs aspects déloyaux ou intrusifs, la jurisprudence adopte des solutions nuancées, voire quelque peu désordonnées¹⁰¹. Par exemple, s'il est impossible de produire des enregistrements de **communications téléphoniques**¹⁰², la production de « SMS » a été admise¹⁰³ tout comme celle de courriels¹⁰⁴. De même, il a été permis au juge d'enjoindre aux P. et T. de communiquer le numéro de téléphone de la maîtresse présumée du mari, inscrit sur « *liste rouge* »¹⁰⁵, mais non d'ordonner aux autorités religieuses de communiquer les documents d'une procédure en annulation du mariage¹⁰⁶.

De même, la production d'un **journal intime** est controversée¹⁰⁷. La jurisprudence n'est pas fixée non plus sur les rapports de **détectives privés**, qui sont en fait une variété de témoignages¹⁰⁸.

Est en revanche exclue par principe la production d'une **enquête sociale** (C. civ., art. 373-2-12) ainsi que d'une **expertise médico-psychiatrique**¹⁰⁹.

334 L'aveu. Enfin, *l'aveu*, qui occupe en droit commun, parmi les preuves, une place privilégiée puisqu'en matière civile il a parfois pour effet de lier le juge, était un mode de preuve *prohibé jusqu'à la réforme de 1975*, car il aurait pu servir à dissimuler un divorce d'accord. Le divorce par consentement mutuel ayant été institué par cette loi, la raison d'être de la prohibition a disparu et la prohibition en même temps : désormais, il est possible de faire la preuve des griefs du conjoint par son aveu. Cet aveu pourra notamment être déduit de la manière dont il présente les faits dans ses écrits en justice. Certains suggèrent cependant qu'en cette matière il soit soumis au contrôle du juge¹¹⁰. Il faut préciser qu'il s'agit ici d'un aveu judiciaire, c'est-à-dire fourni dans l'instance en divorce elle-même. Un aveu obtenu en dehors de cette instance (par lettre par exemple) n'a qu'une valeur indicative pour le juge¹¹¹. Cet aveu doit être non équivoque¹¹².

■ 101. V. BICHERON, *L'illicéité de la preuve en droit de la famille*, MéL. Champenois, 2012.37 et s.

■ 102. Cass. crim., 3 mars 1982, *Bull. crim.* n° 68 ; *D.* 1982.579, note LINDON.

■ 103. Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 132.

■ 104. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213 – Et même de courriels reçus par l'autre conjoint si l'absence de protection sur l'ordinateur commun exclut la fraude (Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-27872).

■ 105. Cass. 2^e civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ. II*, n° 248 *RTD civ.* 1988.393, obs. critiques PERROT.

■ 106. Cass. 2^e civ., 29 mars 1989, *Bull. civ. II*, n° 88 ; *D.* 1990.45, note ROBINE.

■ 107. V. GERALDY, note *D.* 1975.706. – ZAKI, *RTD civ.* 1980.2. Elle a été admise par Cass. 2^e civ., 29 janvier 1997, *Bull. civ.*, n° 28 *D.* 1997.296 et la note critique et encore par Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, *Bull. civ.* n° 85 ; *JCP* 1999.II.10201, note crit. GARÉ.

■ 108. Admis par Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 213 mais rejetés par Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 273, ils sont tenus pour illicites en d'autres matières : Soc. 22 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 164 – 4 février 1998, *Bull. civ. V*, n° 64. – Et Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 26, y voit une atteinte à la vie privée (tout comme Paris, 9 novembre 2006, *Dr. fam.* 2007 n° 30 en matière de PACS) – Plus récemment Cass. 1^{re} civ., 25 février 2016, n° 15-12403 y a vu une atteinte excessive à la vie privée.

■ 109. Versailles, 11 mars 2010, n° 09/01058.

■ 110. CARBONNIER, n° 603.

■ 111. Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2013, n° 12-18018. – Surprendre un aveu par un **enregistrement téléphonique** à l'insu de l'auteur constitue un délit pénal : Cass. crim., 3 mars 1982, *D.* 1982.579, note LINDON.

■ 112. Cass. 2^e civ., 11 février 1998, *Bull. civ. II*, n° 48 ; *D.* 1998, *Inf. rap.* 77.

335 Pouvoirs du juge. Pour vaincre les réticences ou dissimulations d'un époux concernant sa situation patrimoniale, la loi de 1975 (inchangée sur ce point) a conféré au juge des pouvoirs particuliers, en lui permettant de faire injonction de produire certains documents (CPC, art. 1075-2) et même d'obtenir lui-même des renseignements de tiers nonobstant le secret professionnel (C. civ., art. 259-3).

Mais outre que la jurisprudence a affranchi de ce texte les banquiers, principaux concernés¹¹³, la pratique judiciaire ne semble pas avoir intégré ces dispositions (sur la même timidité envers la déclaration sur l'honneur exigée dès qu'une prestation compensatoire est en jeu, v. *infra*, n° 377).

C. | LE JUGEMENT

336 Jugement de rejet. Rare en pratique, le jugement qui rejette la demande soulève deux questions :

— La première tient à son application : mettant fin à la procédure et par là même aux mesures provisoires, il renvoie les époux à reprendre leur vie de conjoints. Pour tenir compte des difficultés qui peuvent en résulter, l'article 258 du Code civil ouvre au juge la faculté¹¹⁴ de « *statuer sur la contribution aux charges du mariage et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* », points auxquels la jurisprudence a ajouté la résidence de la famille¹¹⁵. Ces mesures, qui organisent une séparation de fait (*supra*, n° 217), sont essentiellement provisoires¹¹⁶ de sorte qu'elles pourront faire l'objet à tout moment d'une demande de révision ou de suppression (faut-il un fait nouveau ? ce n'est pas certain). La résidence séparée interdit la violation du domicile d'un des époux par l'autre¹¹⁷ mais ne dispense pas les époux du devoir de cohabitation résultant du mariage, dont la méconnaissance peut servir de base à une nouvelle action en divorce¹¹⁸, laquelle pourra de surcroît être aussi fondée depuis 2004 sur le fait même de la séparation depuis deux ans constituant une altération définitive du lien conjugal.

— La seconde question concerne l'autorité de chose jugée du jugement de rejet. Il signifie seulement que les faits invoqués ne constituaient pas à eux seuls une cause de divorce : mais le divorce pourra être de nouveau demandé sur la base de faits nouveaux, auxquels on pourra même joindre les anciens pour porter une appréciation d'ensemble¹¹⁹.

■ 113. Com., 18 février 2004, *Bull. civ. IV*, n° 33.

■ 114. Ce n'est qu'une faculté : Cass. 2^e civ., 28 octobre 1992, *Bull. civ. II*, n° 252 – 19 janvier 1994, *Bull. civ. II*, n° 31.

■ 115. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 97 ; *RTD civ.* 1993.105, obs. HAUSER.

■ 116. Cass. 2^e civ., 15 janvier 1987, *Bull. civ. II*, n° 8. – Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 380 ; *Defrénois* 2006.1773, note MASSIP ; *RTD civ.* 2006.743, obs. HAUSER.

■ 117. Crim., 11 octobre 1995, *D.* 1996.469, note MULLER.

■ 118. Cass. 2^e civ., 25 novembre 1992, *Bull. civ. II*, n° 273. – Mais le juge appréciera si l'intention de reprendre la vie commune est réelle chez le demandeur : Cass. 2^e civ., 20 mars 1989, *D.* 1990.129, note BATTEUR. – 16 novembre 1994, *Bull. civ. II*, n° 229.

■ 119. Cf. par ex. Cass. 2^e civ., 21 décembre 1960, *Bull. civ. II*, n° 811 – Cass. 2^e civ., 12 octobre 1988, *Bull. civ. II*, n° 195.

337 Jugement de divorce. S'il prononce le divorce, le jugement obéit aux règles ordinaires sous réserve de deux exceptions :

— si les deux époux le demandent, il peut ne pas être motivé (C. civ., art. 245-1 et CPC, art. 1081) afin de ne pas laisser de trace des griefs que les époux ont pu s'adresser mutuellement¹²⁰ ;

— le jugement devra être mentionné à l'état civil en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux, mais dans son dispositif seulement (CPC, art. 1082), la date de cette mention fixant le moment d'opposabilité du jugement aux tiers.

Le jugement peut aller au-delà du prononcé de divorce et de ses conséquences et s'avancer d'ores et déjà sur certains des points qui permettront la liquidation du régime matrimonial (cf. *infra*, n° 353).

338 Voies de recours. Qu'il accueille ou rejette la demande en divorce, et éventuellement la demande reconventionnelle formée par l'époux défendeur, le jugement est *susceptible d'appel* sauf s'il fait l'objet d'un acquiescement : sauf s'il est expressément limité aux conséquences du divorce¹²¹, l'appel a, comme toujours, un *effet suspensif*, c'est-à-dire que le divorce prononcé par le jugement n'est pas définitif et ne produit donc aucun effet tant que la Cour d'appel n'a pas statué. Les époux sont donc toujours mariés. Et cela produit une conséquence importante : c'est qu'ils sont toujours tenus des obligations du mariage. Ils l'oublient parfois, croyant que le jugement prononçant le divorce les en affranchit et peuvent en subir des désagréments. En effet, l'époux qui a obtenu le divorce aux torts exclusifs de l'autre en première instance et qui commet, pendant l'instance d'appel, des manquements aux devoirs du mariage (au devoir de fidélité par exemple), donne à son conjoint la possibilité d'invoquer en appel ces faits nouveaux ; et la Cour d'appel se trouvera éventuellement amenée à prononcer un divorce aux torts partagés, en retenant contre l'époux initialement innocent les fautes qu'il a commises peut-être de bonne foi, pendant l'instance d'appel¹²².

L'arrêt rendu par la Cour d'appel est lui-même susceptible d'être frappé d'un *pourvoi en cassation*. Ce pourvoi en cassation, qui, en droit commun, n'a pas d'effet suspensif, c'est-à-dire ne s'oppose pas à l'exécution de l'arrêt d'appel, emporte ici, à titre dérogatoire, un tel effet suspensif (CPC, art. 1086). La raison d'être en est

■ 120. Ce qui n'interdit pas l'appel du jugement (Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 161 ; *RTD civ.* 2007.552, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* 2007 n° 127, obs. LARRIBAU-TERNEYRE), mais rendra le pourvoi très difficile sur ce point.

■ 121. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-70218.

■ 122. Pour le rappel du principe que les époux sont toujours soumis pendant l'instance aux devoirs du mariage, v. Cass. 2^e civ., 2 octobre 1980, *Bull. civ. II*, n° 192 – 3 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 130 ; *D.* 1996, somm. 64, obs. BLARY-CLEMENT, rappelant que « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité ». – 27 octobre 1993, *JCP* 1994.II.22260 – 6 mars 1996, *Bull. civ. II*, n° 60 – 23 septembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 141 – Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, *Bull. civ. I*, n° 63. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, n° 07-19714 – Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-14006 – Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 08-21913. – Civ. 1^{er}, 9 novembre 2016, n° 15-27968 – Mais l'appréciation de la faute peut en tenir compte (Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 09-11606). Ainsi Cass. 2^e civ., 29 avril 1994, *Bull. civ. II*, n° 123, admet que l'adultère ne soit plus regardé comme fautif après deux ans de procédure (v. dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 11-27726 – Cass. 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-16862).

simple : compte tenu de la gravité des conséquences d'un divorce, qui permet notamment à chacun des conjoints de se remarier, les suites pratiques d'une cassation seraient extrêmement graves. Elles conduiraient à annuler le deuxième mariage, puisque la dissolution du premier serait remise en question par l'arrêt de cassation. Afin d'éviter de telles complications, il a paru plus simple de faire produire au pourvoi en cassation un effet suspensif. Le divorce ne sera donc définitif qu'au jour du rejet du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt le prononçant. Bien entendu, s'il y a une cassation, il faudra attendre l'issue de la procédure devant la Cour de renvoi, et éventuellement, sur nouveau pourvoi contre l'arrêt de celle-ci, de la Cour de cassation¹²³.

Il importe de souligner que, pendant la durée de cette instance, tant que le divorce n'est pas définitif, le **mariage subsiste** avec notamment trois conséquences :

a) si l'un des époux décède, c'est ce décès qui dissout le mariage et le survivant est donc veuf et non divorcé¹²⁴ ;

b) le devoir de fidélité entre les époux subsiste ;

c) le devoir de secours subsiste également. Il en résulte que l'époux qui n'a pas de ressources personnelles, même s'il se trouve coupable partiellement ou exclusivement, bénéficie, pendant toute la durée de l'instance, d'une pension alimentaire fixée par les mesures provisoires ; et il est ainsi fréquent qu'en pratique un époux forme contre l'arrêt prononçant le divorce à ses torts un pourvoi en cassation dont il sait parfaitement qu'il est voué à l'échec dans le seul but de prolonger la procédure et donc la période pendant laquelle il percevra encore une pension alimentaire.

Une décision a permis de sanctionner par des dommages-intérêts l'**abus dilatoire** des voies de recours¹²⁵.

En dehors de ces voies de recours hiérarchiques, les voies exceptionnelles que sont le **recours en révision** et la **tierce opposition** sont ouvertes du moins contre les dispositions du jugement relatives aux effets patrimoniaux¹²⁶.

■ 123. La Cour de cassation tend à regarder la décision de divorce comme indivisible : même si elle n'est cassée qu'à la demande d'un seul époux sur certains griefs, la cassation est totale et remet en cause tout le débat, y compris sur ce qui concerne les enfants : Cass. 2^e civ., 10 janvier 1990, *Bull. civ. II*, n° 7.

■ 124. Cass. 2^e civ., 18 décembre 1995, *Bull. civ. II*, n° 311 – Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 37. – Cass. 2^e civ., 14 octobre 2010, n° 09-70332 – Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 2011, n° 10-25264.

■ 125. Cass. 2^e civ., 24 novembre 1993, *JCP* 1994.IV.276.

■ 126. Pour la **tierce-opposition** : Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *RTD civ.* 2009.101, obs. HAUSER pour la *tierce-opposition* (contra auparavant, Cass. 2^e civ., 7 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 33) – Pour le **recours en révision** : Cass. 2^e civ., 4 mars 1992, n° 90-20339 ; *D.* 1993.215, *JCP* 1992.22092, note MARTIN – Cass. 2^e civ., 21 février 2013, n° 12-14440, *Bull. civ. II*, n° 40.

CHAPITRE 3

LES CONSÉQUENCES DU DIVORCE

339 Rupture personnelle et patrimoniale. Le divorce emporte, c'est son objet même, la dissolution du mariage, ce qui concerne au premier chef des relations d'ordre personnel, mais se traduit aussi par un apurement du passé patrimonial, lequel nécessitera parfois un aménagement de l'avenir au moyen d'une prestation compensatoire.

SECTION 1

LES EFFETS D'ORDRE PERSONNEL

TEXTES

Code civil, art. 260, 263, 264 et 286

Art. 260. – Le mariage est dissous :

1° Par la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats, à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire ;

2° Par la décision qui prononce le divorce, à la date à laquelle elle prend force de chose jugée.

[...]

Art. 263. – Si les époux divorcés veulent contracter entre eux une autre union, une nouvelle célébration du mariage est nécessaire.

Art. 264. – À la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint.

L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.

[...]

Art. 286. – Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du Chapitre 1^{er} du Titre IX du présent Livre.

340 Date des effets personnels. En ce qui concerne les *conséquences du divorce relatives aux personnes*, et qui sont attachées à la dissolution même du mariage, c'est la *date à laquelle le divorce devient définitif* qui est à prendre en compte. Cette date est efficace aussi bien dans les rapports entre les époux que dans les rapports des époux avec les tiers : le jugement qui prononce le divorce est, en effet, un jugement constitutif de droit qui se trouve en conséquence constituer le fondement d'une situation nouvelle qui n'existait pas auparavant, et qui s'impose à tous, et le même effet est attribué par l'article 229-1 au dépôt notarié de la convention de divorce (laquelle ne peut pas fixer une autre date pour ces effets personnels, qui relèvent de l'ordre public).

Lorsqu'il s'agit d'un jugement, les conséquences, qui s'attachent à la dissolution du mariage lui-même, et qui sont principalement relatives aux effets personnels de ce mariage (mais pas seulement : la disparition du devoir de secours en fait partie ainsi que la vocation successorale, qui sont pourtant des conséquences d'ordre matériel) ont donc pour point de départ, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers, non point la date du jugement lui-même, mais **le jour où la décision de divorce devient définitive**, c'est-à-dire le jour où aucune voie de recours n'est plus susceptible d'être intentée contre elle¹, ce qui nécessite que cette décision soit signifiée².

Ce principe simple s'avère souvent d'un maniement délicat au cas où des voies de recours sont effectivement exercées, sans concerner le prononcé du divorce lui-même :

— pour l'appel, si l'acte d'appel en limite lui-même l'objet de la part de celui ou de ceux qui pouvaient critiquer le divorce (aujourd'hui simplement en s'abstenant de viser le chef du jugement prononçant le divorce : CPC, art. 562), celui-ci devient immédiatement définitif³, mais si l'appel était général et que c'est seulement dans les écritures que le divorce n'a pas été remis en cause, il ne devient définitif qu'au jour de l'arrêt⁴, et ce même en cas de divorce sur demande acceptée (v. supra, n° 283) ; en cas d'acquiescement au jugement, c'est la date du second acquiescement qui compte⁵ (étant souligné qu'un paiement volontaire de la prestation compensatoire, qui n'est pas exigible tant que le mariage perdure, vaut acquiescement⁶) ;

— pour le pourvoi, c'est seulement au jour où ni un pourvoi principal ni un pourvoi incident ne peuvent plus attaquer le divorce en lui-même que celui-ci devient définitif, c'est-à-dire à l'expiration du délai de pourvoi incident⁷ ou au jour du désistement⁸.

■ 1. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 2009, n° 09-12299 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-70757.

■ 2. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, *Bull. civ. I*, n° 80 (la transcription du jugement à l'état civil faite avant cette date est annulée).

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-70218 – 23 mai 2012, n° 11-12813, *Bull. civ. I*, n° 111 (pour deux appels limités) – 6 juin 2012, n° 11-11260 (pour un appel limité et une demande de confirmation).

■ 4. Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 2013, n° 11-29004 – 29 janvier 2014, n° 12-29951 – 21 octobre 2015, n° 14-26615 et n° 14-26446 – 8 juin 2016, n° 15-20613 – Si cet arrêt est frappé de pourvoi, il ne marque pas la date de dissolution : Civ. 1^{re}, 24 janvier 2018, n° 17-11001 (*contra* : Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-15235, *Bull. civ. I*, n° 263 retenant le jour des conclusions de l'intimé).

■ 5. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 09-12770, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *RTDC civ.* 2010.618, obs PERROT.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 27 janvier 2016, n° 15-11151.

■ 7. Cass. 2^e civ., 18 mai 2000, *Bull. civ. II*, n° 81 – Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 382 – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-11516, *Bull. civ. I*, n° 90.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1995, n° 93-20093.

En outre, l'article 274 autorise le juge à retarder encore cette date en subordonnant le prononcé du divorce à la fourniture des garanties de paiement de la prestation compensatoire en capital (cf. *infra*, n° 384).

L'abus de ces voies de recours peut donner lieu à indemnité pour comportement dilatoire laissant l'autre époux « dans l'incertitude sur sa situation matrimoniale »⁹.

§ 1. LES EFFETS RELATIFS À LA PERSONNE DES ÉPOUX

341 **Double idée.** Ces effets sont dominés par une double idée : d'une part, le divorce fait disparaître le mariage et ses conséquences ; d'autre part, ce mariage ne peut pas être totalement oublié, et l'on observe qu'il produit quelques séquelles.

A. LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL

342 **Remariage possible.** Le divorce, en faisant disparaître le mariage, rend tout d'abord chaque époux à l'état de célibataire. Il en résulte que chacun de ces époux peut *se remarier* avec un tiers. Il peut même aujourd'hui, contrairement à ce qui était interdit à une certaine époque, se remarier avec le complice de l'adultère qui s'est trouvé être la cause du divorce. Souvent même, le divorce n'aura eu pour objectif que cette possibilité de remariage, dont la recherche n'est pas illicite¹⁰.

Les époux divorcés peuvent également *se remarier entre eux*. Cette possibilité, interdite initialement, a été admise avec des restrictions qui ont progressivement disparu par des lois successives de 1919, 1924 et 1930. Aujourd'hui, les époux peuvent se remarier entre eux sans aucune limitation, et ce remariage peut à son tour faire l'objet d'une nouvelle action en divorce.

Ce **droit au remariage** est un droit *d'ordre public*. Notre droit ne permet pas, comme on l'a vu ailleurs, au juge prononçant le divorce d'interdire, à titre de sanction, au conjoint coupable de se remarier pendant un certain délai. De même, la jurisprudence se montre sévère à l'égard des pressions qui pourraient être exercées sur un époux divorcé pour qu'il ne se remarie pas (v. *supra*, n° 29). Et, lorsque des règles religieuses subordonnent le remariage de la femme à la délivrance d'un acte par le mari (« *gueth* » ou lettre de répudiation selon les règles israélites), les tribunaux déclarent systématiquement que le refus de délivrer cette pièce constitue un abus de droit¹¹. Sociologiquement, on observe toutefois une chute considérable du taux de remariage chez les divorcés.

Quant à la *date du remariage*, il convient de rappeler que l'ancien **délai de viduité** qui s'imposait à la femme a été supprimé (v. *supra*, n° 35).

343 **Cessation des devoirs du mariage.** La disparition du mariage emporte la disparition des droits et obligations qui en résultaient ainsi que de toutes les

■ 9. Cass. 2^e civ., 24 novembre 1993, *Bull. civ. II*, n° 338.

■ 10. Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2011, n° 10-20114 ; *D.* 2012.971, obs. LEMOULAND et VIGNEAU : le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée (en instance de divorce) n'est pas nul.

■ 11. Cf. Cass. 2^e civ., 12 décembre 1994, *Bull. civ. II*, n° 262.

conséquences qui en étaient issues sur le plan personnel (sauf la nationalité : cf. *infra*, n° 346).

Les deux époux ne sont naturellement plus tenus à l'obligation de cohabitation, ni au devoir de fidélité, ni à l'obligation d'assistance, ni au devoir de secours.

Toutes les autres conséquences produites par le mariage disparaissent. Ainsi les enfants conçus par la femme cessent d'être présumés être issus du mari. De même, les incapacités ou interdictions qui résultaient du mariage (reposant notamment sur une présomption d'interposition) cessent, tout comme les immunités.

B. LES SÉQUELLES DU LIEN MATRIMONIAL

344 Sort du lien d'alliance. Ces séquelles sont relatives, tout d'abord, au *lien d'alliance* qu'avait créé le mariage entre chaque époux et les parents de l'autre. Si ce lien d'alliance disparaît à la suite du mariage (et l'obligation alimentaire qui en résultait : cf. *infra*, n° 714), son ancienne existence crée un certain nombre d'incapacités et notamment d'**empêchements** à mariage, qui sont, comme on l'a vu, parfois insusceptibles d'être levés par dispense lorsque la dissolution du mariage est due à un divorce (*supra*, n° 46).

345 Nom de la femme divorcée : position du problème. Mais la séquelle essentielle de cet ancien mariage concerne le *nom de la femme divorcée* (l'article 264 vise également l'usage du nom de l'autre, mais en pratique cela ne concerne que l'ancienne épouse). Il y a là un problème qui a, pendant longtemps, été laissé aux hésitations de la jurisprudence. Les termes de ce problème sont les suivants.

D'un côté, il est normal que la cessation du mariage emporte, en principe, la cessation du droit pour la femme de porter le nom de son mari. Tout particulièrement, il faut penser à l'hypothèse où le mari vient à se remarier et où sa nouvelle épouse porte son nom. Mais, en regard, il faut constater que, dans certaines situations, l'obligation de la femme de changer brusquement le nom qu'elle porte pour abandonner celui de son ancien mari et reprendre son nom personnel peut être source de grandes difficultés. Plus particulièrement, *lorsque la femme exerce une profession* dont dépend une clientèle (profession libérale, commerciale, artisanale, artistique, etc.) et s'est fait connaître, dans cette profession, sous le nom de son mari, il peut être très préjudiciable pour elle d'être contrainte brusquement d'abandonner ce nom qui a fait sa réputation pour reprendre son nom personnel, sous lequel elle n'est pas connue.

Confrontée à ce problème, la jurisprudence ne pouvait s'aider que d'une loi de 1893 décidant que, par l'effet du divorce, chacun des époux reprenait l'usage de son nom. Mais le principe ainsi posé ne prévoyait pas les conditions d'une éventuelle autorisation donnée à la femme de continuer à porter le nom de son ancien mari. La jurisprudence a établi que cette autorisation pouvait être donnée par le mari lui-même. Mais elle avait restreint les effets d'une telle autorisation en décidant que cette autorisation était donnée à titre précaire et pouvait être, à tout moment, révoquée¹².

■ 12. Cf. LE BRIS, *Le nom des époux divorcés*, D. 1965, chron. 141.

Par ailleurs, quelques tentatives jurisprudentielles avaient été effectuées pour permettre aux tribunaux d'autoriser eux-mêmes la femme à continuer de porter le nom de son mari pour les besoins d'une activité professionnelle. Mais ces tentatives étaient restées isolées, se heurtant au caractère très rigoureux du texte.

346 Principe. La loi du 11 juillet 1975 est venue organiser la matière¹³.

Le principe a été maintenu selon lequel chacun des époux reprend l'usage de son nom (C. civ., art. 264).

Cependant, ce principe supporte *la possibilité d'autorisation contraire*¹⁴. À défaut de bénéficier d'une de ces dérogations, chaque ancien époux (en pratique la femme) peut se voir interdire l'usage du nom de son ex-conjoint sous astreinte¹⁵.

347 Autorisation par l'ex-conjoint ou par le juge. Tout d'abord, cette *autorisation* peut émaner de *l'ancien conjoint lui-même* soit lors du divorce, soit même après. Il faut sans doute, à cet égard, considérer que la loi n'a fait que consacrer l'ancienne jurisprudence et admettre en conséquence que l'autorisation ainsi donnée n'est jamais définitive, mais *toujours susceptible d'être révoquée* à tout moment (sauf lorsqu'elle figure dans la convention homologuée en cas de divorce par consentement mutuel et a ainsi acquis un caractère judiciaire).

Mais la grande innovation de la loi de 1975 a été la possibilité d'une *autorisation donnée par le juge* pour le cas où la femme justifie d'un intérêt particulier pour elle-même ou pour ses enfants. Le juge qui prononce le divorce, ou même celui qui peut être saisi plusieurs années après le prononcé du divorce (par exemple, au moment où le mari met fin à l'autorisation qu'il avait initialement donnée)¹⁶, a donc le pouvoir d'autoriser la femme à continuer de porter le nom de son ancien mari s'il considère qu'il existe un intérêt suffisant pour une telle autorisation (régime transposable à tout époux ayant porté le nom de son conjoint). Cette autorisation pourrait s'étendre au port d'un titre nobiliaire¹⁷.

En pratique, deux hypothèses sont essentiellement envisagées¹⁸.

D'une part, l'autorisation est le plus souvent liée à *un intérêt dans sa vie professionnelle*, sans qu'il soit nécessaire d'y avoir acquis une certaine renommée¹⁹. Mais il est évident que, dans un tel cas, le juge peut éventuellement limiter son autorisation aux actes de la vie professionnelle et ne pas permettre à la femme de porter, dans sa vie purement privée, le nom de son ancien mari²⁰.

■ 13. BRETON, *Le nom de l'épouse divorcée*, in *Mél. Rodière*, Dalloz, 1981.17.

■ 14. Avant la réforme de 2004, la femme bénéficiait en outre de plein droit du maintien du nom en cas de divorce pour rupture de la vie commune demandé par le mari.

■ 15. TGI Paris, 7 mars 1990, *Gaz. Pal.* 23 janvier 1991, p. 20.

■ 16. V. Poitiers, 30 mars 1983, *JCP* 1984.IV.328.

■ 17. TGI Chateauroux, 26 septembre 1995, *JCP* 1996.II.22605, note critique RUET.

■ 18. La Cour de cassation considère que l'intérêt de cette autorisation est une question de fait : Cass. 2^e civ., 25 mai 1994, *Bull. civ.* II, n° 135 – V. des exemples d'application : *D.* 1978, *Inf. rap.* 190 et 436 – Dijon, 27 mai 1997, *JCP* 1998.IV.3144.

■ 19. Cass. 2^e civ., 16 juillet 1982, *Bull. civ.* II, n° 106.

■ 20. Un arrêt a refusé d'assimiler la vie politique à la vie professionnelle : Paris, 31 octobre 1989, *D.* 1989, somm. 116 et les obs. critiques.

D'autre part, et c'est l'hypothèse qu'a entendu viser le législateur en mentionnant l'intérêt des enfants, la femme pourra obtenir l'autorisation de continuer à porter le nom de son mari lorsqu'elle élève *des enfants mineurs* afin de pouvoir porter le même nom qu'eux. Toutefois, on observe à cet égard des pratiques très variables selon les tribunaux, avec une tendance générale à la réticence²¹ transformant l'exigence d'un intérêt « *particulier* » en celle d'intérêt « *exceptionnel* »²².

L'autorisation ainsi donnée par le juge peut être *temporaire* (par exemple, limitée à la durée de l'éducation des enfants si elle est donnée pour ce motif).

L'autorisation peut être demandée longtemps **après le divorce**, notamment lorsque le mari a toléré l'usage pendant plusieurs années avant de protester²³ et même alors que la femme s'est remariée²⁴, ce qui implique que ce remariage ne met pas fin de plein droit à l'autorisation.

Le juge peut, à tout moment, être appelé à reconsidérer sa décision : notamment si un changement de circonstances justifie que l'on revienne sur l'autorisation donnée, le juge pourra être saisi.

348 Nationalité. Lorsque le conjoint étranger a acquis la nationalité française par l'effet du mariage (*supra*, n° 125), il ne la perd pas du fait du divorce. En revanche, il perd le titre de réfugié qui ne lui avait été délivré qu'au titre de l'unité de la famille²⁵.

Quant au conjoint français qui, en épousant un étranger, aurait renoncé à la nationalité française (en application des articles 23 et suivants du Code civil), il peut toujours former une demande en réintégration : celle-ci (qui peut d'ailleurs être formée pendant le mariage même) nécessite une procédure réglée par les articles 24 et suivants du Code civil.

§ 2. LES CONSÉQUENCES DU DIVORCE À L'ÉGARD DES ENFANTS

349 Disparition de la spécificité. Le principal apport de la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale est d'avoir cessé de réglementer le cas particulier des enfants de parents divorcés pour le fondre dans la généralité des enfants dont les parents sont séparés. Ce qui se marque symboliquement par **le déplacement de la matière au sein du Code civil** : elle disparaît des effets du divorce (où ne demeure qu'un simple renvoi : art. 286) pour se situer au chapitre consacré à l'autorité parentale.

Il va de soi qu'à l'occasion d'un divorce, c'est en principe au juge qui en connaît qu'il reviendra de régler l'exercice de l'autorité parentale. Mais ce lien de

■ 21. V. l'analyse détaillée CORPART, *RJPF* 2013-4/8.

■ 22. BRETON, art. préc. in *Mél. Rodière*, Dalloz, p. 22.

■ 23. Paris, 2 mars 1989, *D.* 1990, somm. 116.

■ 24. Reims, 27 février 2009, *JCP* 2009 n° 25 p. 20, note GARÉ.

■ 25. CE, 25 novembre 1998, *D.* 1999, *Inf. rap.* p. 127.

compétence n'est plus absolu²⁶ et l'on ne pouvait mieux souligner que le divorce est un mécanisme affectant le seul lien entre les époux, qui doit rester sans influence sur les liens directs de l'enfant avec chacun de ses parents (cf. *infra*, n° 631).

SECTION 2 | L'APUREMENT PATRIMONIAL

350

Trois principes directeurs nouveaux. La loi de 1975 d'abord, mais en forme de transition prudente, et surtout la réforme de 2004 ensuite, de manière beaucoup plus radicale, ont bouleversé l'esprit de cette liquidation des intérêts patrimoniaux communs ou enchevêtrés que le mariage avait créés. Trois principes directeurs sont apparus, qui contrastent avec la situation antérieure.

1° Pacification. Alors que la matière était autrefois baignée d'ordre public et de décisions judiciaires, l'objectif premier du nouveau dispositif est de tout faire pour favoriser les règlements amiables et limiter autant que possible les points qu'il faudra faire trancher par le juge.

Au-delà du domaine évident du divorce par consentement mutuel où l'accord des époux règle l'ensemble des conséquences du divorce, cette faveur pour les règlements amiables se traduit par la recherche systématique d'accords même simplement partiels : désignation dès les mesures provisoires de professionnels chargés de faire des propositions de règlement (art. 255-9° et 10°), licéité de tous accords de liquidation conclus pendant l'instance (art. 265-2) et intervention du juge expressément présentée comme subsidiaire (art. 267 : « à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge... »).

2° Objectivation. Alors que beaucoup des conséquences du divorce subissaient l'influence d'une volonté de sanctionner les torts y ayant conduit, par de nombreuses déchéances unilatérales (des donations et avantages, du droit de demander le report de date, du droit à prestation compensatoire, etc.), avivant ainsi le combat sur ces torts, la loi de 2004 a choisi pour principe de dissocier les conséquences du divorce de ses causes : hormis de rares exceptions, les effets du divorce sont désormais objectifs et neutres, c'est-à-dire identiques quelle que soit la cause du divorce, et en particulier indépendants des torts d'un divorce pour faute (ce qui supprime les enjeux matériels de l'attribution des torts et en désactive le plus souvent la recherche).

3° Accélération. Aux liquidations prolongeant interminablement le divorce après divorce (souvent dernier lieu de transfert des ressentiments personnels), la loi de 2004 a voulu substituer un règlement le plus rapide possible : raison pour laquelle sa préparation commence dès les mesures provisoires (art. 255-9° et 10°),

■ 26. Le jeu des attributions de compétence internationale par le Règlement européen du 27 novembre 2003, qui règle différemment la matière du divorce et celle de la « responsabilité parentale », peut conduire à séparer les deux compétences : cf. par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 277.

et le juge qui prononce le divorce peut déjà trancher les points de désaccords avérés (art. 267 : *infra*, n° 353).

§ 1. LA LIQUIDATION PATRIMONIALE

A. MODE DE LIQUIDATION

TEXTES

Code civil, art. 265-2, 267

Art. 265-2. – Les époux peuvent, pendant l’instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial.

Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié.

[...]

Art. 267. – À défaut d’un règlement conventionnel par les époux, le juge statue sur leurs demandes de maintien dans l’indivision, d’attribution préférentielle et d’avance sur part de communauté ou de biens indivis.

Il statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, dans les conditions fixées aux articles 1361 à 1378 du Code de procédure civile, s’il est justifié par tous moyens des désaccords subsistant entre les parties, notamment en produisant :

— une déclaration commune d’acceptation d’un partage judiciaire, indiquant les points de désaccord entre les époux ;

— le projet établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l’article 255.

Il peut, même d’office, statuer sur la détermination du régime matrimonial applicable aux époux.

351 Règlement amiable durant l’instance. Interdites avant 1975 au prétexte qu’elles pourraient favoriser le divorce, les conventions amiables organisant la liquidation et le partage du régime matrimonial sont désormais permises et même encouragées durant l’instance en divorce²⁷, alors même que le régime n’est pas encore dissous tant que le divorce n’est pas prononcé, mais qu’il le sera avec effet rétroactif au jour de l’ordonnance de non-conciliation (art. 262-1, *infra*, n° 354), ce qui permet de connaître déjà la date à prendre pour base de liquidation.

La forme notariée imposée dans tous les cas en 1975 (ancien art. 1450) ne l’est plus aujourd’hui que s’il existe des immeubles (art. 265-2), mais elle constitue en ce cas une règle de forme et non de simple utilité pour la publication, de sorte qu’une convention non notariée sera nulle même entre les époux.

Lorsqu’elles sont valables sous seings privés, ces conventions n’ont pas à être soumises au juge du divorce pour homologation selon les modalités de l’article 268 (si tel était le cas, l’article 265-2 n’aurait aucune utilité autonome et pas de raison d’être : on doit donc considérer que les conventions visées à l’article 268 seront

²⁷ Mais ne sont pas valables avant le début de l’instance, car non entourées de précautions : Cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2017, n° 16-23531 ; *RTD civ.* 2018.84, obs. LEROYER.

celles qui règlent les conséquences du divorce autres que la liquidation et le partage du régime matrimonial, comme l'exercice de l'autorité parentale ou la prestation compensatoire).

Naturellement, si le divorce n'est pas prononcé, ces conventions seront caduques.

352 Règlement amiable après divorce. Une fois le divorce prononcé, toutes conventions de règlement peuvent être librement conclues, sans condition de forme et sur les bases que les ex-époux jugent bonnes, même si elles s'écartent du régime matrimonial²⁸.

La loi de 2004 (art. 267-1 initial, aujourd'hui remplacé par un renvoi aux articles 1368 et suivants du Code de procédure civile) a cependant entendu accélérer le processus de ce règlement (qui durait parfois des années) en lui assignant un délai de principe d'un an : si les opérations ne sont alors pas achevées (ce qui laisse parfois supposer un contentieux latent), le notaire chargé de ces opérations doit avertir le juge ; celui-ci, après avoir éventuellement accordé un délai supplémentaire d'un an au maximum, se saisit alors des points qui font blocage et renvoie au notaire pour exécution. Mais il n'est pas imparti de délai au juge lui-même : c'est donc sans doute la diligence d'un des ex-époux qui sera déterminante, ce qui révèle la véritable nature de ce mécanisme : il n'est pas fait pour interdire aux ex-époux de faire « *traîner* » ensemble les opérations, mais pour permettre à l'un d'eux de vaincre l'éventuelle attitude d'obstruction ou dilatoire de l'autre.

353 Règlement contentieux. Époque. L'élaboration du règlement des intérêts communs pendant l'instance en divorce permet de faire apparaître, d'ores et déjà, les points sur lesquels un litige est susceptible de naître, de sorte qu'il est possible de demander au juge qui statue sur le fond du divorce et sur ses effets de régler déjà ces points en litige, en particulier tous les désaccords sur lesquels le projet de liquidation préparé en vertu des mesures provisoires lui fournit des informations suffisantes²⁹. Cela permet de fixer les bases permettant un règlement plus rapide après le divorce. Modifié par une ordonnance du 15 octobre 2015, l'article 267 fait même, semble-t-il, obligation au juge du divorce de trancher les points de désaccord déjà apparus³⁰. Si au cours de ce règlement d'autres points s'avèrent faire difficulté, il y aura lieu d'en saisir le juge. Pour assurer la continuité et l'homogénéité de ce règlement, la loi du 12 mai 2009 a transféré au juge aux affaires familiales une compétence générale (c'était auparavant le tribunal).

Dans les cas où tout n'a pas pu être réglé lors du divorce et où la liquidation n'intervient que plus tard, il faut néanmoins une certaine cohérence : la jurisprudence sanctionne le conjoint qui, ayant avancé certains arguments lors du débat

■ 28. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 90.

■ 29. Ainsi peut-il fixer d'ores et déjà la loi applicable au régime matrimonial (Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 11-27845 ; *Bull. civ. I*, n° 47 ; *D.* 2013.1451, note LE GAC) ou le montant d'une indemnité d'occupation (Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2012, n° 11-17377, *Bull. civ. I*, n° 229).

■ 30. Comment. MULON, *Gaz. Pal.* 206.118 – THOURET, *AJ fam.* 2015.598 – CHAUVIN et COUZIGOU-SUHAS, *Defrenois* 2015.1283.

sur la prestation compensatoire, soutient ensuite le contraire au stade de la liquidation³¹.

B. DATE D'APPRÉCIATION DE LA LIQUIDATION

TEXTES

Code civil, art. 262 à 262-2

Art. 262. – La convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies.

Art. 262-1. – La convention ou le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :

— lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, à moins que cette convention n'en stipule autrement ;

— lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;

— lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.

À la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. La jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge.

Art. 262-2. – Toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale, sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint.

354 Date des effets patrimoniaux entre époux. En ce qui concerne les conséquences s'attachant à la *dissolution du régime matrimonial*, il convient de distinguer deux dates toutes deux différentes de celle des effets personnels (v. *supra*, n° 340), selon que l'on envisage les rapports entre les époux entre eux ou leurs rapports avec les tiers.

■ 31. Par ex. en prétendant révoquer des donations faites à son conjoint qu'il avait portées à son actif dans le débat sur la prestation, ou encore en prétendant à un droit de propriété ou à une créance pour avoir financé les mêmes biens : Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2006, n° 06-14968 – 6 mai 2009, n° 08-13598 – 28 février 2006, *Bull. Civ. I*, n° 115, D. 2006.2074, note REVEL – 26 oct. 2001, n° 10-25078, *RTD Civ.* 2012.102 – 10 juin 2015, n° 14-15615 – 23 septembre 2015, n° 14-20168 – 12 juillet 2017, n° 16-19727, *Dr. fam.* 2017.212, note NICOD.

Dans *les rapports des époux entre eux*, l'article 262-1 du Code civil fixe la dissolution du régime matrimonial **au jour de l'ordonnance de non-conciliation** (hormis dans le cas de divorce par consentement mutuel où cette ordonnance n'existe pas et où la question ne se pose pas puisque la convention règle la liquidation)³². Ainsi le jugement de divorce porte-t-il, à cet égard, *un effet rétroactif*. Cette rétroactivité se justifie par l'idée que, pendant l'instance en divorce, aucune communauté d'intérêts n'existait plus réellement entre les époux, de sorte que les raisons d'être du régime matrimonial faisaient défaut. Le souci a été, d'une part, d'éviter que *l'un des époux ne profite de l'enrichissement de l'autre* survenu pendant cette période du procès, qui peut être très longue et s'étendre sur plusieurs années, d'autre part, que *l'un des époux ne pâtisse des activités ruineuses*, pendant cette même période, de l'autre époux, qui aurait pu dilapider des actifs.

Normalement donc, il convient de se placer au jour de l'ordonnance de non-conciliation pour déterminer la consistance du patrimoine commun des époux qu'il faut partager³³. On fait abstraction des acquisitions ou des variations intervenues ultérieurement³⁴, étant précisé que la pension due au titre des mesures provisoires durant l'instance reste, quant à elle, en dehors de ce mécanisme et n'a pas à être remboursée lors du partage, car elle n'est pas une avance sur la communauté³⁵.

355 Report rétroactif au jour de la séparation. Il est même possible de faire remonter encore plus avant dans le temps cette date de la dissolution du régime matrimonial³⁶. S'il est constaté que *la cohabitation et la collaboration des époux ont cessé* bien avant l'introduction de l'instance, chaque époux peut demander que la dissolution du régime matrimonial soit fixée au jour de cette cessation (C. civ., art. 262-1 et art. 1442, al. 2)³⁷. L'hypothèse est celle où l'introduction d'une demande en divorce n'a suivi que de plusieurs mois, voire de plusieurs années, une séparation des époux. Si l'un d'eux a déployé à titre personnel une activité ayant conduit à l'acquisition de certains biens ou inversement à un appauvrissement, il serait assurément injuste que l'autre, ayant cessé toute cohabitation et toute collaboration avec son conjoint, puisse réclamer une part de l'enrichissement ou devoir supporter une part de l'appauvrissement produits par l'activité isolée de celui-ci entre le moment de la cessation de la cohabitation et celui de l'introduction de l'instance du divorce.

Cette règle n'a longtemps joué qu'à sens unique, au seul profit de l'époux innocent ou n'étant pas à l'origine de la séparation. Dans son esprit général d'objectivation des effets du divorce, la loi de 2004 a supprimé cette déchéance : n'importe

■ 32. Dans les cas exceptionnels où elle pourrait se poser, c'est la date de la première requête qui est retenue : Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2011, n° 10-24427.

■ 33. Un arrêt contesté a étendu cette rétroactivité à la détermination des pouvoirs des époux sur les biens communs : Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 12-17896, D. 2014.522, note BRÉMOND.

■ 34. Cf. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2003, *Bull. civ. I*, n° 22.

■ 35. Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 228 ; *Defrénois* 1999.180, note BIGNON et p. 301, note MASSIP ; *RTD civ.* 1998.887, obs. HAUSER.

■ 36. Voir LE GUIDEC, *Observations sur le report de la dissolution du régime matrimonial*, *Mél. Champenois*, 2012.513 et s.

■ 37. Mais le « report » en sens inverse (recul si les époux ont continué de collaborer après l'ordonnance) n'est pas possible : Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 10-17445.

lequel des deux époux peut demander le report, pourvu qu'il le fasse au cours de l'instance en divorce (pour ne pas fausser par la suite la situation sur la base de laquelle le juge aura déterminé les autres conséquences du divorce, en particulier la prestation compensatoire).

La condition du report est qu'aient cessé à la fois la cohabitation et la collaboration : il se peut en effet que, même séparés, les époux aient continué de gérer ensemble leurs affaires, de sorte que le report ne serait plus alors justifié³⁸. Mais ce cas n'étant pas le plus fréquent, il faut l'établir : la jurisprudence décide que la séparation fait présumer la fin de la collaboration³⁹. Et il doit s'agir d'actes de véritable gestion en commun « allant au-delà des obligations découlant du mariage ou du régime matrimoniale »⁴⁰ : si tel est le cas de la souscription d'emprunts en commun⁴¹, en revanche ne constituent des faits de collaboration ni le paiement de pensions⁴², ni l'établissement de déclarations fiscales communes⁴³, ni l'exécution des obligations résultant du régime matrimonial⁴⁴, ni même le fait de se porter caution des loyers dus par l'autre⁴⁵, ou de payer des dettes⁴⁶ ou de maintenir un compte commun⁴⁷.

Lorsque les conditions en sont réunies le report est de droit, sans pouvoir pour le juge d'en apprécier l'opportunité⁴⁸.

Naturellement, ce report ne produit effet qu'entre les anciens époux : il est inopposable aux tiers⁴⁹. Et même entre les époux, il ne peut venir remettre en cause rétroactivement les conditions dans lesquelles s'exécutaient les devoirs du mariage, telles que l'occupation gratuite d'un logement avant le début de la procédure⁵⁰.

356 Date des effets patrimoniaux à l'égard des tiers. Cet effet rétroactif du divorce, en ce qui concerne la dissolution du régime matrimonial, ne joue qu'entre les époux, c'est-à-dire pour déterminer les bases du partage de l'actif matrimonial. En revanche, pour ce qui concerne les *rappports des époux et des tiers*, la date à prendre en considération est beaucoup plus tardive : le jugement de divorce n'est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, qu'à partir du jour où

■ 38. Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-30522, *Bull. civ. I*, n° 210.

■ 39. Cass. 2^e civ., 31 mars 1993, *Bull. civ. II*, n° 136 – Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 08-20729, *Bull. civ. I*, n° 80 – Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-12238, *Bull. civ. I*, n° 164.

■ 40. Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 2017, n° 14-19978, *D.* 2017-2124 et la riche note BREMOND.

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010, n° 09-68292, *Bull. civ. I*, n° 235.

■ 42. Cass. 2^e civ., 10 octobre 2002, *Bull. civ. II*, n° 210 – 6 mars 2013, n° 12-12338.

■ 43. Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *RTD civ.* 2006.290, obs. HAUSER.

■ 44. Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-18517.

■ 45. Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 475.

■ 46. Cass. 2^e civ., 7 octobre 1999, *Bull. civ. II*, n° 153 ; *RTD civ.* 2000.93, obs. HAUSER – 16 juin 2011, n° 10-21438 ; *Bull. civ. I*, n° 113.

■ 47. Cass. 2^e civ., 28 novembre 2002, *D.* 2003.1871, obs. BREMOND – Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 153.

■ 48. La jurisprudence antérieure en ce sens antérieure à 2004 (Cass. 2^e civ., 9 octobre 1996, *Bull. civ. II*, n° 225) a été reconduite : Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-12238.

■ 49. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994, *D.* 1995.225 (inscription de mesures conservatoires) Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 12-17896.

■ 50. Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 12-21556.

sont accomplies les formalités de publicité, c'est-à-dire des **mentions en marge des actes d'état civil**.

L'idée est que les tiers ne peuvent se voir opposer un divorce tant qu'ils n'ont aucun moyen d'en avoir connaissance, c'est-à-dire tant que les formalités de publicité n'ont pas été accomplies⁵¹.

Il en résulte que, jusqu'au jour de cet accomplissement, les tiers peuvent considérer que les époux sont encore mariés et exiger l'application des règles du régime matrimonial. Cela a notamment pour conséquence que les dettes contractées par un époux envers un tiers jusqu'à ce jour continuent de devoir être payées comme lorsque le régime matrimonial s'applique ; tout particulièrement s'il s'agit de dettes contractées par un seul époux, les créanciers pourront poursuivre chaque époux sur les biens provenant de la communauté, sous réserve de son recours contre l'autre⁵². De même, un nantissement inscrit sur un fonds de commerce avant la transcription est valable même si le fonds a été attribué à l'autre époux⁵³ et en cas de « faillite » d'un époux avant la transcription, le régime (sévère) atteignant l'autre continue de s'appliquer⁵⁴. Le report rétroactif au jour de la séparation est donc pareillement inopposable aux tiers⁵⁵.

Il sera fait cependant exception à cette règle s'il est établi que le tiers avait connaissance du divorce et s'il a agi dans le cadre d'un concert frauduleux avec le conjoint avec lequel il a contracté, en vue de porter préjudice aux intérêts de l'autre conjoint. Dans ce cas, en effet, le tiers ne mérite plus la protection qu'entend lui assurer la règle en cause : c'est ce que vise l'article 262-2 sous le vocable de « *fraude aux droits de l'autre conjoint* ».

À partir de la publication, le jugement devient opposable à tous, y compris pour ce qui est d'un état liquidatif annexé⁵⁶.

C. | LE SORT DES DETTES DES ÉPOUX

357 Règlement interne inopposable au créancier. Le développement du crédit emporte que les époux ont souvent, lors du divorce, des emprunts en cours liés à l'acquisition de divers biens. Il y a là pour eux un véritable danger dont ils sont souvent inconscients. En effet, le bien concerné peut être attribué (souvent amiablement) à l'un d'eux qui, corrélativement, déclare prendre en charge les remboursements futurs. Cet élément est d'ailleurs souvent pris en compte dans l'équilibre

■ 51. Voir une application : Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13954.

■ 52. Par exemple, le bailleur peut poursuivre le paiement des loyers contre le mari jusqu'à la publication même si le logement a été attribué à la femme en vertu de l'ordonnance de non-conciliation : Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, *D.* 1990.21, note MASSIP – 13 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 251 ; *JCP* 1993.II.22047, note HAUSER – Cass. 3^e civ., 2 juin 1993, *Bull. civ. III*, n° 74 – 27 mai 1998, *Bull. civ. III*, n° 109 – 16 décembre 1998, *JCP* 1999.II.10105, note GARÉ. Et ce même si le bailleur a été informé : Cass. 3^e civ., 2 février 2000, *Bull. civ. III*, n° 18 ; *Deffrénois* 2000 p. 1177 et la note.

■ 53. Com., 9 novembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 388. Il en est de même pour les mesures conservatoires : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 193.

■ 54. Com. 27 septembre 2016, n° 15-10428 – Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2014, n° 13-23434.

■ 55. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994, *D.* 1995.225, note LE GUIDEC.

■ 56. Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 11-13456, *Bull. civ. I*, n° 91.

d'une convention de divorce sur requête conjointe et permet au juge d'attribuer à l'époux intéressé « la charge exclusive » des remboursements (C. civ., art. 1387-1), expression un peu ambiguë⁵⁷.

Or, si cette prise en charge s'impose dans les rapports entre époux, elle ne peut pas produire d'effet au détriment du créancier : celui-ci, qui avait les deux époux pour débiteurs, continue de pouvoir les poursuivre tous deux, de sorte qu'en cas de défaillance de celui qui a pris la charge des échéances, l'autre peut encore être condamné à les payer⁵⁸. Il importe donc en pratique soit d'obtenir l'accord du créancier pour décharger l'autre époux, soit de mettre sur pied des garanties au profit de celui-ci.

D. LE SORT DES DONATIONS ET AVANTAGES MATRIMONIAUX

TEXTE

Code civil, art. 265

Art. 265. – 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.

Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou du décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contre signée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus.

Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté.

358 Refonte en 2004. Le régime antérieur des donations entre époux, auxquelles on assimile les « *avantages matrimoniaux* » (avantages résultant du régime matrimonial lui-même, comme le choix d'une communauté universelle en présence de fortunes inégales) était, avant 2004, la résultante de deux principes dominants :

— d'une part le principe d'immutabilité du régime matrimonial, qui commandait la nullité des donations déguisées (ancien art. 1099), et la libre révocabilité des donations faites en cours de mariage (ancien art. 1096), mécanismes généraux dépassant le cas du divorce mais en pratique tout spécialement mis en œuvre à cette occasion ;

— d'autre part le principe de sanction qui, liant les effets du divorce aux causes de son prononcé, entraînait une déchéance des donations et avantages jouant

■ 57. Qui a soulevé un tollé de certains y voyant une atteinte aux droits du créancier, alors que le texte ne vise à l'évidence que le plan de la *contribution* à la dette, non celui de l'*obligation* (v. CHAMPENOIS, *Defrénois* 2008. 31-6).

■ 58. Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992, *Bull. civ.* I, n° 168 (emprunt pour un fonds de commerce attribué au mari).

unilatéralement au préjudice du seul responsable, l'époux « *innocent* » conservant les siens (anciens art. 267 et suivants).

Tirant les conséquences de la disparition quasi totale de ces deux principes, la loi du 26 mai 2004 a entièrement refondu le sort des donations et avantages en cas de divorce, en l'ordonnant autour d'un nouvel axe opposant les dispositions portant sur des biens « *présents* » et celles concernant les avantages à venir, sans qu'aucune déchéance-sanction n'intervienne plus.

359 Les avantages à venir : révocation de plein droit des donations pour cause de mort et avantages liés à la dissolution. Sans qu'il y ait lieu désormais de distinguer selon la cause du divorce, ni selon l'« *innocence* » de l'époux bénéficiaire, sont révoqués de plein droit :

— les donations pour cause de mort (« *au dernier vivant* ») dont la mise en œuvre entre époux divorcés depuis longtemps (et parfois remariés) réservait de graves et incompréhensibles surprises lors de la succession de l'un d'eux ;

— les avantages matrimoniaux « *qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux* », c'est-à-dire les clauses de partage inégal, d'attribution préférentielle ou précipitaire prévues notamment aux articles 1390 à 1392.

Le nouveau texte réserve cependant à l'époux qui a consenti la donation ou l'avantage matrimonial la possibilité de les maintenir. Sa volonté en ce sens doit être « *constatée par la convention (...) ou par le juge au moment du prononcé du divorce* », ce qui semble impliquer :

— d'une part, que c'est seulement à l'époque de la procédure que cette volonté peut être efficace et qu'une clause insérée à l'avance dans la donation ou l'acte créant l'avantage matrimonial serait inefficace ;

— d'autre part, que c'est dans la convention ou la décision de divorce que doit figurer la mention de cette volonté de maintien.

Ainsi entourée de précautions, la déclaration de volonté de maintien lie définitivement son auteur qui ne peut ensuite la rétracter : elle rend « *irrévocables* », quel qu'eût été leur régime propre auparavant, « *l'avantage ou la disposition maintenus* ».

360 Les donations et avantages « présents ». Il s'agit des donations exécutées pendant le mariage et des avantages matrimoniaux ayant pris effet immédiatement (comme l'adoption d'une communauté universelle).

Aucune révocation ne s'attache plus au divorce en ce qui les concerne : ces donations et avantages sont donc maintenus sans pouvoir être remis en cause (hormis dans le cadre étroit de la révocation générale pour ingratitude de l'article 955), ce qui devrait faire disparaître les nombreuses contestations qui surgissaient à l'occasion du divorce sur les financements par l'un des époux des acquisitions effectuées par l'autre ou en indivision⁵⁹. Cette règle nouvelle est d'**ordre public** : est

■ 59. V. GOLDIE-GENICON, *Les libéralités rémunératoires*, Mél. Champenois, 2012.347 et s. – VASSAUX, *Le financement du logement par un époux séparé de biens*, JCP 2013.518.

nulle la clause d'une donation prévoyant sa résolution en cas de divorce dans les trois ans⁶⁰.

Reste toutefois le cas des donations qui avaient été consenties avant le 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi. Tranchant une controverse doctrinale⁶¹, la loi du 23 juin 2006 a décidé (avec « *caractère interprétatif* ») que ces donations « *demeurent révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 dans sa rédaction antérieure* » (art. 47.III), ce que la jurisprudence étend à l'annulation des donations déguisées⁶². Ce choix peu heureux (postulant que le donateur avait un « *droit acquis* » à reprendre dans l'avenir ce qu'il était en train de donner) risque de troubler les liquidations pendant de nombreuses années encore et il reste prudent, au moment de fixer la prestation compensatoire, d'inviter le donateur à prendre immédiatement parti sur ce point⁶³, même si son silence dans ce débat suffit parfois à valoir renonciation tacite à une révocation ultérieure conformément à l'exigence de cohérence (v. *supra* n° 353).

E. LE SORT DES CONTRATS EN COURS

TEXTE

Code civil, art. 265-1

Art. 265-1. – Le divorce est sans incidence sur les droits que l'un ou l'autre des époux tient de la loi ou des conventions passées avec des tiers.

361 Contrats avec des tiers. Modifiant la disposition de l'ancien article 265, alinéa 2, qui attachait aux torts exclusifs ou à la demande de divorce pour rupture de la vie commune la perte des droits nés de « *conventions passées avec des tiers* », le nouvel article 265-1 précise au contraire que le divorce reste sans incidence à leur égard.

En pratique, cela concerne à titre principal les droits issus de contrats d'**assurance-vie-décès** ou de l'adhésion à des régimes de protection et de retraite. Naturellement, dans tous les cas où elle est encore possible, la modification du bénéficiaire désigné pourra être décidée par l'époux divorcé (comme elle pouvait l'être au cours du mariage). La question du « *blocage* » de cette faculté de modification pour les assurances-vie et les contrats de capitalisation par une acceptation du bénéficiaire de ces stipulations pour autrui est, on le sait, vivement débattue de façon générale : c'est là un problème plus vaste qui ne présente aucune spécificité dans le cas particulier du divorce entre le souscripteur et le bénéficiaire désigné.

La règle concerne aussi les **cautionnements** souscrits par un époux en garantie des dettes de l'autre : le créancier ne peut en effet être privé du bénéfice de cette sûreté par le fait du divorce et, contrairement à ce que les époux pensent souvent en

■ 60. Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13791, *Bull. civ. I*, n° 56 ; *RTD civ.* 2012.357, obs. GRIMALDI ; *JCP* 2012.607, note BRENNER ; *D.* 2012.2483, note BRÉMOND.

■ 61. BEIGNER et NICOD, *Defrénois* 2005.265 – VIGNEAU, *D.* 2005.980 – BRENNER, *Defrénois* 2005.93.

■ 62. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-20570, *Bull. civ. I*, n° 242 ; *Dr. fam.* 2010, n° 16, obs. V.L.T. et 25, obs. BEIGNIER.

■ 63. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 10-14841.

pratique, leur engagement survit au divorce. Toutefois s'il s'agit d'un cautionnement à durée indéterminée (par exemple pour garantir un compte courant bancaire), la caution peut le révoquer (à condition d'y penser)⁶⁴.

362 Contrats entre les époux. Le divorce ne rompt pas non plus par lui-même les contrats que les époux avaient pu conclure entre eux, comme un contrat de travail, un bail ou un mandat commercial, ou tout autre contrat extérieur aux relations purement familiales. Bien entendu celui des ex-époux qui le désire pourra y mettre fin, mais aux échéances et conditions imposées par le contrat.

§ 2. LE SORT DU LOGEMENT FAMILIAL

TEXTES

Code civil, art. 285-1 et 1751

Art. 285-1. – Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.

Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.

[...]

Art. 1751. – Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

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

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

363 Importance pratique. Le local qui servait à abriter la famille, compte tenu de cette affectation particulière, ne peut être traité, dans la liquidation des biens des époux, comme un bien ordinaire. Il mérite notamment une particulière attention, lorsque l'on est en présence d'enfants.

C'est pourquoi le sort du logement familial a fait l'objet de constantes préoccupations législatives. Soumis à un statut particulier durant le mariage, ce logement

■ 64. Cf. Com., 19 janvier 1981, *Bull. civ. IV*, n° 32.

est soumis également à un statut particulier lors de sa dissolution. Ce statut, qui concernait essentiellement, avant la loi de 1975, le logement en location, a été complété pour régler aussi le cas du logement appartenant aux époux.

364 Cas du logement en location. Si le logement familial⁶⁵ était détenu par les époux à titre locatif⁶⁶, l'article 1751 du Code civil dispose que les droits locatifs sont nécessairement considérés comme appartenant aux deux époux, même si, initialement, ils avaient été consentis à l'un d'entre eux seulement (hypothèse où les époux se sont installés dans le logement occupé par l'un d'entre eux auparavant). Dans cette hypothèse, le tribunal qui règle les effets du divorce va décider d'*attribuer ce droit locatif* à l'un des époux « *en considération des intérêts sociaux ou familiaux en cause* ». Ainsi peu importe au nom de qui le bail était établi : le juge a, en toute occurrence, la possibilité de décider auquel des deux époux le droit locatif doit être attribué en considération des intérêts en cause, parmi lesquels occupe naturellement une position privilégiée la considération de l'attribution de la garde des enfants ou celle de l'exercice à domicile d'une profession par l'un des deux époux. Le bailleur, qui n'est pas appelé à donner son consentement⁶⁷, peut ainsi se voir imposer un changement de locataire, sans garantie pour le paiement des loyers futurs seul l'époux attributaire restant tenu, même en présence d'une clause de solidarité⁶⁸.

Rappelons que, jusqu'à la publication du divorce, les deux époux restent tenus envers le bailleur du paiement du loyer (v. *supra*, n° 356)⁶⁹.

Ce régime particulier ne s'étend pas au logement dont les époux disposaient au titre d'un simple prêt (v. *infra*, n° 368).

365 Cas du logement appartenant aux deux époux. Si le logement était assuré par un droit de propriété, la situation est plus complexe. Il faut alors distinguer selon que ce logement appartenait aux deux époux, soit en communauté, soit en indivision entre époux séparés de biens, ou qu'il appartenait en propre à l'un des deux époux seulement.

Si le logement appartenait *aux deux époux*, soit qu'il se trouvait dans la communauté, soit pour avoir été acquis de manière indivise par deux époux séparés de biens⁷⁰, il doit être **soit vendu** de l'accord des deux époux, **soit attribué** à l'un

■ 65. Ce régime d'exception ne peut pas être étendu à une résidence secondaire (Orléans, 20 février 1964, *D.* 1964.260) ni à un logement qui n'a jamais été occupé que par un seul des époux, notamment en cas de séparation de fait (Cass. 3^e civ., 28 janvier 1971, *JCP* 1972.II.16982) ou de résidence louée par un seul en cours de procédure (Cass. 3^e civ., 24 novembre 1999, *JCP* 2000.II.10284, note CASEY).

■ 66. Même si ce titre est un bail emphytéotique : Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-11724, *Bull. civ. I*, n° 127.

■ 67. Car cette attribution n'est pas une cession, mais une opération de partage : cf. Cass. 3^e civ., 23 mars 2011, n° 10-30495, *Bull. civ. III*, n° 44.

■ 68. V. Cass. 3^e civ., 22 octobre 2015, n° 14-23726 – Cass. 3^e civ., 9 février 2017, n° 15-26305, *D.* 2017-2121, note BREMOND.

■ 69. Mais la responsabilité pour dégradation cesserait dès l'ordonnance de résidence séparée, solution contestable du point de vue du droit du bail : Cass. 3^e civ., 8 avril 1992, *Bull. civ. III*, n° 119.

■ 70. Il faut souligner à ce sujet que, contrairement à une opinion souvent répondue, la part de chacun ne dépend pas de sa participation au financement, mais du seul *titre d'achat* (v. par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 185).

d'eux dans le cadre des opérations de partage des intérêts communs. Cependant, le juge peut ordonner qu'il sera maintenu dans l'indivision pendant une durée de cinq ans au plus (C. civ., art. 821-1, 1476 et 1543).

Lorsque le partage interviendra, il n'est pas indifférent qu'il soit attribué à l'un ou l'autre des époux. Et il serait, à cet égard, parfois inopportun, faute d'accord, qu'on s'en remette au tirage au sort qui constitue le mode normal d'opérer un partage entre parties en désaccord. C'est pourquoi la loi reconnaît au juge la possibilité de prononcer une *attribution préférentielle* de ce logement (art. 833, 1476 et 1542).

Compte tenu des intérêts en cause, le tribunal pourra décider que le bien doit être attribué à tel époux qui l'occupait jusqu'à la procédure⁷¹, c'est-à-dire figurer dans son lot. Cela ne veut pas dire que l'autre époux soit lésé en valeur : il recevra, dans son lot, des biens de valeur équivalente, de manière que les deux lots soient d'importance égale ; ou encore, à défaut de tels biens et si le logement constitue l'essentiel de la fortune à partager, l'époux qui en aura l'attribution devra verser à l'autre une compensation, appelée une *soulte*, destinée à rétablir l'égalité économique du partage. L'attribution ne porte donc que sur la consistance du lot attribué à l'un des époux, mais ne porte pas préjudice, sur le plan économique, aux droits de l'autre⁷².

C'est d'ailleurs ce qui rend son usage assez **peu fréquent** car, dans la grande majorité des cas, ce logement constitue le seul actif et aucun des époux ne peut supporter la charge d'une soulte : il faut alors se résoudre à le vendre pour en partager le prix (sauf à faire jouer, si le cas le permet, le mécanisme de la prestation compensatoire). Il serait opportun d'étendre à ce cas la possibilité de bail forcé qui est ouverte dans le cas suivant⁷³ (cf. *infra*, n° 367).

366 Indemnité d'occupation. Avant qu'il soit procédé à la vente ou à l'attribution comme il vient d'être dit, il arrivera souvent que l'un des époux ait occupé seul le bien commun, soit en vertu de l'ordonnance de non-conciliation, soit même par un accord exprès ou tacite des époux (en cas de séparation amiable ou de départ spontané d'un époux). Se posera alors, au moment de faire les comptes définitifs, la question de savoir si cet époux est redevable d'une indemnité pour cette occupation privative⁷⁴.

Il faut juridiquement distinguer **trois périodes** :

— *avant toute procédure de divorce*, et en présence d'une simple séparation de fait, il n'y a lieu à aucune indemnité s'il s'agit d'un bien de communauté même si la dissolution de celle-ci a été reportée du jour de la séparation⁷⁵ ; s'il s'agit d'un bien indivis, une indemnité peut en principe être réclamée en vertu de l'article 815-

■ 71. Ou qui n'en avait été chassé que par violence : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2018, n° 17-16858.

■ 72. Pour des exemples d'application, v. *D.* 1983, *Inf. rap.* 451 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-69621.

■ 73. Pour un exemple significatif, la « *faillite* » du mari conduisant à la vente du pavillon commun sans que la femme puisse s'y opposer, v. Paris, 10 juillet 1985, *D.* 1986, *Inf. rap.* 109.

■ 74. Sur les conditions pour qu'il y ait jouissance privative, v. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 07-19465.

■ 75. Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 2016, n° 15-24525.

9, alinéa 2, du Code civil⁷⁶ ; mais on estimera souvent que la jouissance gratuite du logement constituait, de la part du non occupant, sa contribution en nature aux charges du mariage⁷⁷ ; en outre, il semble qu'une simple jouissance de fait ne constitue pas une occupation « *privative* », laquelle supposerait un droit exclusif⁷⁸ ;

— **durant la procédure de divorce**, le principe semble être celui de l'obligation à une indemnité d'occupation sauf si le juge qui a autorisé l'occupation privative au titre des mesures provisoires a précisé qu'elle aura lieu gratuitement, ou si l'économie de sa décision implique une telle gratuité, la mise à disposition étant considérée comme une exécution du devoir de secours encore en vigueur durant l'instance⁷⁹ ; cependant on a soutenu justement la présomption inverse, qui serait beaucoup plus propre à tarir le contentieux⁸⁰ ;

— **après le prononcé définitif du divorce**, et tant que le partage n'est pas effectué, une indemnité d'occupation est en toute occurrence due en vertu de l'article 815-9, alinéa 2 ; le juge du divorce ne peut pas décider que cette occupation sera gratuite⁸¹ car il n'y a plus de devoir de secours ; il ne peut en aller autrement que si, en présence d'enfants, l'occupation constitue pour partie une forme de contribution à leur entretien⁸².

Lorsqu'elle est due, cette indemnité est soumise au régime de droit commun de l'indivision⁸³.

367 Cas du logement appartenant à un seul époux : bail forcé. Si le logement appartient en propre à l'un des époux, celui-ci en reste propriétaire après le mariage. Cependant, il peut être opportun que l'autre époux conserve le droit d'habiter ce logement au-delà même de la procédure (pendant laquelle l'occupation donne lieu à une indemnité selon les mêmes règles que pour un bien commun ou indivis). La loi de 1975 a donc organisé, pour permettre l'exercice d'un tel droit, une institution totalement nouvelle qui est le *bail forcé* (art. 285-1). Le juge a la possibilité, dans certains cas, de contraindre l'époux propriétaire exclusif du logement familial à consentir sur ce logement un bail à son ancien conjoint, moyennant

■ 76. Cf. Cass. 1^{re} civ., 3 février 2004, *Bull. civ. I*, n° 37 (indemnité due depuis le jour du report de la dissolution de la communauté) – Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 2014, n° 13-24584 – Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 15-15837.

■ 77. V. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 61 – Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-13856. – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-14884.

■ 78. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 186.

■ 79. Cass. 1^{re} civ., 18 janvier, 28 février et 7 juin 1989, *D.* 1990, somm. 117 – 25 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 206 ; *Defrénois* 1992, 35190, note LUCET – 11 février 1998, *D.* 1998.493, note MALAURIE – 25 juin 2002, *Bull. civ. I*, n° 173 – 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 189.

■ 80. MALAURIE, note préc.

■ 81. Cass. 2^e civ., 25 novembre 1992, *Bull. civ. II*, n° 275 – 6 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 117.

■ 82. Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 252 – Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1999, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *D.* 1999, somm. p. 375, obs. LEMOULAND – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-14884 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2017, n° 16-11599.

■ 83. Sur son *mode d'évaluation*, voir Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-12094 (pas de compensation automatique avec les frais d'entretien et le remboursement du crédit) – Sur sa *prescription*, voir Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2015, n° 15-19614 (le titre se prescrit par 10 ans, les arrérages par 5 ans) – Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n° 10-18707 (le délai de cinq ans ne court que du jour de la dissolution du mariage) – Cass. 1^{re} civ., 25 septembre 2013, n° 12-24996, *Bull. civ. I*, n° 182 (elle ne court pas pendant les opérations de partage).

paiement d'un loyer dont le juge fixe le montant. Ce bail forcé est une innovation considérable de la loi du 11 juillet 1975 qui permet ainsi au juge de faire un contrat forcé entre des personnes privées⁸⁴. Elle n'a cependant guère connu de succès et il est parfois proposé de la supprimer, ce que n'a pas fait la loi de 2004.

— **Le cas concerné** est celui où l'époux non propriétaire s'est vu confier la « *résidence habituelle* » d'un ou plusieurs enfants communs : il est alors évident que la conservation du logement familial lui est le plus souvent nécessaire et il ne faut pas alors que l'autre conjoint, pour la raison qu'il est propriétaire de ce logement, puisse « *mettre à la porte* » son ancien époux et ses enfants.

Le bail peut être fixé ou renouvelé jusqu'à la **majorité du plus jeune des enfants**. La loi ne dit pas si, pour cette disposition comme pour la pension alimentaire, on considérera que les besoins du jeune majeur poursuivant ses études équivalent à ceux d'un mineur.

Il est nécessaire que le logement ait effectivement servi au logement de la famille jusqu'au divorce⁸⁵.

— **La demande** de bail forcé doit être présentée au juge du divorce, et ce pendant l'instance : faisant application du principe de concentration, la jurisprudence a décidé, en dehors de tout texte, que la demande ne pouvait plus être présentée après le divorce⁸⁶.

— **La fin** du bail forcé intervient non seulement à l'expiration du délai prévu par le juge, mais encore de manière anticipée dans certaines hypothèses.

Tout d'abord, il prend fin si *l'époux locataire manque à ses obligations* de locataire. Le fait que le bail ait une origine judiciaire n'écarte pas l'application de droit commun des contrats : lorsque l'une des parties manque à ses obligations, l'autre peut demander la résiliation du contrat. Cette règle de droit commun reçoit application.

Le bail peut également être résilié par le juge si *des circonstances nouvelles* le justifient. Par exemple, si le juge modifie l'exercice de l'autorité parentale, ou encore s'il constate un changement important survenu dans l'état respectif de fortune des deux anciens époux, il peut estimer que la concession du bail qui se justifiait initialement n'a plus de raison de se prolonger. Il a le pouvoir de résilier ce bail.

368 Cas du logement prêté aux époux. Il arrive que le logement des époux leur ait été prêté par un tiers, souvent des parents de l'un ou de l'autre. Le divorce permet-il au prêteur de mettre fin à ce prêt ? Dans deux arrêts rendus la même année, la Cour de cassation a apporté des réponses contradictoires, et au surplus peu respectueuses toutes deux du droit du prêt⁸⁷. Il faut sans doute considérer que le prêt consenti personnellement à l'un des époux lui reste personnel (faute de pouvoir imposer un bail forcé au profit de l'autre). Si, au contraire, le prêt a été consenti au foyer,

■ 84. Technique connue auparavant de certains droits étrangers : JESTAZ, *RTD civ.* 1975.799.

■ 85. Paris, 4 mai 1979, *D.* 1980, *Inf. rap.* 437 et, sur pourvoi, Cass. 2^e civ., 8 juillet 1981, *Bull. civ.* II, n^o 149.

■ 86. Cass. 2^e civ., 28 mars 2002, *Bull. civ.* II, n^o 59 – Pour la même solution à l'égard de la prestation compensatoire, v. *infra*, n^o 374.

■ 87. Cass. 1^{re} civ., 3 février et 8 décembre 1993, *D.* 1994.248 et la note ; *RTD civ.* 1994.125, obs. GAUTIER

le divorce le laisse se poursuivre au profit de celui chez qui résident les enfants – mais le prêteur peut y mettre fin au terme prévu ou, à défaut de terme, à tout moment moyennant un délai de prévenance, selon le droit commun du prêt⁸⁸.

§ 3. LES DOMMAGES-INTÉRÊTS

TEXTE

Code civil, art. 266

Art. 266. – Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.

369 Droit commun et droit spécial. Accessoirement au divorce, deux sortes de responsabilité peuvent se concevoir selon le préjudice envisagé.

D'une part, le droit commun de l'article 1240 (ex. 1382) du Code civil s'applique entre époux comme entre tous autres concitoyens : celui qui par sa faute a causé un dommage à l'autre lui en doit réparation. À la vérité, il n'est pas besoin d'une procédure de divorce pour cela et cette responsabilité peut être engagée même pendant le mariage. Mais il est évident que c'est à l'occasion du divorce que la demande sera le plus souvent présentée en pratique. Les dommages physiques (sévices), moraux (injures et mépris) ou matériels (détournements, etc.) *causés durant le mariage* peuvent ainsi donner lieu à réparation selon le droit commun, sur la preuve de toute faute, peu important que cette faute soit ou non retenue en même temps comme cause de divorce, ce qui emporte que cette mise en jeu de l'article 1382 du Code civil peut accompagner n'importe quelle forme de divorce et s'appliquer même en cas de divorce aux torts partagés⁸⁹ ou pour altération définitive⁹⁰ ou même par consentement mutuel (par une instance séparée) ;

D'autre part, le régime spécial de l'article 266 ne concerne que le préjudice résultant du divorce lui-même : sur le plan matériel, il peut s'agir de la perte des avantages liés à la vie conjugale, pour la part non compensée par la prestation compensatoire ; sur le plan moral, il peut s'agir du désarroi lié à une vie solitaire.

Avant 2004, la réparation de ce préjudice participait des mesures de sanction accompagnant l'attribution des torts exclusifs (ou la demande en divorce fondée sur la seule rupture de la vie commune). Dans son esprit général « *dépénalisant* », cette loi a circonscrit la réparation de ce préjudice aux seuls cas où il présente une

■ 88. Contrats spéciaux, n° 655.

■ 89. Cf. Cass. 2^e civ., 28 février 1996, *Bull. civ.* II, n° 47 – Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, n° 06-12221 – 23 mai 2012, n° 11-16964 – 26 juin 2013, n° 12-14463 – Civ 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-16874.

■ 90. Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 2011, n° 11-11273.

« particulière gravité » (nouvel art. 266)⁹¹. Il faut de plus qu'un des époux soit regardé comme l'unique responsable de ce divorce préjudiciable, soit parce que le divorce est prononcé à ses torts exclusifs, soit parce qu'il a été le seul à le demander sur le fondement d'une séparation de deux ans (on présume alors qu'il est l'auteur de cette séparation-répudiation).

L'application de ces deux textes est plutôt restrictive, surtout quant aux montants alloués, généralement très modiques⁹².

SECTION 3 LA PRESTATION COMPENSATOIRE

370

Position du problème. À l'issue du divorce et du règlement de leurs intérêts patrimoniaux, les deux époux peuvent se trouver dans des situations matérielles très différentes. Or il n'est pas nécessairement équitable de laisser cette différence en l'état. Il se peut, en effet, que la mauvaise situation matérielle de l'un des époux soit due au fait qu'il se consacrait à l'activité commune, dont l'autre a recueilli les fruits essentiels. Ce sera le plus souvent le cas de la femme qui pourra se trouver sans profession ou formation professionnelle, après s'être consacrée à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants. Cette situation ne lui portait pas préjudice pendant le cours du mariage en raison de l'existence du devoir de secours dont elle bénéficiait et qui pesait sur son mari. En revanche, la disparition du mariage, qui entraîne normalement la disparition de ce devoir, peut rendre très précaire sa situation.

C'est pourquoi l'aménagement de l'avenir des époux divorcés nécessite souvent l'attribution à celui des deux qui se trouve dans un état matériel inférieur de certaines compensations⁹³.

Avant la loi de 1975, ces compensations prenaient la forme d'une *pension alimentaire*, revêtant tous les caractères qui découlent de cette qualification, c'est-à-dire versée périodiquement et révisable selon les circonstances. Mais l'on sait les difficultés d'exécution que rencontraient ces condamnations à pension alimentaire. Et le caractère périodique du versement faisait resurgir, à des occasions très

■ 91. Exemple d'application : Paris, 20 février 2008, *Dr. fam.* 2008 n° 55, obs. LARRIBAU-TERNEYRE (épouse se retrouvant isolée en pays étranger). – La Cour de cassation semble vouloir contrôler la notion de façon exigeante : sont insuffisants l'abandon après 39 ans de mariage (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009, n° 08-17825 ; *Bull. civ. I*, n° 145) ou la conjugaison de violences et d'adultère (Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 2009, n° 08-20037) car ce n'est pas la gravité de la faute qui compte, mais celle du préjudice – Mais ont été admis un abandon sans aucun revenu (Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 09-14835), ou dans un état de détresse (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, nos 09-71863 et 09-73014), ou avec la charge de jeunes enfants (Cass. 1^{re} civ., 12 septembre 2012, n° 11-12140), ainsi que des atteintes à l'intégrité physique et psychique (Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012, n° 11-27410).

■ 92. Voir *Dr. fam.* juillet 2015, dossier 33 et les tableaux faisant apparaître un montant inférieur à 3 000 € dans plus de la moitié des cas.

■ 93. Leur absence dans une loi étrangère est contraire à notre ordre public international : Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1992, *D.* 1993.476, note SAÏDI – 7 novembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 391 ; *D.* 1996, somm. 170, obs. AUDIT – 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 524.

fréquentes, ces difficultés d'exécution. Les statistiques sont, à cet égard, marquantes, qui révèlent que les pensions impayées représentent près d'un tiers pendant les deux premières années puis la moitié entre la deuxième et la cinquième année suivant le jugement et enfin plus des deux tiers au-delà de la cinquième année.

Dans l'esprit, déjà décrit, de régler, une fois pour toutes, au moment même du divorce, les conséquences de celui-ci, l'idée du législateur a été *de substituer le plus souvent possible à la pension alimentaire un versement définitif* apurant en quelque sorte la situation des époux. Ce versement a été conçu comme forfaitaire : il a pour but de permettre aux deux époux de se trouver, au sortir du mariage, dans une situation leur permettant de vivre dans des conditions matérielles équivalentes. Chacun est, par la suite, responsable de la manière dont il gère ses affaires et pourvoit à ses besoins.

Cette nouvelle institution a pris le nom de *prestation compensatoire*.

Le mécanisme des pensions alimentaires entre anciens époux a donc en principe disparu (la loi de 1975 ne l'avait conservé que dans le cas de divorce pour rupture de la vie commune, par une exception supprimée en 2004, mais qui peut encore produire effet pour les divorces prononcés sous l'ancien régime).

Cependant, la Cour de cassation a admis que les époux puissent en décider autrement et créer une **pension alimentaire conventionnelle**. Ainsi, dans un divorce par consentement mutuel, les époux peuvent convenir d'une pension alimentaire qui suivra le régime classique des pensions⁹⁴. Dans une décision vivement critiquée, la Cour suprême a expliqué sa position par le recours à l'idée d'obligation naturelle⁹⁵. Elle a de plus jugé que cette pension ne suit pas nécessairement sur tous les points le régime classique⁹⁶.

371 **Idée générale et évolution.** C'est l'innovation, et même, peut-on dire, l'invention fondamentale de la loi de 1975 sur le chapitre des effets du divorce. Mécanisme original ayant fait l'objet de la part du législateur d'une organisation très minutieuse (C. civ., art. 270 à 281), la prestation compensatoire a pour but, la loi le dit expressément, « *de compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux* ».

Quant à son *fondement*, il ne repose plus sur l'attribution des torts comme dans le droit antérieur⁹⁷, mais sur l'idée qu'au sortir du mariage, les époux doivent retrouver une indépendance patrimoniale sur des bases comparables sans que l'un d'entre eux subisse trop violemment les conséquences des choix de répartition qu'ils avaient faits ensemble (principalement les sacrifices de carrière consentis par la femme). On voit qu'il s'agit donc d'un pur *fondement d'équité*, ce qui lui confère un caractère d'ordre public : les époux ne peuvent, avant toute procédure, transiger sur leur droit futur à une prestation⁹⁸, et l'existence de ce mécanisme (ou

■ 94. Cass. 2^e civ., 25 janvier 1984, *D.* 1984.442, note C. PHILIPPE.

■ 95. Cass. 2^e civ., 9 mai 1988, *D.* 1988.288, note critique MASSIP.

■ 96. Ainsi ne donne-t-elle pas matière à la procédure particulière de paiement direct : Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *JCP* 2005.II.10104, concl. SAINTE-ROSE, note GABORIAU.

■ 97. Pour une interrogation sur ce fondement véritable, v. SERIAUX, *La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris*, *RTD civ.* 1997.53.

■ 98. Cass. 2^e civ., 21 mars 1988, *Bull. civ. II*, n° 74 – 10 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 140 – Cass. 1^{re} civ., 3 février et 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 30 et 325 – 8 février 2005, *Bull. civ. I*, n° 70.

d'un autre équivalent) est regardé comme faisant partie de notre ordre public international⁹⁹.

Quant à son *économie générale*, ce mécanisme est dominé par le souci de transposer sur le plan patrimonial la rupture personnelle des époux en mettant fin à tous rapports de dépendance (et corrélativement d'irresponsabilité). D'où l'idée dominante que la situation doit être en principe apurée en une fois sans qu'il y ait lieu à maintenir des versements périodiques sources de difficultés et de contentieux qui ne peuvent que s'accroître au gré des évolutions ultérieures disparates.

Il faut bien reconnaître que l'innovation était telle qu'elle s'est heurtée longtemps à l'inertie d'habitudes d'esprit nombreuses qui en ont gravement altéré la substance. En particulier le versement définitif d'un capital qui en est le pilier fondamental s'est trouvé initialement relégué à l'état d'exception au profit de la forme, conçue comme subsidiaire, d'une « *rente* » périodique, favorisée tant par les tribunaux que, surtout, par un traitement fiscal ignorant du régime civil et incitant les parties elles-mêmes à en méconnaître l'esprit. La pratique issue de cette défiguration de la loi s'est avérée à terme si chaotique qu'une réforme est apparue indispensable : elle a été faite par une loi du 30 juin 2000 imposant le caractère exceptionnel de la rente, reprise et complétée en 2004 (*infra*, n° 382).

L'étude de la pratique judiciaire fait apparaître qu'une prestation compensatoire n'est finalement accordée que dans 20 % environ des divorces¹⁰⁰.

§ 1. DROIT À PRESTATION

TEXTE

Code civil, art. 270

Art. 270. – Le divorce met fin au devoir de secours entre époux.

L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge.

Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture.

372 Vocation générale. Ici comme sur bien d'autres points, la loi de 1975 avait voulu ménager une transition avec le droit antérieur. Tout en dissociant les effets du divorce de ses causes, elle n'avait pas poussé jusqu'au bout cette logique de détachement et avait maintenu des cas de déchéance du droit à prestation, frappant le conjoint exclusivement fautif et celui qui était demandeur à un divorce pour rupture de la vie commune.

■ 99. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2015, n° 14-17880.

■ 100. Voir l'étude fouillée, FULCHIRON et DAUBRICOURT, *D.* 2010.2170 – V aussi *RTD civ.* 2017.109.

Franchissant un nouveau pas dans la neutralité des effets du divorce, la loi du 26 mai 2004 a procédé à la suppression de principe de ces deux déchéances. Il y a là une modification très importante en pratique car l'un des enjeux concrets du débat sur les torts résidait précisément dans cette privation du droit à prestation pour le conjoint exclusivement coupable : cette déchéance disparue, ce débat perd le plus gros de son intérêt.

Cependant, cette suppression n'est pas absolument radicale : le juge a reçu un pouvoir de refus pour « *équité* ».

373 **Exception d'équité.** Si l'équité le « *commande* » (terme qui traduit une volonté de restreindre le refus aux cas où l'attribution d'une prestation serait véritablement choquante), le juge peut écarter toute prestation dans un cas décrit à l'alinéa 3 de l'article 270¹⁰¹ : il s'agit de celui où le divorce est prononcé aux torts exclusifs d'un époux et où, en outre, les « *circonstances particulières de la rupture* » le justifient. Cette exception est d'application très rare¹⁰², mais le juge qui en est saisi doit y répondre¹⁰³.

En ce cas, peut-être subsistera la jurisprudence qui fondait sur l'idée d'**enrichissement sans cause** un droit à indemnité pour celui qui a contribué à l'enrichissement de l'autre, notamment par une collaboration professionnelle, et qui ne trouve pas dans une prestation compensatoire la contrepartie de ses sacrifices¹⁰⁴.

§ 2. RÉGIME PROCÉDURAL

374 **Moment de la demande et de la décision.** C'est tout naturellement lors de l'instance relative aux conséquences du divorce que la demande de prestation est formée. Cependant, il arrive que les opérations de liquidation réservent des surprises et qu'un époux qui n'avait pas demandé de prestation dans la conviction qu'il disposait de droits suffisants découvre alors que tel n'est pas le cas (tout particulièrement lorsque certains actes à son profit sont ensuite contestés, comme constitutifs de donations nulles ou révocables). Lui est-il possible de former alors une demande de prestation compensatoire postérieurement au prononcé du divorce ? Bien qu'aucun texte ne l'impose, la Cour de cassation, s'inspirant du principe de concentration, a décidé que « *la demande de prestation compensatoire n'est recevable que si elle a été formée au cours de la procédure de divorce* »¹⁰⁵.

■ 101. Ce texte vise formellement deux cas, mais le premier (« *en considération des critères prévus à l'article 271* ») ne constitue pas une exception d'équité : il s'agit du simple constat que la disparité nécessaire n'existe pas, de sorte qu'il n'y a pas lieu à prestation sans qu'il soit question d'une quelconque déchéance pour équité (les remaniements successifs du texte lors du processus législatif sont à l'origine de cette scorie).

■ 102. Pour un cas d'application à raison de violences : Toulouse, 2 décembre 2008, *JCP* 2009.IV.1524 – Et à raison d'un désintérêt envers les 4 enfants communs : Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-66186 ; *D.* 2010.2952, note MAUGER-VIELPEAU – À raison d'un abandon planifié : Colmar, 10 janvier 2017, *Dr fam.* 2017.76 – À raison de nombreux détournement et autres infractions pénales : Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2017, n° 16-25256.

■ 103. Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-16060 – Civ 1^{re}, 24 février 2016, n° 15-15424.

■ 104. Cass. 1^{re} civ., 5 avril 1993, *Bull. civ. I*, n° 139.

■ 105. Cass. 2^e civ., 28 janvier 1987, *Bull. civ. II*, n° 28 – Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 340 – Cass. 2^e civ., 18 septembre 1996, *Bull. civ. II*, n° 211 (demande formée avant l'acquiescement au

Elle a même posé en règle que le juge doit se prononcer par une même décision sur le divorce et sur le principe de l'octroi d'une prestation compensatoire¹⁰⁶.

La rigueur de cette solution est tempérée par quatre corollaires :

— d'abord, dans le cas où le défendeur s'est borné à s'opposer au divorce et n'a en conséquence pas demandé de prestation compensatoire, le juge qui se propose de prononcer le divorce a l'obligation de l'interpeller à ce sujet (CPC, art. 1076-1)¹⁰⁷ ;

— ensuite, la demande de prestation est recevable même si elle est présentée pour la première fois en cause d'appel, bien qu'elle constitue une demande nouvelle¹⁰⁸ ;

— en outre le juge qui n'est pas en mesure d'apprécier l'existence même d'une disparité et ordonne une expertise à cette fin doit surseoir à statuer sur le divorce même, car divorce et prestation doivent être décidés par une même décision¹⁰⁹ ;

— enfin, le juge qui constate une disparité mais estime ne pas disposer des éléments suffisants pour fixer la prestation définitive peut ordonner une expertise¹¹⁰ allouer une prestation provisionnelle qui sera à parfaire une fois les éléments connus¹¹¹.

375 Moment de l'exigibilité. Comme elle est une conséquence du divorce et ne se conçoit pas tant que les époux sont encore mariés, la prestation ne peut devenir exigible¹¹² qu'une fois le divorce lui-même devenu définitif, instant dont on a déjà vu qu'il est subtil à déterminer en cas d'exercice de voies de recours (*supra*, n° 340).

On en déduit qu'elle ne peut en principe être assortie de l'exécution provisoire, sauf pour équité et à partir seulement du jour où le jugement sera définitif sur le

jugement de divorce) – Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 193 – 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 315.

■ 106. Cass. 2^e civ., 4 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 67 ; *Defrénois* 1999.303, obs. MASSIP ; *RTD civ.* 1998.350, obs. HAUSER – Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 315 – 13 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 315 – 12 mai 2010, n° 09-11378 – 6 juillet 2011, n° 10-22850 – 23 novembre 2011, n° 10-20349. – 12 février 2014, n° 13-11249.

■ 107. On limite cependant – de façon contestable – cette obligation au cas où le défendeur a demandé une pension au titre de la contribution aux charges du mariage : Cass. 2^e civ., 18 décembre 1996, *Bull. civ. II*, n° 292 – Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 18 ; *Defrénois* 2008.1110, obs. MASSIP.

■ 108. Cass. 2^e civ., 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 182 – 22 octobre 1997, *Bull. civ. II*, n° 253 – 11 février 1998, *Bull. civ. II*, n° 47 – 31 mai 2000, *Bull. civ. II*, n° 92 – Et l'appel est même ouvert à cette seule fin à l'époux qui a obtenu satisfaction devant le tribunal, mais a découvert des éléments nouveaux : Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-19839.

■ 109. Cass. 1^{re} civ. ; 15 novembre 2017, n° 16-257 ou – Cass. 2^e civ., 4 mars 1998, n° 95-10729 – Cass. 2^e civ., 20 juin 2002, n° 00-21979 – Cass. 1^{re} civ. 30 sept. 2003, n° 01-17462 – Cass. 1^{re} civ. 14 déc. 2004, n° 03-18363 – Cass. 1^{re} civ. 23 juin 2010, n° 09-13812.

■ 110. Cass. 2^e civ., 29 janvier 1997, *JCP* 1997.II.22839 et la note.

■ 111. Cass. 2^e civ., 5 mai 1986, *D.* 1987, somm. 47 et la note – 16 juillet 1987, *Bull. civ. II*, n° 155 et 156 – 20 juin 1990, *Bull. civ. II*, n° 135 – 4 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 67 ; *RTD civ.* 1998.350, obs. HAUSER.

■ 112. Mais un versement anticipé peut être validé au titre d'une obligation naturelle (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2006, n° 04-13384).

prononcé du divorce (CPC, art. 1079). De même, elle ne peut être exigible en cas de pourvoi tant que le divorce lui-même peut être remis en cause¹¹³.

Et elle produit intérêts à partir de cette date¹¹⁴.

§ 3. FIXATION DE LA PRESTATION

A. MODE DE FIXATION

TEXTES

Code civil, art. 268 et 272, al. 1^{er} et Code de procédure civile, art. 1075-2

C. civil., art. 268. – Les époux peuvent, pendant l’instance, soumettre à l’homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce.

Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce.

[...]

Art. 272, al. 1. – Dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire, par le juge ou par les parties, ou à l’occasion d’une demande de révision, les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l’honneur l’exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie.

C. de procédure civile, art. 1075-2. – Les époux doivent, à la demande du juge, justifier de leurs charges et ressources, notamment par la production de déclarations de revenus, d’avis d’imposition et de bordereaux de situation fiscale.

Ils doivent également, à sa demande, produire les pièces justificatives relatives à leur patrimoine et leurs conditions de vie, en complément de la déclaration sur l’honneur permettant la fixation de la prestation compensatoire.

376 Fixation judiciaire ou conventionnelle. La prestation compensatoire peut être fixée par accord des époux non seulement dans le divorce par consentement mutuel, où elle participe de la convention générale, mais encore, depuis la loi de 2004¹¹⁵, dans le cadre des divorces contentieux : en effet, dans le mouvement général de pacification (*supra*, n° 350), cette loi a entendu encourager les époux à régler eux-mêmes le maximum des conséquences du divorce par des accords partiels, lesquels peuvent porter sur la prestation (art. 268). Mais hormis dans les divorces purement contractuels, le juge n’est toutefois pas tenu à l’écart : il faut son

■ 113. Cass. 2^e civ., 19 février et 25 novembre 1992, *Bull. civ. II*, n° 57 et 272 – 11 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n° 165 – Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 382.

■ 114. Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 316 ; *RTD civ.* 2005.110, obs. HAUSER – 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 192 – Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-14230, *Bull. civ. I*, n° 166.

■ 115. Dans le régime antérieur, un accord des époux ne pouvait être efficace que s’il intervenait une fois le divorce devenu définitif : Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 235 – Cass. 1^{re} civ., 8 février 2005, *Bull. civ. I*, n° 70.

homologation, qu'il ne donnera qu'après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux sont suffisamment préservés (art. 232 pour le divorce judiciaire par consentement mutuel et art. 268 pour les accords dans les autres formes de divorce).

À défaut de fixation conventionnelle, c'est au juge qu'il reviendra de fixer la prestation.

On estime généralement que les époux disposent, dans la fixation par accord amiable durant l'instance¹¹⁶, de pouvoirs plus étendus que le juge dans une fixation judiciaire : ils peuvent prévoir par exemple une prestation sous forme de rente en dehors des cas où le juge le pourrait, ou un échelonnement plus long du versement du capital, ou encore une indexation différente, des possibilités de révision plus souples, voire instaurer des conditions de versement ou de cessation qui leur paraissent adaptées mais que le juge ne pourrait imposer (comme des versements temporaires ou dépendant d'événements futurs incertains ou leur cessation à compter de tel événement : art. 278). Les dispositions de la convention donneront lieu, en cas d'incertitude, à interprétation¹¹⁷.

377 Formalité commune : la déclaration sur l'honneur. Pour permettre au juge d'exercer en connaissance de cause son pouvoir soit d'homologation soit de décision, une loi du 30 juin 2000 est venue imposer dans tous les cas aux époux de fournir une déclaration sur l'honneur indiquant leurs ressources et revenus, l'état de leur patrimoine et leurs « *conditions de vie* » (ce qui vise principalement un éventuel concubinage avec un tiers).

Si la fonction de cette déclaration sur l'honneur est claire, son régime juridique l'est beaucoup moins et la loi du 26 mai 2004, qui a repris purement et simplement le texte antérieur, n'a pas saisi l'occasion de le clarifier.

Sur le plan civil, la Cour de cassation a abandonné la rigueur simple qu'elle avait marquée dans un premier temps¹¹⁸ et n'assure plus que très mollement la sanction de cette exigence : elle n'est pas une condition de recevabilité de la demande de prestation¹¹⁹ et la décision n'a pas à en faire spécialement mention¹²⁰ ; la seule sanction réside donc dans l'ouverture ultérieure d'un recours en révision en cas de mensonge ou dissimulation dans cette déclaration¹²¹, voire peut-être d'une responsabilité au titre de l'article 1840 du Code civil¹²².

Sur le plan pénal, ce mensonge ou cette dissimulation pourraient constituer le délit d'escroquerie au jugement.

■ 116. Les accords anticipés n'étant pas valables : v. *supra* n° 351.

■ 117. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-12731, *Bull. civ. I*, n° 189 ; *RTD civ.* 2010.768, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* 2010.179, obs. V.L.T.

■ 118. En annulant les décisions rendues en l'absence de cette déclaration : Cass. 2^e civ., 28 mars et 14 novembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 58 et 254.

■ 119. Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 13 ; *RTD civ.* 2005.375, obs. HAUSER – 23 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 260 ; *Dr. fam.* 2006 n° 146, obs. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RJPF* 2006.10/36, obs. GARÉ – Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-12459.

■ 120. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2003, *Bull. civ. I*, n° 161 ; *Defrénois* 2003.1487, obs. MASSIP.

■ 121. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 141 – 21 février 2013, n° 12-14440 – 11 septembre 2013, n° 12-17730.

■ 122. Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, n° 09-11511.

378 Injonction de produire d'autres pièces. L'article 1075-2 du Code de procédure civile donne au juge le pouvoir, même dans un divorce par consentement mutuel, de faire injonction aux parties de produire toutes pièces justificatives relatives à leurs revenus et charges (documents fiscaux notamment) ainsi qu'à leur patrimoine et leurs conditions de vie.

Ici encore, aucune sanction particulière n'est précisée et il semble qu'en pratique ce pouvoir d'injonction soit exercé inégalement et parfois avec une certaine timidité.

B. ÉVALUATION

TEXTES

Code civil, art. 271 et 272, al. 2

Art. 271. – La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

À cet effet, le juge prend en considération notamment :

- la durée du mariage,
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- leur qualification et leur situation professionnelles ;
- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.

Art. 272, al. 2. – *[Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap.]* (abrogé par le Conseil constitutionnel, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC)

379 Date d'évaluation. Destinée à compenser la disparité pouvant résulter de la « rupture du mariage » (art. 270), la prestation doit, selon la jurisprudence, être évaluée « en tenant compte de la situation au moment du divorce » et de son « évolution dans un avenir prévisible » (art. 271), ce que la jurisprudence a interprété comme obligeant le juge à se placer au **jour de la dissolution** du mariage¹²³ : ni avant (par exemple au jour de la séparation¹²⁴ ou de la célébration du

■ 123. Sur la détermination duquel voir *supra*, n° 340.

■ 124. Cass. 2° civ., 4 février 1987, *Bull. civ.* II, n° 35 – Cass. 1° civ., 21 septembre 2005, n° 04-14830.

mariage¹²⁵), ni après (par exemple, il ne peut pas tenir compte de faits postérieurs survenus alors que le débat sur la prestation s'est prolongé en procédure¹²⁶).

En ce qu'elle oblige le juge qui statue sur la prestation après le divorce à feindre d'ignorer ce qui s'est passé depuis lors pour se replacer fictivement dans le passé et n'apprécier que des probabilités rétroactives (de remariage, de chômage, etc.), cette solution est peu réaliste¹²⁷ et mériterait d'être revue.

380 Paramètres d'évaluation. Ayant pour but de compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux, cette prestation compensatoire doit donner lieu à *une appréciation des besoins et des ressources des parties*. À cet égard, la loi a donné au juge une liste de points de repère en lui enjoignant de prendre en considération notamment certains éléments :

— **1°/ La durée du mariage** (addition de la loi du 30 juin 2000) ; les mariages actuels étant souvent précédés d'une période de vie commune, la prise en compte de cette période est interdite¹²⁸ ; en revanche, on peut déduire une période de séparation durant le mariage¹²⁹ ;

— **2°/ L'âge et l'état de santé des époux**, élément important au regard de leur devenir professionnel, et qui pourra même influencer sur la forme que prendra la prestation (en permettant à titre exceptionnel son allocation sous forme de rente : *infra*, n° 389) ;

— **3°/ Leur qualification et leur situation professionnelles** : à ce titre, toutes leurs ressources réelles (et non potentielles, sauf fraude¹³⁰) doivent être prises en compte, même des indemnités exceptionnelles comme de fonction¹³¹, de licenciement ou de retraite ou des allocations de chômage¹³² ;

— **4°/ Les conséquences des choix professionnels** faits par l'un des époux (souvent la femme) pour favoriser la vie familiale (éducation des enfants ou assistance à la profession de l'autre) : il s'agit d'une addition de la loi de 2004 destinée en pratique à tenir compte des sacrifices et difficultés de reclassement et de retraite

■ 125. V. condamnant les décisions refusant de compenser une disparité au prétexte qu'elle préexistait au mariage : Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-72248 – 18 mai 2011, n° 10-17445 – 10 octobre 2012, n° 11-10444 – 12 juin 2013, n° 12-12879 (*contra* : Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-16180).

■ 126. V. par exemple Cass. 2^e civ., 28 janvier et 4 février 1987, *D.* 1986.497, note BIANCO-BRUN – 25 mars 1985, *D.* 1986, *Inf. rap.* 110 pour l'interdiction de tenir compte du remariage d'un époux – 11 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 338 – 2 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 83 pour une « faillite » en cause d'appel, alors que le prononcé du divorce n'était pas remis en cause – 3 décembre 1997, *Bull. civ. II*, n° 296 – 10 octobre 2002, *Bull. civ. II*, n° 209 – Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 145 – 21 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 339 (pour une succession recueillie depuis le divorce).

■ 127. Cf. obs. *D.* 1986.IR.110.

■ 128. Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 155 permettait de la prendre en compte. – Mais la jurisprudence postérieure est revenue sur cette faculté : Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 112 – Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, n° 74-19613 ; *RTD civ.* 2008.660, obs. HAUSER – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009, n° 08-18147 ; *RTD civ.* 2009.706 ; *D.* 2010.1251, note SERRA – Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 08-12718, *Bull. civ. I*, n° 188. – Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2016, n° 14-29630.

■ 129. Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 111, *Deffrénois* 2008.1836, note MASSIP ; *Dr. fam.* 2008.83, obs V.L.T. – Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-12718, *Bull. civ. I* n° 188.

■ 130. Cass. 1^{re} civ. 15 avril 2015, n° 14-15721.

■ 131. Cass. 2^e civ., 14 janvier 1999, *Bull. civ. II*, n° 10 (indemnité d'élu).

■ 132. Cf. Cass. 2^e civ., 5 novembre 1986, *Bull. civ. II*, n° 159.

rencontrées par les « *mères au foyer* »¹³³ ; ces choix familiaux s'opposent aux « *choix de vie* » que peut avoir faits personnellement un époux et dont il n'a pas à faire supporter le poids économique à l'autre après le divorce, délimitation parfois bien délicate¹³⁴ ;

— 5°/ *Le patrimoine de chacun des époux*, tant en **capital** qu'en **revenu**, tel qu'il existe ou peut être prévu après la liquidation du régime matrimonial ; à ce titre le juge doit considérer à l'**actif** le patrimoine propre de chacun¹³⁵, qu'il doit évaluer¹³⁶, et doit intégrer tous les éléments même antérieurs au mariage¹³⁷, même en nue-propiété ou en indivision¹³⁸ et, même très personnels comme des indemnités perçues au titre d'une aide sociale¹³⁹, au titre d'un accident¹⁴⁰ ou d'une pension d'invalidité¹⁴¹. Une loi du 11 février 2005 relative aux handicapés avait introduit une exception pour les indemnités et allocations réparant un accident du travail ou compensant un handicap (art. 272 al. 2) mais le Conseil constitutionnel a déclaré cette exclusion discriminatoire¹⁴² ; corollairement le **passif** de chacun doit aussi être pris en compte¹⁴³ ; n'ont naturellement pas à être prises en compte des sommes perçues pour les enfants¹⁴⁴ ou au titre du devoir de secours durant l'instance¹⁴⁵ ou en tant que revenus ou dettes à partager¹⁴⁶ ;

— 6°/ *Leurs droits existants et prévisibles* : faisant un peu redondance avec le précédent, cet élément vise les produits à attendre de la liquidation du régime

■ 133. Cass. 1^{re} civ. 8 octobre 2014, n° 13-23044.

■ 134. Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 06-11364 *RJPF* 2007-6/21, obs. GARÉ ; *RTD civ.* 2007.553, obs. HAUSER.

■ 135. Cf. Cass. 2^e civ., 25 novembre 1999, *Bull. civ.* II, n° 175 – Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 293. Même les biens hérités : Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2014, n° 13-24436.

■ 136. Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2006, *Bull. civ.* I, n° 12 – 1^{er} juin 2011, n° 10-20232.

■ 137. Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2012, n° 11-10444 – 12 janvier 2011, n° 09-72-248 – 18 mai 2011, n° 10-17445 ; *RTD civ.* 2011.520, obs. HAUSER. – 5 mars 2014, n° 13-11715. – 2 avril 2014, n° 13-15440 – 16 septembre 2014, n° 13-24436.

■ 138. Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2012, n° 12-17394, 3^e moyen – 21 novembre 2012, n° 11-14777.

■ 139. Comme le RMI (Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-11053, *D.* 2012.2042, n° 2) ou une pension d'invalidité (Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2011, n° 10-15831 – 10 juillet 2013, n° 12-22399).

■ 140. Cass. 2^e civ., 23 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 220 – Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, *Bull. civ.* I, n° 383.

■ 141. Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2007, *Bull. civ.* I, n° 12-22399.

■ 142. Conseil constit., 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC.

■ 143. Charges dues pour l'éducation d'enfants, communs ou non (Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, *Bull. civ.* II, n° 93 Cass. 1^{re} civ. 2 avril 2014, n° 13-15727 – 15 avril 2015, n° 14-15166). ou rente due à un précédent conjoint (Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Bull. civ.* I, n° 69).

■ 144. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-70600 – 6 mars 2013, n° 12-16023 (pension pour les enfants) – Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-68491 et 09-12718 et 15 janvier 2012, n° 11-11000 – 10 octobre 2012, n° 11-25610 (prestations familiales). – Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2014, n° 13-26860 – 14 janvier 2015, n° 13-27319.

■ 145. Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n° 11-14187 – Cass. 1^{re} civ., 29 février 2012, n° 11-14872 – 10 octobre 2012, n° 11-25610 – 12 juin 2013, n° 12-17447 et n° 12-14458 – 10 juillet 2013, n° 12-18943 – 11 septembre 2013, n° 12-18569. – 15 juin 2017, n° 16-19333.

■ 146. Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n° 10-20018 (revenus de biens communs ou indivis). – Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-21007 (remboursement d'emprunts tombant dans le passif de la communauté).

matrimonial¹⁴⁷ ; on pensait généralement qu'il concernait aussi les *espérances successorales*, mais la Cour de cassation a décidé le contraire¹⁴⁸ ;

— 7^o/ Leur situation respective en matière de pensions de retraite¹⁴⁹.

Quelle est la portée de cette énumération ? Une chose est certaine : elle n'est pas limitative et le juge peut, selon les circonstances, avoir égard à d'autres éléments¹⁵⁰, à condition toutefois qu'ils concernent les parties personnellement : les allocations familiales ou les pensions alimentaires reçues pour les enfants ne peuvent être intégrées dans les ressources de celui qui les reçoit¹⁵¹.

En particulier, la Cour de cassation a imposé l'obligation de tenir compte de la *vie en concubinage avec un tiers* dans la mesure où elle emporte un allègement des charges¹⁵². Il faut toutefois intégrer la précarité de nature de ce concubinage et aussi le fait que seules les économies de vie en résultant doivent être considérées, mais non la fortune de ce concubin qui n'est ni débiteur ni créancier de la prestation.

381 **But de l'évaluation : finalité de la prestation.** S'étant muni de tous les éléments précités, comment le juge doit-il apprécier l'existence d'une disparité¹⁵³ et le montant de la prestation compensatoire ?

Il faut bien convenir que la loi est beaucoup moins précise à ce second stade, se bornant à fournir pour directive de « *compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective* » (art. 270, al. 2).

Mais qu'entendre par une disparité « créée » par le divorce ? On a parfois estimé qu'une disparité qui préexistait au mariage n'avait pas à être compensée¹⁵⁴ mais la jurisprudence dominante juge au contraire que toute disparité est à prendre en compte, même si elle existait avant le mariage car celui-ci l'avait fait disparaître

■ 147. Il est pourtant jugé de façon contestable qu'il n'y a pas à tenir compte du partage futur de la communauté, au prétexte qu'il se ferait en principe par moitié (cf. encore Cass. 2^e civ., 14 janvier 1998, *Bull. civ. II*, n° 12 – Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 293 ; *Dr. fam.* 2005 n° 8, obs. LARRIBAU-TERNEYRE) – 1^{re} juillet 2009, *Bull. civ. I*, n° 146. La rédaction actuelle condamne peut-être cette solution (V. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 09-13811, *RTD civ.* 2010.312 et 325 ; *D.* 2010.2400, note REVEL – mais voir encore Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2012, n° 11-10.558 – 11 septembre 2013, n° 12-21195) – 21 septembre 2016 n° 15-14986 – 22 mars 2017, n° 16-14332.

■ 148. Cass. 1^{re} civ., 21 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 339 ; *Defrénois* 2006.345, note crit. MASSIP ; *JCP* 2006.II.10199, note ZELCEVIC. – Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2013, n° 12-24391.

■ 149. Cassation en cas de non-prise en compte : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-70600.

■ 150. Cass. 2^e civ., 1^{er} avril 1987, *Bull. civ. II*, n° 77 – Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 117 (collaboration professionnelle apportée au conjoint) – 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 155 (vie commune avant le mariage).

■ 151. Cass. 2^e civ., 3 décembre 1997, *JCP* 1998.II.10077, note GARÉ ; *D.* 1998.441, note EVERAERT – 25 novembre 1999, *Bull. civ. II*, n° 178 – 10 mai 2001, *Bull. civ. II*, n° 93 ; *RTD civ.* 2001.571, obs. HAUSER – Cass. 1^{re} civ., 12 et 25 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 133 et 148 ; *RTD civ.* 2004.491, obs. HAUSER. – 6 octobre 2010, n° 09-12718.

■ 152. Cass. 2^e civ., 10 juillet 1991, *Bull. civ. II*, n° 216 – 16 octobre 1996, *Bull. civ. II*, n° 234 – 2 juillet 1997, *Bull. civ. II*, n° 211 – Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 203 ; *RTD civ.* 2006.545, obs. HAUSER – 6 mars 2007, n° 06-12176 – 11 février 2009, n° 08-12032 – 26 octobre 2011, n° 10-26003. – 8 mars 2017, n° 1613139 – 4 juillet 2018, n° 17-20281.

■ 153. Il n'a pas à exiger qu'elle soit « significative » : Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2013, n° 12-28605.

■ 154. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-16180.

dans un train de vie commun et c'est bien le divorce qui la fait reparaître¹⁵⁵. Mais n'est pas imputable au divorce une disparité qui existe depuis vingt ans entre les époux séparés de fait¹⁵⁶.

Et cette disparité, la « *compenser* » jusqu'où ? La loi ne le dit pas et la Cour de cassation ne fixe aucune directive, abandonnant aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier dans chaque cas le meilleur moyen d'assurer cette compensation.

Or c'est la finalité de la prestation compensatoire, et peut-être même sa philosophie, qui se trouve ici en jeu, tous les degrés étant concevables entre les deux extrêmes que seraient d'un côté de concevoir la prestation comme un moyen d'égaliser les patrimoines au sortir du mariage, de l'autre de la réduire à un simple remède à la situation de besoin du bénéficiaire.

Il existe un consensus pour rejeter ces deux extrêmes : de nombreuses décisions des juges du fond repoussent expressément l'idée que la prestation ait pour finalité d'égaliser les patrimoines ou les niveaux de vie des anciens époux (et puisse ainsi remplacer un régime de communauté universelle)¹⁵⁷ ni même de corriger un régime de séparation de biens¹⁵⁸ ; et nul ne soutient qu'elle doive se cantonner, comme l'ancienne pension alimentaire d'avant 1975, à assister une partie nécessiteuse.

Mais entre les deux, l'étendue de la « *compensation* » est très variable et laisse inévitablement une large place à l'appréciation subjective¹⁵⁹.

§ 4. MODALITÉS DE LA PRESTATION

382

Capital ou rente : évolution. Le système conçu par la loi de 1975 était simple : la prestation devait en principe prendre la forme d'un capital en nature (usufruit de certains biens ou valeurs) ou en argent (susceptible d'être alors constitué en trois annuités) ; si ce versement s'avérait impossible, la prestation pouvait prendre la forme d'une rente, temporaire ou viagère, par principe forfaitaire et ne pouvant être révisée qu'en cas d'exceptionnelle gravité.

Trois facteurs conjugués avaient cependant transformé ce système simple en une pratique complexe et inique :

— **le régime fiscal** applicable dénaturait les intentions législatives, en favorisant le plus souvent la rente (déductible des revenus du débiteur) au détriment du versement d'un capital (le plus souvent assimilé à une donation !)¹⁶⁰ ;

■ 155. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 10-17445 – 2 avril 2014, n° 13-15440 – 8 juillet 2015, n° 14-20480 – 19 octobre 2016, n° 15-25878 – 15 avril 2015, n° 14-15721.

■ 156. Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2014, n° 13-20695.

■ 157. Cf. Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n° 12-29205.

■ 158. Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 2013, n° 13-10170 – 15 janvier 2014, n° 13-10337 – 8 juillet 2015, n° 14-20480.

■ 159. Pour un intéressant panorama de décisions de refus de prestation, voir KESSLER, *Dr. fam.* 2015, chr. 1

■ 160. CGI, art. 757-A. – V. Com. 6 décembre 1984, *D.* 1986.68, note ROUX ; *JCP* 1985.II.20437, note C. DAVID. – 8 juillet 1986, *D.* 1987.183, note J.M. – 10 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 178. – Voir aussi la très complète note GAUMONT-PRAT, *D.* 1994.349.

— **la pratique judiciaire**, qu'il faut imputer en grande partie à ce régime fiscal incitant les parties à convenir d'une rente ou à la demander de préférence à un capital, avait effacé la hiérarchie voulue par la loi, sans rencontrer de réaction de la Cour de cassation¹⁶¹ ;

— **la sévérité** de la jurisprudence pour admettre une révision ultérieure de ces rentes fixées dans des conditions parfois légères ou incertaines, sévérité aboutissant à maintenir en vigueur des années plus tard des rentes arbitrées en fonction d'un contexte ensuite bouleversé.

Sous la pression médiatique émue par certains cas extrêmes, une réaction législative énergique est intervenue pour rétablir la hiérarchie voulue par la loi, d'abord par une loi du 30 juin 2000, puis par son prolongement lors de la réforme du 26 mai 2004, en vue non seulement d'imposer concrètement la primauté du capital sur la rente, mais encore de remédier aux excès des rentes antérieurement allouées. Sans doute parce qu'elle s'est accompagnée d'une égalisation du traitement fiscal, cette réaction s'est avérée efficace et le régime mis en place, qui repose sur des mécanismes minutieux, semble réaliser un équilibre raréfiant le contentieux.

L'architecture de ce régime est composée d'un principe et de deux dérogations :

— le principe est celui du versement immédiat d'un capital, en argent ou en nature ;

— les deux dérogations sont prévues, l'une dans l'intérêt du débiteur (échelonnement du capital), l'autre dans l'intérêt du créancier (rente viagère).

A. PRINCIPE : CAPITAL IMMÉDIAT

TEXTES

Code civil, art. 274 et Code de procédure civile, art. 1080

Code civil, art. 274. – Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes :

1° Versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l'article 277 ;

2° Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation.

Code de procédure civile, art. 1080. – Lorsque des biens ou des droits sont attribués à titre de prestation compensatoire en application du 2° de l'article 274 du Code civil, la convention homologuée ou la décision qui prononce le divorce précise leur valeur.

383 Deux modes exclusifs. Des trois modalités prévues par la loi de 1975 (versement d'une somme d'argent, abandon de biens et dépôt de valeurs frugifères), n'ont

■ 161. Celle-ci ayant considéré qu'en allouant une rente, les juges du fond ont implicitement constaté l'impossibilité d'accorder un capital, ce qui a fait disparaître la priorité de celui-ci (Cass. 2^e civ., 27 novembre 1980, *D.* 1981, *Inf. rap.* p. 271 et la note. – 24 février 1993, *D.* 1994.349, note GAUMONT-PRAT).

été conservées que les deux premières, la troisième n'ayant connu aucune application en pratique.

Ces modes sont les seuls que le juge peut décider : toute autre modalité est subordonnée à l'accord des époux, soit dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, soit dans celui d'un divorce contentieux¹⁶².

384 Capital monétaire. La forme de loin la plus usitée est celle de la fixation d'un capital sous forme d'une somme d'argent.

En principe ce capital est immédiatement exigible et le juge ne peut pas en reporter l'exigibilité au jour de la liquidation du régime matrimonial, événement dont la date est incertaine¹⁶³. Mais il peut panacher un versement immédiat avec un versement échelonné dans les conditions de l'article 275 (art. 275-1).

Cette exigibilité immédiate emporte que le capital fixé produit aussitôt des intérêts au taux légal¹⁶⁴.

Le juge peut en outre imposer au débiteur de fournir des **garanties** de paiement (art. 277) et subordonner le prononcé du divorce¹⁶⁵ à cette fourniture¹⁶⁶.

385 Attribution de biens ou droits. Si la loi de 1975 ne prévoyait que l'attribution de biens en usufruit, celle du 30 juin 2000 est venue permettre au juge d'imposer, par la technique du contrat forcé, l'attribution ou la cession de tous biens en usufruit ou même en pleine propriété à titre de prestation, même s'il s'agit de biens personnels au débiteur. En ce cas toutefois, son accord est requis s'il s'agit de biens qu'il a reçus par succession ou donation (biens familiaux).

Pour décider d'une telle attribution en nature, le juge doit toutefois procéder au préalable à l'évaluation monétaire des biens ou droits attribués¹⁶⁷.

Cette forme d'expropriation, qui est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme si elle n'est pas indispensable¹⁶⁸, doit cependant n'être que subsidiaire, si toute autre modalité est impossible, selon le Conseil constitutionnel¹⁶⁹.

■ 162. Cass. 2^e civ., 25 mai 1993, *Bull. civ. II*, n° 182 – Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 190 (pour des attributions temporaires en jouissance, à l'époque non prévues) – Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010, n° 09-13872 (pour la mise de crédits à la charge du débiteur).

■ 163. Cass. 2^e civ., 16 avril 1996, *Bull. civ. II*, n° 92 ; *Defrénois* 1997.712, obs. MASSIP. – 29 avril 1998, *Dr. fam.* 1999, n° 15, obs. LECUYER.

■ 164. Cass. 1^{re} civ., 7 février 2018, n° 17-14184 – Même si son paiement a été reporté (à tort) à la liquidation de la communauté : Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010, n° 09-69312.

■ 165. Et non pas seulement sa transcription : Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n° 07-10937.

■ 166. Mais non au versement effectif du capital : Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 278.

■ 167. Art. 1080 du CPC. – Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 145 ; *RTD civ.* 2005.373, obs. HAUSER – 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 191 – 28 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 280 – 14 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 477 – Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2015, n° 14-11575.

■ 168. CEDH 10 juillet 2014, n° 4944/n, Milhaur c/France – *Contra* auparavant Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 78.

■ 169. Cons. const., 13 juillet 2011, n° 2011-151 QPC, *RTD civ.* 2011.565, obs. REVET. – Le juge doit donc constater que les autres modalités seraient insuffisantes : Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-15760 – 5 novembre 2014, n° 13-22740 – 15 avril 2015, n° 14-11575, *RTD civ.* 2015.594 – 8 mars 2017, n° 16-13139 – 4 juillet 2018, n° 17-22645.

B. EXCEPTION EN FAVEUR DU DÉBITEUR : CAPITAL ÉCHELONNÉ

TEXTES

Code civil, art. 275 et 275-1

Art. 275. – Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires.

Le débiteur peut demander la révision de ces modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. À titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans.

Le débiteur peut se libérer à tout moment du solde du capital indexé.

Après la liquidation du régime matrimonial, le créancier de la prestation compensatoire peut saisir le juge d'une demande en paiement du solde du capital.

Art. 275-1. – Les modalités de versement prévues au premier alinéa de l'article 275 ne sont pas exclusives du versement d'une partie du capital dans les formes prévues par l'article 274.

386 Échelonnement sur huit ans au plus. Pour tenir compte du manque de disponibilités du débiteur, la loi de 1975 permettait soit un versement en trois annuités, soit de retomber dans le système de la rente périodique. La loi du 30 mai 2000 a évincé le subsidiaire de la rente (réservée aux seuls intérêts du créancier : cf. *infra*, n° 389), mais a porté à huit ans l'échelonnement possible du capital (ce qui n'a pas le même effet qu'une rente, notamment en cas de décès du créancier, le solde du capital restant dû à sa succession).

Le juge peut fixer une période moins longue, ou des échéances inégales, mais doit préciser cet échéancier¹⁷⁰. Mais il ne peut différer le point de départ¹⁷¹, même jusqu'à la liquidation du régime matrimonial¹⁷², et il doit obligatoirement indexer les échéances futures (art. 275)¹⁷³.

Les garanties de l'article 277 sont alors opportunes (mais peu pratiquées).

387 Révision ultérieure. En cas de changement « *important* » dans sa situation (mais non dans celle du créancier), le débiteur peut demander au juge de réviser ces modalités, par exemple en allongeant la durée initialement prévue¹⁷⁴. Toutefois, le maximum de huit ans ne pourra être dépassé qu'« *à titre exceptionnel* » et par une décision spéciale et motivée. Et, en dehors de cette voie, aucun délai de grâce ne peut être

■ 170. Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, n° 07-14142.

■ 171. Cass. 2^e civ., 18 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 90 – Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2005, *RTD civ.* 2005.765, obs. HAUSER – 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 308, *Dr. fam.* 2005 n° 214, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 172. Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 2016, n° 15-27900.

■ 173. L'omission de cette indexation relève de l'omission de statuer : Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 09-12692.

■ 174. Cette révision ne peut porter que sur les modalités, et non ajouter des obligations supplémentaires comme une assurance : Cass. 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-25753, *Bull. civ. I*, n° 166.

octroyé, l'article 1244-1 du Code civil étant inapplicable en raison du caractère au moins partiellement alimentaire reconnu à la prestation compensatoire¹⁷⁵.

388 Libération anticipée. À l'inverse, le solde du capital peut être libéré de façon anticipée dans trois cas :

— à tout moment sur demande du débiteur lui-même (qui souhaite mettre fin au jeu de l'indexation), et sans qu'il ait aucun motif à fournir ;

— à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial sur demande du créancier qui établit que cette liquidation a fourni au débiteur le moyen de se libérer du solde ;

— en cas de décès du débiteur, le solde étant alors prélevé sur sa succession et devenant immédiatement exigible (art. 280), sauf accord unanime des héritiers pour maintenir l'échéancier initial mais en s'y obligeant sur leurs biens personnels (art. 280-1).

C. EXCEPTION EN FAVEUR DU CRÉANCIER : RENTE VIAGÈRE

TEXTES

Code civil, art. 276 à 276-4

Art. 276. – À titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 271.

Le montant de la rente peut être minoré, lorsque les circonstances l'imposent, par l'attribution d'une fraction en capital parmi les formes prévues à l'article 274.

Art. 276-1. – La rente est indexée ; l'indice est déterminé comme en matière de pension alimentaire.

Le montant de la rente avant indexation est fixé de façon uniforme pour toute sa durée ou peut varier par périodes successives suivant l'évolution probable des ressources et des besoins.

(...)

Art. 276-3. – La prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties.

La révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge.

Art. 276-4. – Le débiteur d'une prestation compensatoire sous forme de rente peut, à tout moment, saisir le juge d'une demande de substitution d'un capital à tout ou partie de la rente. La substitution s'effectue selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

Le créancier de la prestation compensatoire peut former la même demande s'il établit qu'une modification de la situation du débiteur

■ 175. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-16096 – 7 décembre 2011, n°s 10-16857 et 16858.

permet cette substitution, notamment lors de la liquidation du régime matrimonial.

Les modalités d'exécution prévues aux articles 274, 275 et 275-1 sont applicables. Le refus du juge de substituer un capital à tout ou partie de la rente doit être spécialement motivé.

389 Cas exceptionnel lié à la situation du créancier. La loi du 30 juin 2000 a non seulement rendu exceptionnelle l'allocation d'une prestation sous forme de rente, mais en a encore radicalement transformé l'esprit : ce n'est plus jamais par commodité pour le débiteur qu'elle peut être décidée (pour lui existe l'échelonnement du capital), mais exclusivement dans l'intérêt du créancier qui seul peut donc le demander¹⁷⁶ si son âge et son état de santé ne lui permettent pas de subvenir à ses besoins (art. 276). L'idée est que, pour une personne qui ne peut espérer pour ces raisons trouver une autonomie financière, l'allocation en une seule fois d'un capital même important peut se révéler un cadeau empoisonné (les placements financiers sont délicats et exposent les plus fragiles à toutes sortes de risques) : le service d'une rente viagère peut alors être plus approprié.

Mais cette formule présentant toutefois toujours les inconvénients dénoncés en 2000 pour le débiteur, elle doit même en ce cas rester exceptionnelle : il y faut une décision spéciale et motivée (art. 276)¹⁷⁷. Sa raison d'être exclut qu'elle puisse être seulement temporaire¹⁷⁸. Et elle peut être mixée avec un capital (attribution d'un bien notamment), ce qui permettra de limiter d'autant la rente (art. 276 *in fine*).

La rente peut être fixée de façon uniforme ou variable par périodes suivant l'évolution probable des ressources et besoins (art. 276-1) ce qui permet en particulier d'envisager les conséquences de la retraite du débiteur.

Elle est en tout état de cause indexée¹⁷⁹ comme les pensions alimentaires (art. 276-1) et suit d'une manière générale le même régime¹⁸⁰.

390 Révision de la rente. En même temps qu'elle la rendait exceptionnelle, la loi du 30 juin 2000 a rendu la rente viagère susceptible de révision¹⁸¹ selon un régime maintenu en 2004 : la rente peut être révisée, suspendue (temporairement) ou

■ 176. Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 12-17492.

■ 177. Sous le contrôle sévère de la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 23 septembre 2015, n° 14-18949 – 22 février 2017, n° 16-11601 – 1^{er} juin 2017, n° 15-22229 – À l'inverse, son refus est discrétionnaire : Cass. 1^{re} civ., 10 février 2016, n° 15-13077.

■ 178. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2015, n° 13-27439

■ 179. Ne pas réclamer l'indexation ne signifie pas y renoncer : Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-17952.

■ 180. Sur beaucoup de ponts, la rente compensatoire est soumise au même régime qu'une pension : même **régime fiscal**, même **sanctions pénales** en cas de non versement (C. pén., art. 227-3), mêmes procédures de **recouvrement forcé** (v. *infra*, n° 739 et s.), même **insaisissabilité** (Cass. 2^e civ., 27 juin 1985, *D.* 1986 p. 112 et la note ; *D.* 1986.230, note C. PHILIPPE – 10 mars 2005, *Bull. civ. II*, n° 66), à condition toutefois de rester individualisée et non fondue dans un compte bancaire (Cass. 2^e civ., 5 septembre 2015, n° 14-22173) et même **incompensabilité** (Cass. 2^e civ., 9 juillet et 2 octobre 1997, *Bull. civ. II*, n° 220 et 239 ; *JCP* 1998.II.10033, note PATAUD ; *D.* 1998.544, note critique YAMBA) et même dispense de déclaration dans une **procédure collective** (Com., 8 octobre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 151). Mais non assimilation du point de vue des accidents du travail (Soc., 25 novembre 1993, *Bull. civ. V*, n° 289) ni du point de vue de sa charge en régime de communauté (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 175).

■ 181. Il ne faut pas confondre cette révision de la rente, due à des circonstances postérieures, avec le « recours en révision » du jugement, ouvert en cas de fraude antérieure : Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2010, n° 09-14712.

supprimée (définitivement) s'il survient un « *changement important* » dans la situation soit du créancier (qui s'améliore), soit du débiteur (qui se dégrade).

La condition de « *changement important* » donne lieu à une jurisprudence variée dont la tonalité générale est relativement stricte. S'il n'est pas nécessaire que ce changement ait été imprévisible¹⁸², ni que le débiteur établisse en être la victime involontaire¹⁸³, du moins faut-il qu'il n'ait pas été connu ou prévu lors de la fixation initiale¹⁸⁴. Les exemples les plus fréquents sont un remariage¹⁸⁵, un concubinage¹⁸⁶, une perte d'emploi ou une retraite anticipée¹⁸⁷, voire un héritage du créancier.

Les rentes fixées avant la loi du 30 juin 2000 peuvent en outre être révisées, même sans changement important, si l'évolution du temps les a rendues iniques compte tenu entre autres total déjà versé (art. 33-VI de la loi du 26 mai 2004)¹⁸⁸.

Lorsque la révision est admise, elle prend effet au jour où elle a été demandée¹⁸⁹. Mais elle ne peut en aucun cas aboutir à une augmentation de la rente : sous le lobbying des débiteurs, la loi n'a permis que la révision à la baisse.

391 Révision des prestations convenues. Lorsque la prestation a été fixée par un accord entre les époux (ce qui vise non seulement le cas du divorce par consentement mutuel mais aussi, dans les autres formes, les accords homologués en vertu de l'article 268 : art. 279-1), sa révision peut intervenir non seulement dans le cas légal de l'article 276-3, mais aussi selon les prévisions que les parties ont pu stipuler (art. 279).

392 Conversion de la rente en capital. Bien que, par hypothèse, l'allocation d'une rente réponde à l'intérêt du créancier, la loi admet que celui-ci puisse non seulement demander sa conversion en capital (art. 276-4, al. 2) mais encore la subir dans deux cas :

— soit par suite du décès du débiteur : afin que la charge de cette rente ne passe pas aux héritiers, l'article 280 prévoit que la rente est convertie en un capital qui est aussitôt prélevé sur la succession, seul un accord des héritiers pouvant empêcher cette conversion¹⁹⁰ ;

■ 182. Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 147 – 25 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 198.

■ 183. Cass. 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-20410.

■ 184. Cf. par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 240 – 28 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 286 – 17 mars 2010, n° 09-11676 – 8 février 2010, n° 09-15411.

■ 185. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, *Dr. fam.* 2005 n° 184, obs. LARRIBAU-TERNEYRE – Pour le cas atypique du remariage entre les époux, suivi d'un nouveau divorce : Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2007, *Bull. civ. I*, n° 321, jugeant curieusement et injustement que le remariage a emporté « *caducité* » définitive de la rente.

■ 186. Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *RTD civ.* 2006.545, obs. HAUSER. Pour un PACS : Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2016, n° 15-19892, *Dr. fam.* 2016.169, note BINET.

■ 187. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2007, *Bull. civ. I*, n° 242 ; *RTD civ.* 2007.759, obs. Hauser.

■ 188. Cf. Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 284 ; *Dr. famille* 2007, n° 206, note LARRIBAU-TERNEYRE – Bordeaux, 31 janvier 2006, *Dr. famille* 2006, n° 92. – Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2010, n° 08-17763. – Et ce même si elles avaient été fixées par transaction ; Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2013, n° 11-24632.

■ 189. Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 194 et 195 – 19 juin 2007, *Bull. civ. I*, n° 243.

■ 190. Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2015, n° 14-20383.

— soit sur demande du débiteur qui souhaite s'en libérer : l'article 276-4, alinéa 1^{er}, permet au juge de convertir la rente en capital, sauf refus qui doit être spécialement motivé¹⁹¹.

La conversion s'effectue selon un barème fixé par décret selon l'âge du créancier au jour de la conversion (décret n° 2004-1157 du 29 octobre 2004).

Si le créancier demande à la fois la révision et la conversion, le juge doit d'abord réviser, puis convertir le nouveau montant selon le barème¹⁹².

§ 5. PAIEMENT DE LA PRESTATION

393

Exigibilité. La prestation ne peut pas être exigible tant que le divorce n'est pas définitif, date qui n'est pas toujours aisée à déterminer en cas d'exercice de voies de recours (*supra* n° 340). Il faut prendre garde qu'un paiement anticipé constituerait un acquiescement au divorce valant renonciation aux voies de recours (*supra* n° 340).

Dès que le divorce est définitif, la prestation est exigible et porte intérêts, même sans sommation de la payer¹⁹³, cette sommation ayant cependant pour effet de faire courir la majoration des intérêts de l'article L. 313-3 du Code monétaire et financiers.

394

Garanties de paiements. L'article 277 du Code civil permet au juge d'imposer au débiteur de la prestation l'obligation de fournir des sûretés (gage, cautionnement ou assurance), ce qui n'est quasiment jamais pratiqué. Il peut même différer le prononcé du divorce jusqu'à cette fourniture (art. 274)¹⁹⁴.

Dans la pratique, la meilleure garantie réside dans les opérations de liquidation du régime matrimonial, à condition que le patrimoine à liquider soit suffisant pour répondre de la prestation.

395

Sanctions. Le défaut de paiement de la prestation expose, compte tenu du caractère au moins partiellement alimentaire qui lui est reconnu, à des sanctions non seulement civiles (intérêts de retard, voies d'exécution renforcées : v. *infra* n° 739 et s.), mais également pénales, au titre du délit d'abandon de famille (C. pénal, art. 227-3) qui est jugé applicable même lorsque la prestation est en capital, dès lors que le défaut de versement perdure pendant deux mois¹⁹⁵.

■ 191. Sur l'exigence de cette motivation spéciale, v. Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2013, n° 12-13239, *Bull. civ. I*, n° 149.

■ 192. Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009, n° 08-18430.

■ 193. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010, n° 09-69312 – Cass. 1^{re} civ., 7 février 2018, n° 17-14184.

■ 194. Ce qui n'est pas contraire à la Constitution : Cons. Constit. 29 juillet 2016, n° 2016-557 QPC, *RTD civ.* 2016.826, obs. HAUSER.

■ 195. Crim. 16 novembre 2016, n° 15-84727, *RDC* 2017. 490, obs. MALABAT.

Sous-partie 2

LA QUASI-ALLIANCE

396 Du non-droit à une alternative au mariage. Condamnée sous les époques de droit religieux ou ignorée par la loi civile, l'union hors mariage a pourtant existé de tout temps, soit par choix des intéressés, soit par la force des choses (état civil incertain, discrimination religieuse comme les réformés au XVIII^e siècle, existence d'un mariage non dissous ou d'autres empêchements, voire usages sociaux dans certains milieux défavorisés). Ici comme en d'autres endroits du droit de la famille (*supra*, n° 16), la « révolution du XXI^e siècle », issue de l'évolution sociologique et de l'épanouissement des droits de l'homme, a conduit en 1999 non seulement à l'aboutissement du mouvement de reconnaissance des unions libres, mais encore à la création d'un modèle juridique, alternative au mariage, le PACS. Ces formes d'union sont aujourd'hui pleinement intégrées au droit de la famille, au point qu'elles relèvent du même juge aux affaires familiales depuis la loi du 12 mai 2009¹.

Au mariage, ces formes d'union empruntent, à des degrés divers, beaucoup d'effets dans les rapports quotidiens au sein du cercle étroit du foyer. Elles s'en séparent en revanche quant à leur irradiation : dans l'espace, en ce qu'elles ne touchent pas les familles des intéressés et ne créent donc pas une véritable « alliance » à l'instar du mariage ; dans le temps, en ce qu'elles ne s'inscrivent pas dans la durée et ne produisent à ce titre pas d'effets d'ordre successoral.

■ 1. V. LABBÉE, *La judiciarisation du PACS et du concubinage*, D. 2009.2053.

TEXTES

Code civil, art. 515-1

Art. 515-1. – 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.

397 **Genèse de l'institution.** C'est à un véritable débat de société, médiatisé et politisé à l'extrême, qu'a donné lieu en 1999 le vote de la loi sur le PACS, à peu près comparable à ceux qui s'étaient déroulés au sujet de l'instauration du divorce en France à la fin du XIX^e siècle et, plus récemment, en Italie ou en Espagne : c'est qu'en ces matières, tout citoyen se sent concerné dans ses convictions profondes, beaucoup plus d'ordre moral ou religieux que d'ordre juridique.

Seule la conjonction de deux poussées sociales, pourtant disparates, a permis l'aboutissement d'un projet qui, chose remarquable, ne résultait pas d'une initiative gouvernementale mais de plusieurs propositions de lois émanant de parlementaires, même si le Gouvernement y a ensuite contribué.

La première poussée sociale est celle tendant à mettre fin à l'exclusion juridique des couples homosexuels, auxquels la Cour de cassation avait refusé par deux fois d'appliquer les dispositions bénéficiant aux concubins (*infra*, n° 459). Comme il ne pouvait être question, en l'état sociologique, de leur ouvrir le mariage, l'instauration d'un cadre juridique parallèle était d'autant plus fortement réclamée que la position jurisprudentielle consacrait une exclusion sociale et juridique contrastant avec un mouvement d'organisation dans nombre de droits voisins : Danemark en 1989, Norvège en 1993, Suède en 1994, Islande en 1996, Pays-Bas, Catalogne et Belgique en 1998.

Mais il n'est pas certain que la force des résistances eût été surmontée si ce mouvement n'avait reçu l'appui d'un autre, mû par un souci concernant les couples hétérosexuels.

La seconde poussée sociale est en effet celle des couples hétérosexuels ne refusant pas le mariage par principe idéologique mais en étant détournés par l'archaïsme de notre droit du mariage et du divorce : nombreux sont, dans les jeunes générations, ceux qui souhaitent s'unir librement, sans subir le joug d'un droit du mariage trop étatique et surtout sans s'exposer aux avanies d'un droit du divorce dont ils ont vu les ravages sur leurs parents, tant il est encore imprégné d'une logique d'indissolubilité du mariage imposant la nécessité d'une « cause » et l'asservissement à une procédure complexe et destructrice.

En proposant un cadre commun susceptible d'accueillir à la fois les couples homosexuels et les couples hétérosexuels rebutés par la rigueur du mariage, les diverses propositions qui se sont succédé (contrat d'union civile, pacte d'intérêt commun et enfin, pacte civil de solidarité) ont suivi une stratégie classique en matière militaire ou diplomatique : réunir les forces de deux mouvements étrangers l'un à l'autre n'ayant en commun qu'un combat contre la résistance des « conceptions traditionnelles ».

398 Sources. Promulguée le 15 novembre 1999 puis substantiellement modifiée par la loi du 23 juin 2006 et de manière hautement symbolique par celle du 18 novembre 2016, la loi sur le PACS se compose de deux volets principaux : un premier volet introduisant dans le Code civil (dans le Livre consacré aux personnes et non dans celui réservé aux contrats) un titre nouveau dévolu au PACS et au concubinage et organisant la condition civile des partenaires ; un second volet organisant leur « condition sociale » faisant produire au PACS des effets à l'égard du droit fiscal, du droit du travail, du droit de la Sécurité sociale, du droit de la fonction publique et du droit du bail¹.

Mais cette loi n'est pas la seule source du nouveau droit. Non seulement elle est prolongée classiquement par des décrets d'application (initialement du 21 décembre 1999, aujourd'hui du 23 décembre 2006 remanié le 6 mai 2017), mais encore et surtout, ayant fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, elle s'est trouvée complétée – certains disent éclairée², d'autres réécrite³ – par la décision exceptionnelle à bien des égards rendue le 9 novembre 1999 par cette Haute juridiction³. Celle-ci n'a en effet admis la constitutionnalité de la loi que sous le bénéfice d'un nombre inédit de « réserves d'interprétation » qui, d'après l'article 62 de la Constitution, s'imposent à toutes les autorités et notamment aux tribunaux dans l'application de la loi ; on a pu dire que « la loi sur le PACS ne peut aujourd'hui être comprise et réellement appliquée que la décision du Conseil constitutionnel à portée de main »⁴ encore que la complexité de cette source de complément fasse douter de sa portée dans le quotidien des praticiens et tribunaux⁵.

399 Vertus et vices de la loi. Quelle que soit la profondeur des passions soulevées par le débat préalable, elles sont aujourd'hui dépassées : la loi est là, le débat est

■ 1. Pour une étude d'ensemble de la loi initiale, voir GRIMALDI, *Réflexions sur le PACS*, Defrénois 2003.813.

■ 2. MOLFESSIS, « La réécriture du PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000.I.210.

■ 3. N° 99-419 DC.

■ 4. G. DRAGO, *La Constitution en « réserves »*, *Dr. fam.*, Hors série, décembre 1999, p. 46 et s.

■ 5. MOLFESSIS, préc. n° 17 et s.

clos et ce d'autant plus qu'elle a connu en pratique un succès considérable. Ce n'est plus une appréciation d'opportunité législative qu'il s'agit de porter, mais un regard *a posteriori* sur son entrée concrète dans le paysage juridique. De ce point de vue, la loi présente deux grands traits contrastés.

Sa vertu cardinale est d'œuvrer dans un sens de **tolérance**, c'est-à-dire de civilisation. Que des citoyens ne se conformant pas aux choix de la majorité de leurs semblables et ne suivant pas « *leur droit chemin* », y compris en matière sexuelle, demeurent néanmoins des citoyens à part entière, reconnus et acceptés par le corps social, et qu'ils cessent d'être victimes d'une ignorance-exclusion, c'est la marque indéniable d'un progrès de la lutte contre les intolérances faciles s'exprimant contre des minorités. Ne servirait-elle qu'à affaiblir l'ostracisme contre les homosexuels par la reconnaissance qu'elle leur donne que la loi sur le PACS serait une « *grande* » loi – même si certains déploreront qu'elle marque le véritable reflux de la vague judéo-chrétienne à l'origine de cet ostracisme (que l'Antiquité, d'Alexandre à Hadrien, ne pratiquait pas). Comme l'écrit un auteur, « *donner des droits à ceux qui vivent et partagent une vie, en relevant les défis de leur propre existence, ce n'est pas une marque de décadence mais de justice* »⁶.

Son défaut initial ne se situait pas sur le même plan : il concernait la technique législative dont chacun s'accordait – parfois avec des mots trop durs⁷ – à reconnaître les nombreuses insuffisances, lacunes et maladroites. Mais, une fois venu le succès et en conséquence l'apaisement des passions, ces défauts ont aisément pu être corrigés par une importante modification de la loi de 1999 intervenue en 2006.

400 Succès et évolution. La nouvelle institution a rapidement connu un vif succès : le chiffre de 100 000 PACS annuels a été franchi en 2007 et celui de 150 000 presque atteint dès l'année suivante. Il a continué de progresser (188 000 en 2015, 191 000 en 2016), au point qu'on a pu parler d'« engouement »⁸. Et il est tout à fait remarquable que moins de 10 % sont des PACS homosexuels et plus de 90 % hétérosexuels. Il semble que ce succès auprès de ceux à qui le mariage est également ouvert tienne pour une large part à la souplesse de la rupture comparée à la lourdeur du divorce judiciaire.

Le PACS s'étant ainsi parfaitement acclimaté sociologiquement, il a été possible au législateur de remédier aux imperfections techniques de la loi de 1999, ce qu'il a fait à l'occasion de la loi du 23 juin 2006 (dont l'objet principal était la réforme du droit successoral).

Cette réforme de 2006 a laissé presque intact le volet d'origine en ce qui concerne la fin du PACS, mais a profondément retouché ceux relatifs à sa formation et à ses effets. Le sens général était incontestablement celui d'un rapprochement vers le mariage, sur trois points : par son inscription à l'état civil, par

■ 6. BEIGNER, *Dr. fam.*, Hors série, décembre 1999, p. 31.

■ 7. V. les articles de BEIGNER, MALAURIE et TERRÉ, *Dr. fam.* ; Hors série préc.

■ 8. BEGHIN, *JCP* 2011, n° 1.

l'instauration d'une obligation de vie commune, par l'organisation d'un régime des biens analogues à un régime matrimonial⁹.

À quoi s'est ajoutée progressivement une assimilation fiscale au mariage, devenue quasiment totale en 2008 (sur le plan de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur la fortune et des droits de donation et succession). En 2009, sur de nouvelles suggestions de rapprochement formulées par le médiateur de la République¹⁰, la loi du 12 mai 2009 a ajouté au Code civil un article 515-7-1 soumettant à la loi du pays d'enregistrement l'ensemble du régime des partenariats enregistrés (à la fois quant aux conditions et aux effets), ce qui implique la reconnaissance en France des partenariats étrangers et de leurs effets (sous réserve d'une contrariété avec notre ordre public international)¹¹. Puis la loi « Justice 21 » du 18 novembre 2016 a consacré ce rapprochement avec le mariage de la manière la plus symbolique qui soit, en transférant du tribunal à la mairie le lieu de formation du PACS, avec une célébration calquée sur celle du mariage, confiée à l'officier d'état civil (art. 515-3 modifié et décret d'application : *infra* n° 412 et s.).

401 Nature juridique : quasi-mariage, pas quasi-alliance. L'article 515-1 du Code civil définit le pacte comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

L'accent est ainsi mis d'emblée sur la **nature contractuelle** du lien juridique créé. Et dans sa décision interprétative, le Conseil constitutionnel a maintes fois été amené à se référer à cette nature, n'hésitant pas à énoncer « *que les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi* » (considérant 28). Cette dernière réserve n'altère pas en elle-même la nature contractuelle : que la liberté contractuelle ne puisse pas tout et qu'il y ait place dans les contrats à des dispositions légales d'ordre public n'est pas un phénomène nouveau.

Mais le contrat n'est qu'un cadre juridique pouvant s'appliquer à de multiples objets, y compris les liens personnels : n'existe-t-il pas depuis longtemps une théorie « *contractualiste* » du mariage ? Or, du point de vue de son objet, le PACS n'est pas loin du mariage. Quoiqu'il se soit défendu d'être un « *mariage bis* », l'attraction était sans doute inéluctable, comme le montrent les modèles étrangers¹² et, à partir de fortes racines dans la loi (place dans le Code civil dans le régime des personnes et non des contrats, empêchements analogues à ceux du mariage), le

■ 9. Sur cette réforme de 2006 en ce qui concerne le PACS, voir SIMLER et HILT, *JCP* 2006.I.161 – FULCHIRON, *Defrénois* 2006.1621 – ROCHFELD, *RTD civ.* 2006 1497 – SAUVAGE, *RLDC* 2007.55 – LARRIBAU-TERNEYRE, *Dr. fam.* 2007, chr. n° 1 – BENALCAZAR, *ibid.* n° 2.

■ 10. Quant à la reconnaissance des PACS étrangers et au bénéfice des pensions de réversion, *JCP* 2009. Act. 5.116.

■ 11. Cette reconnaissance commande le même régime fiscal que pour les pacs conclus en France : Rép. min. 53004, *JO* décembre 2009, p. 11428.

■ 12. GRANET, *L'enregistrement des couples non mariés en Europe*, *Dr. fam.*, Hors série, décembre 1999, p. 58 et s. – REVILLARD, *Le PACS en droit international privé*, *Defrénois* 2000, p. 337 – CHANTELOUP, *Le PACS en droit international privé*, *Gaz. Pal.* octobre 2000 p. 4.

Conseil constitutionnel n'a pu que verser dans le sens d'une « *matrimonialisation* » du PACS¹³.

La jurisprudence ne s'y est pas trompée : elle a admis que le partenaire est un « *membre de la famille* »¹⁴ et s'il ne peut bénéficier *ipso facto* des textes visant un « *conjoint* »¹⁵, le Conseil d'État a relevé le devoir pour le pouvoir réglementaire d'éviter toute différence de traitement disproportionnée¹⁶.

Et le public encore moins : nul ne regarde le PACS comme un contrat parmi d'autres, mais bien comme un mécanisme de nature familiale¹⁷. Son rapprochement continu du mariage, qui en fait un « *quasi-mariage* », se traduit de façon frappante dans les chiffres.

Ce dont la loi a elle-même pris acte, d'abord en transférant au juge aux affaires familiales le contentieux relatif au PACS (loi du 12 mai 2009) puis en transférant célébration et modification du tribunal vers l'officier d'état civil (loi du 18 novembre 2016).

Mais s'il crée une sorte de « *quasi-conjugalité* » entre les époux, le PACS n'inscrit pas ce lien dans la durée et l'histoire familiale. Ne créant ni lien avec la famille du partenaire, ni vocation successorale, il ne se projette pas dans une transcendance des générations comme le fait le mariage. C'est là que subsiste aujourd'hui la différence principale, essentielle aux yeux de certains : là où le mariage est tourné vers la génération future, le PACS ne concerne que la vie de la génération présente¹⁸.

C'est sans doute là que sa singularité pourrait demeurer et s'affirmer en parallèle avec le mariage, désormais ouvert à tous comme lui (sur l'évolution quantitative des deux formes d'union, v. *supra*, n° 24).

■ 13. MOLFESSIS, préc. n° 21 et s.

■ 14. Cass. 2° civ., 25 mars 2005, *Bull. civ.* II, n° 144 ; *RTD civ.* 2004.489, obs. HAUSER.

■ 15. Cass. 2° civ., 5 mars 2008, n° 08-60230, *Dr. fam.* 2008.51, obs. LARRIBAU-TERNEYRE, à propos de l'inscription du « *conjoint* » sur les listes électorales.

■ 16. CE Avis, 28 juin 2002, *D.* 2003.1941, note LEMOULAND ; *RTD civ.* 2002.785, obs. HAUSER – 8 juillet 2005, *D.* 2006.1422. – Voir aussi C.E. 8 juillet 2005, *RTD civ.* 2005 760, obs. HAUSER sanctionnant l'inertie administrative quant à la modification d'un décret antérieur – On relève toutefois que le Conseil constitutionnel a réaffirmé la nature contractuelle dans une optique bien particulière concernant son extension à la Polynésie française, où la matière contractuelle est réservée aux organes institutionnels locaux : Cons. constit., 21 octobre 2015, n° 2015-9, *Dr. fam.* 2015.2013, obs. BINET.

■ 17. Et nul ne songerait à en déplacer l'étude du droit de la famille vers celui des contrats spéciaux...

■ 18. Pour une étude de l'« *autonomie du PACS* », entre mariage et concubinage, v. MAUGER-VELPEAU, *Dr. fam.* 2008, chr. n° 22. – Voir aussi, du même auteur, *Les dix ans du PACS, LPA* 7 janvier 2010.3 – FULCHIRON, *Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ?*, *Mél.* HAUSER, 2012.125 et s.

CHAPITRE 1

LA FORMATION DU PACS

402 **Combinaison des aspects contractuel et familial.** Issu, comme le mariage, d'un accord de volontés, le PACS présente tout d'abord un aspect contractuel évident, sur lequel on se focalise souvent pour dire qu'il s'agit d'un « *pur* » contrat, dépourvu des aspects institutionnels qui caractérisent en même temps le mariage. À la vérité, c'est un peu caricaturer car, comme le mariage, le PACS comporte un noyau dur de règles d'ordre public (mises en lumière par la décision du Conseil constitutionnel : considérants 27 et 28 notamment) jouant le même rôle que celles qui alimentent la thèse institutionnelle du mariage : dans cette mesure, on peut dire que les partenaires adhèrent à un statut de la même façon que les époux adhèrent à celui du mariage, la différence tenant aux conséquences moins étendues de ce statut.

En réalité, le modèle juridique dont se rapproche le plus le PACS est celui du contrat de mariage : il combine pareillement une liberté contractuelle assise sur un bloc impératif, assortie d'un formalisme et de mesures de publicité.

SECTION I

LES CONDITIONS DU PACS

TEXTES

Code civil, art. 515-2

Art. 515-2. – À peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

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

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

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

§ 1. CAPACITÉ

403

Capacité individuelle. Depuis la création du PACS en 1999, son évolution ainsi que celle du mariage les ont rapprochés de ce point de vue.

Quant aux **mineurs**, le PACS ne leur est pas ouvert, même en cas d'émancipation (art. 515-1 : « *personne majeure* »). On sait qu'il en est de même depuis 2006 pour le mariage (*supra*, n° 50), mais avec une possibilité de dispense qui n'existe pas pour le PACS.

Quant aux **majeurs en tutelle**, qui ne pouvaient pas conclure un PACS (ancien art. 506-1), ils le peuvent désormais depuis le 1^{er} janvier 2009, avec l'assistance du tuteur et sous l'autorisation du juge ou du conseil de famille après audition des futurs partenaires et avis « *des parents et de l'entourage* » (art. 462 nouveau). Il en est de même en pour les majeurs en **curatelle** (art. 461 nouveau)¹. Il faut préciser que tous deux doivent assistés pour la signature de la convention mais non pour la comparution devant l'officier d'état civil ou le notaire.

Aucune assistance ni autorisation n'est en revanche requise pour le **majeur en curatelle** (art. 461 nouveau).

La loi interdit en outre le PACS à toute **personne mariée** (art. 515-2-2°), pour éviter une violation de l'obligation de fidélité (Conseil constitutionnel, considérant 26) ainsi qu'à toute **personne déjà liée par un PACS** (art. 515-2-3°), bien que le même motif ne joue plus ici puisqu'il n'y a pas d'obligation de fidélité (mimétisme du mariage et recul devant la reconnaissance d'une quasi-bigamie : la vie commune du PACS n'est qu'une vie à deux : art. 515-1).

404

Capacité mutuelle. Toujours par mimétisme du mariage, la loi a créé des **empêchements** (art. 515-2-1°) qui sont même plus stricts que ceux du mariage : car si ce sont les mêmes (ascendants et descendants, alliés en ligne directe, collatéraux jusqu'au troisième degré), rien ne prévoit ici les possibilités de dispense que connaît le droit du mariage entre alliés et collatéraux du troisième degré : ceux-là sont renvoyés au concubinage.

Qu'en est-il des liens nés de l'**adoption** ? L'absence de référence à l'article 366 du Code civil, alors que ce texte prévoit des dispenses ici non applicables, conduit à considérer que l'on ne retrouve pas ici les empêchements nés de l'adoption que connaît le mariage.

405

Sanctions. La loi assortit les prohibitions de l'article 515-2 d'une « *nullité* » que le Conseil constitutionnel a précisé être une nullité absolue (considérant 27) qui pourra donc être invoquée par tout intéressé. Si la cause de nullité ne survient qu'après coup (par exemple par l'établissement d'un lien de filiation faisant apparaître le lien de parenté), c'est encore une nullité qui est encourue (et non une simple caducité car le vice préexistait).

Mais cela ne concerne pas le pacte du mineur ou du majeur en tutelle ou curatelle conformément au droit commun, il ne s'agira alors que d'une nullité relative, invocable par le seul partenaire concerné ou ses représentants. Le mineur devenant

■ 1. Dont le refus est soumis au contrôle judiciaire : Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-18685 – Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 2017, n° 16-24832, D 2018-403, note RAOUL-CORMEIL.

capable pourra en outre confirmer le pacte, de même que le majeur en cas de cessation de la tutelle.

§ 2. CONSENTEMENT

406

Référence au droit commun contractuel. Le Conseil constitutionnel a expressément indiqué « *qu'en particulier les articles 1109 et suivants du Code civil relatifs au consentement sont applicables au pacte civil de solidarité* » (considérant 28).

Il s'agit d'une référence au droit commun contractuel et non pas aux règles du consentement en matière de mariage : il n'y a donc pas lieu d'appliquer le régime particulier de l'article 180 du Code civil qui exclut le dol et limite le trouble mental (ici soumis à C. civ., art. 414-1 nouveau, ex-489)².

§ 3. CONTENU

407

Définition légale d'ordre public. L'objet du contrat conclu entre les partenaires est d'« *organiser leur vie commune* » (art. 515-1), ce dont d'autres dispositions précisent le contenu. Il s'agit :

- d'une « *résidence commune* » (art. 515-3, al. 1^{er}) ;
- d'une entraide matérielle (art. 515-4, al. 1^{er}) ;
- d'un éventuel patrimoine commun dont le contrat peut organiser le régime (art. 515-5-1).

Dans cette direction tracée par la loi, les partenaires peuvent aménager leur convention mais, semble-t-il, à condition de respecter un minimum et de ne pas excéder un maximum :

— **le minimum** résulte de la « *réécriture* » du Conseil constitutionnel qui a précisé qu'hormis l'article 515-5 (concernant les biens et aujourd'hui remplacé : *infra*, n° 438 et s.), « *les autres dispositions introduites par l'article 1^{er} de la loi (c'est-à-dire les articles 515-1 à 515-7) revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger* » (considérant 28) ; ainsi serait nulle toute clause dispensant les partenaires ou l'un d'eux de l'obligation de cohabitation (sur la portée de laquelle, v. *infra*, n° 426) ou des devoirs d'aide et assistance (sur lesquels v. *infra*, n°s 427 et 657) ; leur liberté contractuelle se limite à l'organisation des modalités de ces obligations dont ils ne peuvent écarter le principe ;

— **le maximum** résulte des règles de droit commun d'ordre public que la loi n'a pas écartées ; pour tout ce qui n'est pas réglé, les partenaires ne disposent que de leur liberté contractuelle ordinaire : en particulier, ils ne pourraient pas créer des obligations supplémentaires contraires au principe de liberté individuelle, comme une obligation de fidélité, de même qu'ils ne peuvent accroître la force du lien en écartant les modes de rupture prévus par la loi (*infra*, n° 442 et s.).

■ 2. Pour un exemple de vice du consentement invoqué (mais non retenu), v. Paris, 9 novembre 2006, *JCP* 2007.I.170, n° 7 (erreur sur les motivations purement financières de l'autre).

408 Sanction. La sanction des clauses qui méconnaîtraient cette double limite doit être leur nullité. Plus précisément, on peut penser qu'il y a lieu de les **réputer non écrites** (comp. Conseil constitutionnel, considérant 62), précision qui emporte une double conséquence au regard de la théorie classique des nullités :

— la nullité n'a pas à être demandée en justice, ce qui exclut le problème de la prescription : un partenaire pourra par exemple réclamer une aide même si la clause de dispense n'a pas été contestée pendant le délai de prescription, ou encore mettre en œuvre son droit à rupture même si la clause d'interdiction n'a pas été attaquée ;

— la nullité ne pourra pas s'étendre au pacte tout entier sous prétexte que la clause illicite aurait été déterminante du consentement des parties, sous réserve de l'hypothèse du pacte simulé.

409 Pacte simulé. Comme tout statut générateur d'avantages, il est à prévoir que le pacte suscitera des vocations factices mues par la seule volonté de bénéficiaire par exemple des allègements fiscaux ou des droits locatifs qui s'y attachent (*infra*, n° 436 et s.), tous autres effets « *normaux* » du pacte étant écartés soit dans le contrat, soit dans une contre-lettre.

Par mise en jeu soit de l'absence totale d'objet, soit de la notion de cause contractuelle, un tel pacte n'ayant pas le but que lui assigne la loi sera entaché d'une **nullité absolue** – qui permettra non seulement aux tiers (fisc, bailleur...) de faire échec à la fraude, mais encore à chacun des partenaires de se libérer d'un lien dont il n'avait pas voulu les réelles conséquences.

410 Pacte fugitif. Devra-t-on reconnaître le pacte conclu juste pour le temps d'accomplir un acte et dissous aussitôt après (par exemple le temps d'une donation, d'un transfert de bail, d'un transfert de valeurs mobilières, voire d'une déclaration fiscale) ?

La loi n'imposant aucune stabilité, le pacte n'est pas nul du seul fait de sa brièveté. Et ce n'est que si viennent s'y joindre d'autres éléments caractérisant la fraude que la nullité pourra être prononcée (par exemple un défaut de cohabitation même pendant cette brève période).

411 Pacte in extremis. Un pacte conclu aux abords de la mort sera-t-il valable alors qu'il n'y a plus de « *vie commune* » à organiser et qu'il s'agira surtout d'alléger la charge fiscale des libéralités testamentaires, voire d'organiser un transfert de patrimoine ou un transfert de bail ?

Ici aussi, le contrôle semble pouvoir s'exercer par le jeu de la fraude ou de l'absence d'objet : sans doute faut-il admettre la validité du pacte s'il s'agit de partenaires déjà concubins et être plus circonspect dans les autres hypothèses.

En tout cas, aucun pacte **posthume** n'est concevable, faute de texte parallèle à l'article 171 pour le mariage³.

■ 3. Rép. min. n° 47405, *Dr. fam.* 2001, n° 35, note BEIGNIER.

SECTION 2

LE FORMALISME DU PACS

TEXTES

Code civil, art. 515-3 et 515-3-1

Art. 515-3. – Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, devant l'officier de l'état civil de la commune où se trouve la résidence de l'une des parties.

En cas d'empêchement grave, l'officier de l'état civil se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité.

À peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent la convention passée entre elles à l'officier de l'état civil, qui la vise avant de la leur restituer.

L'officier de l'état civil enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité.

Lorsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa précédent.

La convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité est remise ou adressée à l'officier de l'état civil ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée.

À l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux troisième et cinquième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte.

Art. 515-3-1. – Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des affaires étrangères. L'existence de conventions modificatives est soumise à la même publicité.

Le pacte civil de solidarité ne prend effet entre tes parties qu'à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives.

**Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006,
art. 1, 2 et 6 à 11**

Art. 1^{er}. – L'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les partenaires d'un pacte civil de solidarité fixent leur résidence commune enregistre leur déclaration conjointe. À cette fin, les partenaires produisent l'original de la convention, les pièces d'état civil attestant l'absence d'empêchement au regard des articles 515-1 et 515-2 du Code civil, et, pour le partenaire de nationalité étrangère né à l'étranger, le certificat délivré par le service central d'état civil du ministère des affaires

étrangères attestant qu'il n'est pas déjà lié à une autre personne par un pacte civil de solidarité. Les partenaires produisent, le cas échéant, les pièces permettant la vérification du respect des dispositions prévues aux articles 461 et 462 du Code civil.

Toutefois, les partenaires sont dispensés de la production de l'extrait avec indication de la filiation de leur acte de naissance lorsque l'officier de l'état civil peut obtenir, par voie dématérialisée, communication des données à caractère personnel contenues dans ces actes de l'état civil auprès de leur dépositaire dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 101-1 du Code civil. L'officier de l'état civil en informe les intéressés.

Les partenaires justifient de leur identité par un document officiel délivré par une administration publique comportant leur nom, leur prénom, leur date et leur lieu de naissance, leur photographie et leur signature ainsi que l'identification de l'autorité qui a délivré le document, la date et le lieu de délivrance.

L'officier de l'état civil qui a enregistré la déclaration conjointe de conclusion d'un pacte civil de solidarité vise et date l'original de la convention qu'il restitue aux partenaires. Il leur remet un récépissé d'enregistrement.

Lorsqu'il constate que les conditions d'enregistrement de la déclaration ne sont pas remplies, il prend une décision motivée d'irrecevabilité. Cette décision fait l'objet d'un enregistrement.

Les contestations portant sur l'enregistrement ou le refus d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité, de sa modification ou de sa dissolution sont soumises au président du tribunal de grande instance, ou à son délégué, statuant en la forme des référés. Les contestations relatives aux décisions d'irrecevabilité prises par l'autorité diplomatique ou consulaire sont portées devant le président du tribunal de grande instance du lieu d'établissement du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères ou son délégué statuant en la forme des référés.

Art. 2. – Lorsque les partenaires d'un pacte civil de solidarité entendent modifier ce dernier, ceux-ci ou l'un d'eux remettent ou adressent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'acte sous seing privé ou la copie authentique de l'acte notarié, portant modification de la convention initiale à l'officier de l'état civil de la commune d'enregistrement du pacte civil de solidarité, en indiquant le numéro et la date d'enregistrement du pacte civil de solidarité.

À peine d'irrecevabilité, chaque partenaire remet ou joint à l'envoi la photocopie d'un document d'identité satisfaisant aux conditions prévues au troisième alinéa de l'article 1^{er}.

L'officier de l'état civil procède à l'enregistrement de la convention modificative. Il vise et date celle-ci. Il la restitue aux partenaires ou à celui qui la lui a remise ou l'envoie à chacun d'eux par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La convention est accompagnée d'un récépissé d'enregistrement.

(...)

Art. 6. – L'officier de l'état civil qui a reçu et enregistré la déclaration conjointe de conclusion ou de modification d'un pacte civil de solidarité, ou sa dissolution, avise, sans délai, l'officier de l'état civil détenteur de l'acte de naissance de chaque partenaire afin qu'il soit procédé aux formalités de publicité dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 49 du Code civil.

Si l'un des partenaires est de nationalité étrangère et né à l'étranger, l'avis est adressé au service central d'état civil du ministère des affaires étrangères, à charge pour celui-ci de porter, dans les trois jours, la mention de la déclaration conjointe sur le registre prévu au premier alinéa de l'article 515-3-1 du Code civil.

Si l'un des partenaires est placé sous la protection juridique et administrative de l'office français de protection des réfugiés et apatrides, l'avis est adressé à cet office.

Art. 6-1. – Dans les mentions de déclaration, de modification et de dissolution d'un pacte civil de solidarité, portées en marge des actes de l'état civil ou des certificats en tenant lieu, est autorisé l'acronyme « PACS ».

Art. 7. – Sans préjudice de la sélection prévue à l'article L. 212-3 du Code du patrimoine, les pièces suivantes sont conservées, pendant une durée de cinq ans à compter de la date de la dissolution du pacte civil de solidarité, par l'officier de l'état civil auprès duquel la convention est enregistrée ou par les agents diplomatiques et consulaires lorsque le pacte civil de solidarité a fait l'objet d'une déclaration à l'étranger :

- a) Les pièces, autres que la convention, qui doivent être produites en application du présent décret en vue de l'enregistrement de la déclaration de pacte civil de solidarité, parmi lesquelles la photocopie du document d'identité mentionné au troisième alinéa de l'article 1^{er} du présent décret ;
- b) La déclaration écrite conjointe prévue au quatrième alinéa de l'article 515-7 du Code civil ;
- c) La copie de la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 du Code civil ;
- d) L'avis de mariage ou de décès visé à l'article 3 du présent décret.

Art. 8. – Lorsque la résidence commune des partenaires est fixée à l'étranger, les attributions de l'officier de l'état civil définies par le présent décret sont exercées par les agents diplomatiques et consulaires français.

Art. 10. – Les déclarations de pacte civil de solidarité, leurs modifications et dissolutions font l'objet d'un enregistrement sous forme dématérialisée, dans le cadre du traitement automatisé prévu par le décret n° 2006-1807 du 23 décembre 2006 modifié relatif à l'enregistrement, à la conservation et au traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité.

Ce traitement est mis en œuvre au sein de l'application informatique existante dans chaque commune pour traiter des données d'état civil ainsi que dans les postes diplomatiques et consulaires.

À défaut d'une telle application, l'enregistrement s'effectue dans un registre dédié, dont les conditions de fiabilité, de sécurité et d'intégrité sont fixées par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre des affaires étrangères. Les pages du registre sont numérotées et utilisées dans l'ordre de leur numérotation. Sans préjudice de la sélection prévue à l'article L. 212-3 du Code du patrimoine, le registre dédié est conservé par l'officier d'état civil pendant une durée de soixante-quinze ans à compter de la clôture du registre ou de cinq ans à compter du dernier pacte civil de solidarité dont la dissolution est enregistrée dans le registre, si ce dernier délai est plus bref.

Art. 11. – Le greffe de chaque tribunal d'instance qui a procédé à l'enregistrement, à la modification et à la dissolution de pactes civils de solidarité avant le 1^{er} novembre 2017, date à laquelle est opéré le transfert

aux officiers de l'état civil des attributions conférées aux greffes des tribunaux d'instance en matière de pacte civil de solidarité, remet ou adresse à l'officier de l'état civil de la commune du lieu du tribunal d'instance les pièces mentionnées à l'article 7 relatives aux pactes civils de solidarité dont la déclaration de dissolution n'a pas été enregistrée à cette date et à ceux dont la déclaration de dissolution a été enregistrée après le 1^{er} novembre 2012. Lorsqu'elles sont relatives aux pactes civils de solidarité dont la déclaration de dissolution a été enregistrée avant le 1^{er} novembre 2012, ces mêmes pièces font l'objet de la sélection prévue à l'article L. 212-3 du Code du patrimoine.

412 Remaniements clarificateurs en 2006 et en 2016. Le formalisme prévu initialement en 1999 était à certains égards ambigu pour deux raisons liées aux importantes controverses ayant présidé à la création même du PACS : d'une part, pour le démarquer d'un « *mini mariage* » et feindre de le traiter comme un contrat ordinaire dépourvu de solennité, c'était un formalisme qui n'osait pas dire son nom (on se demandait par exemple si l'écrit et l'enregistrement n'étaient pas de simples exigences de preuve) ; d'autre part, pour la même raison ainsi que dans le souci de protéger le secret de ces unions, on avait exclu toute transcription à l'état civil (ce qui avait produit cet effet pervers que les tiers, comme les bailleurs, craignant les conséquences d'un PACS ignoré, réclamaient à tout célibataire un certificat de non-PACS).

La pratique ayant démontré une implantation généralisée du PACS sans que n'en résultent les catastrophes annoncées, il est devenu possible d'instaurer un véritable formalisme, certes plus léger et moins solennel que celui du mariage, mais permettant d'assurer la fonction sécurisante nécessaire et qui s'en est encore rapproché en 2016 par son transfert à la mairie.

413 Comparaison avec le formalisme du mariage. À l'issue de ces remaniements successifs, le formalisme du PACS ne diffère plus profondément de celui du mariage dont il ne se démarque plus que sur trois points :

— il n'y a pas de publications préalables ni de procédure d'opposition ouverte à ceux qui auraient connaissance d'empêchements (alors pourtant que ces empêchements peuvent pareillement exister, tels un lien de parenté ou d'alliance ou un mariage non dissous) ;

— il n'y a pas de célébration rituelle (avec témoins, lecture du Code et recueil des consentements : cf. *supra*, n° 92), mais simple « *enregistrement* » sans cérémonie par l'officier d'état civil qui ne prononce pas le PACS comme pour le mariage (*supra*, n° 91), mais ne fait que l'« *enregistrer* », ce qui n'exclut cependant pas tout contrôle (cf. *infra*, n° 418).

— la déclaration à l'état civil peut être remplacée par une déclaration recueillie par un notaire qui a reçu la convention.

Ces différences ont une importance surtout sur le plan symbolique : en pratique, on retrouve, par la force des choses, une décomposition de ce formalisme en trois phases.

§ 1. PHASE PRÉPARATOIRE

414

Rédaction du contrat et constitution du dossier. Quoique souvent plus rapide que pour le mariage, cette phase préparatoire est plus exigeante sur un point : elle nécessite obligatoirement la rédaction d'une convention écrite (ce qui n'est qu'une simple faculté pour le « *contrat de mariage* » : *supra*, n° 178).

Cette convention peut être un acte notarié ou un simple acte sous seings privés (art. 515-3 al. 2). En pratique, les mairies en fournissent des modèles. La forme notariée est souvent conseillée à la fois pour assurer l'information et le conseil des futurs partenaires et pour garantir contre les risques ultérieurs de perte ou de falsification de l'acte.

Outre cette convention, les partenaires doivent produire un certain nombre de pièces, énumérées à l'article 1^{er} du décret du 23 décembre 2006, pour justifier de leur identité et de leur capacité à conclure un PACS (pièces d'état civil établissant leur âge, l'absence d'empêchement familial, de tutelle, de mariage ou de PACS antérieur non dissous).

§ 2. PHASE SOLENNELLE

415

Déclaration et enregistrement. C'est la formalité qui formera véritablement le PACS et donnera aux parties la qualité juridique de « *partenaires* » : tant qu'il n'y est pas procédé, la convention conclue à cette fin reste lettre morte⁴.

L'accomplissement de cette formalité a été simplifié par une loi du 28 mars 2011 ouvrant la possibilité d'effectuer la déclaration non seulement devant l'autorité publique, mais encore tout simplement devant un notaire qui procède alors à toutes les formalités subséquentes⁵. Puis la loi du 18 novembre 2016 a décidé que l'autorité publique compétente n'est plus le tribunal, mais la mairie⁶.

416

Lieu de compétence. Si la déclaration est faite en mairie, il s'agit de celle de la résidence commune que fixent les parties (art. 515-3, al. 1^{er}). Ce choix étrange en théorie (car nulle disposition n'impose à la convention de préciser le lieu de cette future résidence) ne soulève guère de difficultés en pratique car, dans la quasi-totalité des cas, les intéressés cohabitent déjà.

Si la déclaration est recueillie par le notaire qui a reçu la convention, aucune disposition n'en vient restreindre le libre choix.

Si le pacte est conclu à l'étranger et concerne au moins un ressortissant français, la compétence appartient (comme pour le mariage) aux agents diplomatiques et consulaires. Naturellement, les intéressés peuvent aussi suivre les formes locales :

■ 4. L'idée émise par certains qu'une convention non déclarée puisse valoir à tout le moins en cas de vie commune comme simple convention de concubinage paraît difficile à admettre (de même que le contrat de mariage ou les donations conclus dans le but du mariage sont sans effet si celui-ci ne survient pas, même en cas de vie commune).

■ 5. Sur la déclaration devant notaire : BOSSE-PLATIERE, JCP 2011.839 – LEROYER, *RTD civ.* 2012. 780 – LEMOULAND et VIGNEAU, *D.* 2012.982 et *D.* 2013.1098.

■ 6. Sur la déclaration en mairie : BICHERON, *DEFRENOIS* 2016.1319 – POURE, *Dr. fam.* 2017. dossier 6.

mais il leur faudra ensuite obtenir la reconnaissance ultérieure en France de ces partenariats.

417 Présence personnelle. Sans être explicitement exigée, cette condition se déduit des termes de l'article 515-3 tant pour la déclaration au greffe (les intéressés « *en font la déclaration conjointe* ») et du décret (qui exige production d'un document officiel comportant leur photographie et qui ne prévoit la déclaration par courrier que pour la modification du pacte : art. 2) que pour la déclaration devant notaire (qui « *recueille la déclaration conjointe* »).

Pas plus que le mariage (art. 146-1), le PACS ne peut donc être conclu par procuration, fût-elle notariée.

418 Refus d'enregistrement. Le décret du 23 décembre 2006 confère expressément à l'officier d'état civil qui reçoit la déclaration pouvoir de vérifier si les conditions légales sont réunies et de rendre, si tel n'est pas le cas, une « *décision motivée d'irrecevabilité* » qui est elle-même enregistrée (art. 1^{er}, al. 4).

La nature juridique de cette décision est incertaine : ce n'est pas un acte administratif⁷, mais semble plutôt une décision de nature juridictionnelle.

Quoi qu'il en soit, le décret (art. 1^{er}, dernier al.), a ouvert contre cette décision une voie de recours devant le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (sans toutefois préciser ni un délai ni les pouvoirs du président : sans doute peut-il faire injonction à l'officier d'état civil de procéder à l'enregistrement s'il estime le refus injustifié).

419 Enregistrement, effets et recours. L'enregistrement du pacte se traduit par deux actes :

— son inscription sur un registre, dont le traitement informatisé est régi par un second décret (n° 2006-1807) du 23 décembre 2006, rendu après avis de la CNIL ;

— l'apposition d'un visa daté sur le document (original pour un acte sous seings privés, expédition pour un acte notarié), ensuite restitué aux partenaires pour leur servir de preuve de la convention et de son enregistrement.

C'est cette date qui fixe le point de départ des effets du PACS entre les partenaires (art. 515-3-1 al. 2), ce qui témoigne de ce que l'enregistrement est bien une condition de formation, et donc de validité, du pacte.

En indiquant que le président du tribunal de grande instance peut être saisi d'une « *contestation portant sur l'enregistrement ou le refus d'enregistrement* », le décret (art. 1^{er}, dernier al.) ouvre implicitement un **recours** contre cet enregistrement, mais sans fournir nulle indication ni sur les personnes auxquelles ce recours est ouvert (les partenaires eux-mêmes, certains tiers et lesquels, le ministère public ?), ni sur son régime (délai ?), ni sur son issue (annulation du pacte ?), ni même sur les incidences de l'existence même de ce recours (ferme-t-elle toute possibilité d'action en nullité de droit commun ?).

■ 7. Le Conseil d'État a écarté la compétence des juridictions administratives pour en connaître ; CE, 23 mai 2003, *D.* 2004.295, note GOURDOU et LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003.546, obs. PERROT.

§ 3. PHASE DE PUBLICITÉ

420

Mention du PACS à l'état civil. La loi de 1999, adoptée dans une optique concernant principalement les pactes homosexuels, avait eu pour souci de préserver la discrétion en évitant que quiconque puisse découvrir à la lecture de l'acte de naissance l'existence d'un PACS révélateur d'une orientation sexuelle (souci souligné par la décision du Conseil constitutionnel : considérant 75). Le système restrictif alors mis en place s'était cependant avéré complexe et lourd (car en fait les tiers réclamaient un certificat de non-PACS avant de traiter avec un célibataire).

L'acclimatation réussie du PACS ayant levé ces craintes, la réforme de 2006, rapprochant ici encore le PACS du mariage, a prévu que l'existence d'un PACS et l'identité du partenaire⁸ font désormais l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance (art. 515-3-1). Ainsi devenue un élément de l'état civil, l'existence d'un PACS pourra être aisément connue des tiers tout comme celle d'un mariage ou d'une mesure de tutelle.

C'est seulement à dater de cette mention que le PACS sera opposable aux tiers (art. 515-3-1, dernier alinéa).

SECTION 3

LA MODIFICATION DU PACS

421

Possibilité. En envisageant la déclaration de modification (art. 515-3 al. 4 et 515-3-1), la loi autorise implicitement toute modification du pacte, concernant par nature ses effets d'ordre patrimonial. Il n'y a donc pas de principe d'immutabilité du régime pascal comme en matière de régimes matrimoniaux.

422

Conditions. Quant au fond, suivant le droit commun, la convention modificative (qu'on hésite à dénommer « *avenant* ») exige les mêmes conditions que la convention initiale (si le majeur a été placé sous tutelle, l'article 462 nouveau du Code civil lui impose l'assistance du tuteur et l'autorisation du conseil de famille, et sous curatelle il lui faut l'assistance du curateur selon l'article 461).

Quant à la forme, il faut de nouveau suivre les formalités prévues pour le pacte initial en s'adressant à la mairie qui avait enregistré celui-ci ou au notaire qui l'avait reçu. Seul assouplissement : il est possible de procéder par une déclaration écrite conjointe adressée par lettre recommandée avec avis de réception (art. 2 du décret). Mention de la convention modificative est aussi portée à l'état civil (art. 515-3-1).

423

Effets. Il faut sans doute distinguer les effets de cette modification entre les partenaires et à l'égard des tiers.

■ 8. La CNIL avait émis un avis défavorable sur cette indication de l'identité du partenaire.

Entre partenaires, toute modification est possible, y compris une modification qui opérerait rétroactivement (par exemple en faisant sortir des biens de l'indivision ou en y introduisant d'autres biens par le jeu des présomptions).

Envers les tiers, il y a naturellement lieu de réserver les droits qu'ils auraient acquis entre-temps : les partenaires ne peuvent remettre en cause leurs droits, par exemple en plaçant dans l'indivision par le jeu de présomptions des biens au sujet desquels un seul avait antérieurement traité avec un tiers.

CHAPITRE 2

LES EFFETS DU PACS

424 Évolution : d'un super concubinage à un mini mariage. Dans l'économie de la loi de 1999, le PACS était incontestablement plus proche du concubinage que du mariage : c'était un concubinage organisé sur le plan matériel, qui produisait donc des effets sur le plan patrimonial mais non sur le plan personnel. Aucun des devoirs personnels qui existent entre les époux ne s'y retrouvait, aucun lien d'alliance n'était créé, de sorte que, par principe, toutes les dispositions légales visant des « conjoints » (que ce soit pour en déduire des obligations, des immunités, des incompatibilités, des incapacités ou des droits d'ordre social ou administratif) ne pouvaient être étendues à de simples partenaires en dehors d'un texte le prévoyant expressément (cf. *supra*, n° 401).

Mais l'attraction du mariage sur le PACS s'était déjà manifestée dans la décision du Conseil constitutionnel ainsi que dans la reconnaissance au partenaire de la qualité de « *membre de la famille* »¹, dans un alignement fiscal progressif, et dans la multiplication des textes spéciaux visant expressément les partenaires aux côtés des époux².

Cette attraction s'est fortement traduite dans la refonte du PACS par la loi du 23 juin 2006 à la fois sur le plan personnel et sur le plan patrimonial : du point de vue personnel, certains devoirs identiques à ceux des époux sont apparus, sans toutefois que l'on puisse parler d'un véritable lien d'alliance ; du point de vue patrimonial, des dispositions assez complètes ont constitué, sur la même architecture que les régimes matrimoniaux, une sorte de « *régime pacsal* ».

■ 1. Cass. 2^e civ., 25 mars 2004, *Bull. civ.* II, n° 144 ; *RTD civ.* 2004.489, obs. HAUSER.

■ 2. Par exemple en droit du **bail**, pour la protection du locataire ou inversement pour le bénéfice d'un droit de reprise (loi du 6 juillet 1989 modifiée, art. 14 et 15), en **procédure** (pour la représentation en justice devant les juridictions spéciales), pour le bénéfice de certaines **prestations sociales** ou de retraites, pour les dispositions administratives favorisant le **regroupement familial**, pour l'aggravation des peines en cas de violences (C. pénal, art. 132-80, 221-4 et 222-8), pour la suspension de la **prescription** (art. 2236 nouveau), pour le statut du **conjoint collaborateur** (Code de commerce, art. L. 121-8), pour la vocation à assurer la **tutelle** (C. civ. art. 449). – En l'absence de texte spécial, les tribunaux hésitent à l'assimilation (v. par ex. Crim., 25 mai 2011, n° 10-86229, pour la dispense de serment du témoin conjoint au pénal – Cass. 1^{re} civ., 28 février 2018, n° 17-10876 pour l'incapacité d'être témoin d'un testament).

SECTION 1

LES EFFETS D'ORDRE PERSONNEL

TEXTE

Code civil, art. 515-4 al. 1^{er}

Art. 515-4. – Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

[...]

425 **Des effets internes, pas d'effets externes.** Sur le plan personnel, le nouveau régime du PACS se caractérise par une opposition frappante entre d'un côté les relations entre les partenaires, marquées par l'existence de devoirs réciproques se rapprochant de ceux issus du mariage, et de l'autre côté une absence quasi totale d'effets du PACS vis-à-vis des tiers ou de la société.

§ 1. OBLIGATIONS RÉCIPROQUES

426 **Obligation de vie commune et de respect.** En intégrant la vie commune dans la définition même du PACS (art. 515-1), la loi en fait un engagement réciproque similaire à celui résultant du mariage. La décision du Conseil constitutionnel avait d'ailleurs déjà souligné cette assimilation qui justifie seule la transposition des empêchements familiaux (considérant 26 retenant que « *la vie commune mentionnée par la loi suppose, outre une vie commune, une vie de couple* »).

Cette obligation trouve d'ailleurs son écho dans les dispositions protectrices du logement des partenaires (*infra*, n° 437) et dans le fait que les mesures spéciales de protection contre les « *violences conjugales* » prises par la loi du 9 juillet 2010 (art. 515-9 et s.) s'appliquent aussi bien aux partenaires qu'aux époux, traduisant que le devoir de respect mutuel concerne les uns comme les autres.

Il y a donc lieu de transposer ici les règles dégagées au sujet du mariage (*supra*, n° 137 et s.), sous la réserve importante que la sanction du divorce est ici sans application (mais, outre une résiliation unilatérale, les manquements pourraient justifier une résolution judiciaire au titre de l'article 1184 et des dommages-intérêts : *infra*, n° 450).

427 **Obligation d'assistance.** C'est l'une des innovations de la loi de 2006 que d'avoir explicitement énoncé cette obligation (que l'on pouvait déjà induire du terme « *solidarité* » figurant dans la dénomination même du pacte).

Son contenu doit être compris avec la même portée que dans le mariage (*supra*, n° 148 et s.), c'est-à-dire comme incluant la notion de respect (qu'il eût été heureux de viser) avec ses diverses déclinaisons (*supra*, n° 150 et s.).

428 **La question de la fidélité.** La loi n'impose aux partenaires aucune obligation de fidélité (ce qui explique l'absence de présomption de paternité : *infra*, n° 431).

Certains y ont vu néanmoins une obligation implicite au titre de la solidarité ou de la bonne foi imposée dans l'exécution de tout contrat³. La réforme de 2006 pourrait donner corps à cette opinion, en faisant d'une certaine fidélité un prolongement de l'obligation d'assistance impliquant le respect et donc la loyauté.

Quoi qu'il en soit, comme la question du divorce ne se pose pas, l'enjeu est limité à d'éventuels dommages-intérêts, voire une résolution judiciaire.

§ 2. ABSENCE D'EFFETS ENVERS LES TIERS

429 **Envers la société.** Contrairement à ce qui se passera sur le plan patrimonial (*infra*, n° 434 et s.), le PACS ne produit aucun effet sur la situation personnelle de chacun des partenaires envers la société, qui continue de le regarder comme un individu isolé.

Il n'emporte donc aucune conséquence sur le **nom** : aucun des partenaires n'acquiert un droit d'user de celui de l'autre comme c'est le cas pour le mariage.

Il en est de même pour la **nationalité**, le PACS ne conférant aucun droit à cet égard : tout juste pourra-t-il servir pour apprécier les « *liens personnels en France* » permettant d'obtenir une carte de séjour temporaire⁴.

430 **Envers la famille.** Le PACS ne crée pas un quelconque lien d'alliance entre chaque partenaire et la famille de l'autre. Les obligations envers les beaux-parents ou beaux-enfants n'existent donc pas (obligations alimentaires), pas plus que les restrictions qui peuvent résulter d'une alliance (le PACS ne crée pas d'empêchement à mariage avec ces beaux-parents ou beaux-enfants).

431 **Envers les enfants.** Pour les enfants naissant durant le cours du PACS, celui-ci n'emporte aucune présomption de paternité semblable à celle que l'article 312 du Code civil attache au mariage (aucun désaveu n'étant en conséquence concevable)⁵. Leur filiation sera établie selon les modes ordinaires : reconnaissance, possession d'état, action en recherche de paternité. L'existence d'un PACS produira cependant des conséquences incidentes sur le régime de cette filiation en ce qu'elle facilitera la preuve de la possession d'état et notamment sa preuve non contentieuse par établissement d'un acte de notoriété mentionné en marge de l'acte de naissance dans les conditions de l'article 317 du Code civil (*infra*, n° 523).

Quant au recours à la **procréation médicale assistée**, les conditions n'en sont pas modifiées, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel : « *la loi n'a pas d'effet sur la mise en œuvre des dispositions légales relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme* » (considérant 29). Le pacte (entre un

■ 3. VILLA-NYS, *Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille, Droit et Patrimoine* septembre 2000, p. 88 – TGI Lille, 5 juillet 2002, *D.* 2003.515 ; *RTD civ.* 2003.270, obs. HAUSER.

■ 4. Art. L. 313-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers. – Cf. CE, 29 juillet 2002, *D.* 2002.2655.

■ 5. D'où cette conséquence pratique qu'il n'y a pas de congé parental pour le partenaire de la mère qui n'est pas le père (Cass. 2° civ., 10 mars 2010, n° 09-65853, pour un partenariat entre deux femmes).

homme et une femme) facilitera simplement la preuve des deux ans de cohabitation exigés par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique (*infra*, n° 568).

Quant à **l'adoption**, le pacte n'emporte aucun effet : chaque partenaire pourra adopter en tant que célibataire, mais il n'y aura ni adoption en commun (art. 346) ni lieu d'appliquer les dispositions relatives à l'adoption de l'enfant du conjoint⁶ (ce qui peut avoir un effet imprévu ; la prohibition de principe de l'adoption plénière édictée par l'article 345-1 ne sera pas applicable...).

SECTION 2

LES EFFETS D'ORDRE PATRIMONIAL

432

Architecture identique à celle du mariage. On retrouve dans le PACS l'architecture contemporaine du droit patrimonial du mariage, composé d'un corps de règles de base d'ordre public destinées à pourvoir aux besoins juridiques de la vie courante et d'un régime libre relatif à l'organisation à long terme du patrimoine et des intérêts communs du couple.

§ 1.

LE STATUT DE BASE

TEXTE

Code civil, art. 515-4

Art. 515-4. – Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.

433

Obligation d'entraide. Les partenaires « *s'apportent une aide matérielle* » réciproque dont les modalités sont fixées par le pacte et à défaut est « *proportionnelle à leurs facultés respectives* » (art. 514-4).

— **Dans son principe**, cette obligation d'entraide est **d'ordre public** et toute clause en dispensant les partenaires ou l'un d'eux serait nulle (Conseil constitutionnel, considérants 28 et 31) : la raison en est que c'est elle qui différencie le

■ 6. Cf. toutefois TGI Paris, 27 juin 2001, D. 2003.1941.

PACS d'un simple concubinage (*infra*, n° 463) et justifie la reconnaissance d'avantages fiscaux (Conseil constitutionnel, considérant 43), car l'État trouve avantage à ce que les citoyens combattent leur solitude et créent les liens personnels d'entraide avant de se tourner vers la solidarité collective.

— **Dans sa mise en œuvre**, l'attraction du régime de l'article 214 du Code civil relatif à la contribution aux charges du mariage est évidente. Comme pour celle-ci, les modalités de cette obligation peuvent être précisées par le pacte (pourvu qu'elles ne vident pas l'obligation de son contenu) : cette fixation conventionnelle peut concerner non seulement le montant (selon des normes qui devront être souples pour s'adapter aux évolutions futures), mais encore les modalités (contribution en argent ou en nature par l'industrie : activité au foyer, collaboration professionnelle, etc.). À défaut de règlement par les partenaires, ou si l'évolution des situations a par trop éloigné la fixation initiale de l'économie d'entraide, le juge pourra fixer les modalités de celle-ci. On retrouvera sans doute alors le débat qui a animé pendant un temps le droit du mariage quant au devoir de secours : est-ce une simple obligation limitée au strict nécessaire ou doit-elle tendre à égaliser les niveaux de vie (*supra*, n° 173) ? C'est cette seconde acception qui doit être préférée, non tant par référence au mariage que par prise en compte de l'économie réelle de l'idée d'entraide dans une vie commune qui caractérise le PACS (pacte de « *solidarité* »).

— **Dans sa sanction**, l'obligation d'entraide développera les conséquences de sa nature contractuelle : c'est dire qu'elle pourra donner lieu à une action en **exécution**, ainsi qu'à une responsabilité contractuelle du défaillant, voire à une action en résiliation pour inexécution (*infra*, n° 450) et éventuellement à une révocation des donations pour ingratitude.

— **Dans son régime général**, la question se pose de savoir si les sommes dues à ce titre, non expressément qualifiées d'« *aliments* », devront être soumises au corps de règles propres aux dettes alimentaires : caractères portable, incessible, incompensable, insaisissable, procédure spécifique de paiement direct, compétence juridictionnelle... (v. *infra*, n° 726 et s.).

La question de l'abandon de famille étant exclue (car l'article 227-3 du Code pénal, d'interprétation stricte, ne vise que des parents), la nature véritable de l'obligation, qui vise à pourvoir aux besoins de la vie quotidienne, devrait conduire à une réponse positive.

434 Solidarité des dettes ménagères. Selon l'article 515-4, alinéa 2, « les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante », à l'exception des « dépenses manifestement excessives », des achats à tempérament et des emprunts excédant les besoins de la vie courante.

On retrouve ici la transposition de l'article 220 du Code civil (*supra*, n° 161) avec le même objectif : c'est pour faciliter la vie quotidienne des partenaires en permettant en pratique à chacun de contracter seul sans se heurter à la méfiance d'un cocontractant réclamant la double signature que la loi oblige les deux aux

engagements souscrits par un seul. Les dettes en cause seront donc les mêmes⁷. Et si la rédaction issue de la loi de 2006 a supprimé la référence aux « *dépenses relatives au logement commun* », c'est uniquement pour exclure celles concernant un bien appartenant à un seul et affecté au logement (notamment les remboursements d'emprunt). En revanche, en cas de bien propriété indivise ou de logement locatif, les charges ou le loyer sont évidemment des dépenses assumées pour les besoins de la vie courante.

Contrairement à la rédaction de 1999, le texte actuel fait exception, comme l'article 220, pour les dépenses « *manifestement excessives* » et les crédits, qu'il faut donc entendre de la même manière (cf. *supra*, n° 161).

435 Présomption de pouvoir sur les meubles. On retrouve aussi la présomption de pouvoir de l'article 221 sur les meubles détenus individuellement (*supra*, n° 163) : chacun est réputé pouvoir en disposer librement envers les tiers, ce qui évite que ceux-ci exigent systématiquement par prudence un double consentement (art. 515-5, dernier alinéa).

436 Incidences fiscales et sociales. Peu à peu, le traitement **fiscal** du PACS s'est rapproché de celui du mariage, jusqu'à aboutir en août 2007 à une assimilation totale, tant en ce qui concerne l'impôt sur le revenu (imposition commune auparavant différée et désormais immédiate, mais aussi solidarité fiscale : CGI, art. 1691 bis) que les droits sur donations ou libéralités.

Un même mouvement se constate du point de vue **social**, tant du point de vue du Code du travail (congés) que de celui de la sécurité sociale (assimilation presque totale, à commencer par la qualité d'ayant droit)⁸.

437 Cas paradoxal du logement commun. S'il est un domaine où apparaissent clairement, malgré la réforme de 2006, le caractère encore inachevé du régime du PACS et un reste des contradictions qui ont présidé à son instauration, c'est celui qui concerne le logement commun.

Il n'existe aucune disposition analogue à celle de l'article 215 sur la protection du logement familial (v. *supra*, n° 167 et s.) tandis qu'à l'inverse, certains textes particuliers ont assimilé les partenaires à des époux, et en dernier lieu la loi du 24 mars 2014 leur étendant le bénéfice de l'article 1751 du Code civil attachant au PACS la cotitularité du bail conclu par un seul. Il n'en demeure pas moins qu'on se trouve en présence de la situation paradoxale suivante :

— **lors de la rupture**, le partenaire bénéficie quasiment des mêmes protections qu'un époux : droit au transfert du bail s'il s'agit d'un logement locatif (art. 14 de la loi du 6 juillet 1989 et art. 1751 du C. civ.), droit à l'attribution préférentielle s'il s'agit d'un logement indivis (art. 515-6, *infra*, n° 453), droit au logement gratuit durant un an après **décès** s'il s'agit d'un logement appartenant au partenaire défunt (art. 515-6, *infra*, n° 443), mais aucun droit à un bail forcé dans les autres cas de dissolution ;

■ 7. Sur le parallèle avec l'article 220, v. SOULEAU-TRAVERS, *Defrénois* 2002.569. – ALLEAUME, *D.* 2000, chron. p. 450 (au regard du droit du crédit).

■ 8. Les **pensions de réversion** ne font pas l'objet d'une assimilation (en vertu de l'article L. 39 du Code des pensions, validé par le Conseil constitutionnel : Cons. constit., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC).

— **durant le cours du PACS** en revanche, il n'existe qu'une protection imparfaite pour celui des partenaires qui ne dispose pas de titre sur le logement : si, en cas de logement locatif, le bail est désormais étendu au profit du partenaire du locataire (comme il l'est par l'article 1751 à un conjoint), en revanche, au cas où le logement appartient en propre à l'un des partenaires, celui-ci conserve le droit d'en disposer seul.

§ 2. LE PATRIMOINE

TEXTES

Code civil, art. 515-5 à 515-5-3

Art. 515-5. – Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l'article 515-4.

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

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

Art. 515-5-1. – Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale.

Art. 515-5-2. – Toutefois, demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire :

1° Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ;

2° Les biens créés et leurs accessoires ;

3° Les biens à caractère personnel ;

4° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi ;

5° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ;

6° Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

L'emploi de deniers tels que définis aux 4° et 5° fait l'objet d'une mention dans l'acte d'acquisition. À défaut, le bien est réputé indivis par moitié et ne donne lieu qu'à une créance entre partenaires.

Art. 515-5-3. – À défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8.

Pour l'administration des biens indivis, les partenaires peuvent conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions énoncées aux articles 1873-1 à 1873-15. À peine d'inopposabilité, cette convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée au fichier immobilier.

Par dérogation à l'article 1873-3, la convention d'indivision est réputée conclue pour la durée du pacte civil de solidarité. Toutefois, lors de la dissolution du pacte, les partenaires peuvent décider qu'elle continue de produire ses effets. Cette décision est soumise aux dispositions des articles 1873-1 à 1873-15.

438 Transformation en 2007. C'est incontestablement sur ce plan que le régime de 1999 était le plus complexe en pratique. Au moyen d'un seul article (ancien art. 515-5), il avait organisé un embryon de communauté pour les biens acquis à titre onéreux pendant l'union, au moyen de présomptions d'indivision⁹. Mais on était loin d'une véritable communauté : pas de règles sur les pouvoirs (de sorte que l'unanimité était requise pour toute gestion) ; pas de cohérence (il suffisait à l'un des partenaires de conserver ses titres d'acquisition pour renverser ces présomptions à son profit, alors même que l'autre en subirait les effets) ; pas de stabilité (une convention modificative pouvait écarter ces présomptions à tout moment).

Par les dispositions beaucoup plus complètes des nouveaux articles 515-5 à 515-5-3, la loi du 23 juin 2006 a transformé ce système et en a créé un autre se rapprochant beaucoup plus du modèle des régimes matrimoniaux, avec cette particularité que le régime légal est celui de la séparation de biens tandis que, par contrat, les partenaires peuvent créer une indivision fonctionnant à la manière d'une communauté¹⁰.

439 Régime « légal » : séparation de biens. Si la convention de partenariat ne prévoit rien d'autre, le principe est désormais que le PACS n'altère pas l'autonomie patrimoniale des partenaires : chacun reste seul propriétaire des biens qu'il avait auparavant et le devient seul de ceux qu'il reçoit, acquiert ou crée durant l'union, de même qu'il est seul débiteur de son passif (sous l'exception précitée des dettes ménagères).

Mais, comme en régime de séparation de biens, il lui appartient de prouver son droit sur tel ou tel bien : à défaut, ce bien sera réputé propriété indivise pour moitié des deux partenaires (ce qui n'empêche évidemment pas les partenaires qui achètent ensemble un bien particulier de stipuler des parts inégales dans l'acte d'acquisition).

Comme en régime de séparation de biens aussi, les créances que les partenaires peuvent avoir l'un contre l'autre (par exemple pour avoir contribué, par paiements ou remboursements d'emprunts, à l'accroissement ou à la conservation de ses

■ 9. Sur ces présomptions d'indivision, cf. FULCHIRON, *Defrénois* 2001, p. 949.

■ 10. V. BOSSE-PLATIÈRE, « Indivision et communauté dans le régime des biens du PACS aujourd'hui », *Mél. Goubeaux*, 2009, p. 37.

biens) font l'objet d'une évaluation modelée sur celle des récompenses entre époux (l'article 515-7, dernier alinéa, leur rend applicable l'article 1469).

440 Liberté d'organiser une quasi-communauté. L'article 515-5-1 ouvre aux partenaires la faculté d'adopter, sous la forme d'une indivision, un régime que précisent les articles suivants et qui fonctionne sur le modèle du régime de communauté réduite aux acquêts (et qui se distingue d'une indivision conventionnelle ordinaire en ce qu'elle dure autant que le PACS : art. 515-5-3, al. 3) :

— la composition de cette indivision-communauté, précisée à l'article 515-5-2, exclut les biens antérieurs, ceux reçus pendant l'union à titre gratuit ou créés par l'un des partenaires (œuvres de l'esprit, fonds de commerce, etc.) et les gains perçus tant qu'ils ne sont pas investis ;

— la gestion de cette indivision-communauté, régie par l'article 515-5-3, permet à chacun d'exercer des pouvoirs d'administration en tant que gérant de l'indivision.

Ce régime n'est que supplétif et il est possible aux partenaires de prévoir dans leur convention des règles différentes, de la même façon que des époux peuvent organiser une communauté conventionnelle s'écartant de la communauté légale (cf. *supra*, n° 185).

CHAPITRE 3

LA DISSOLUTION DU PACS

TEXTES

Code civil, art. 515-6 et 515-7

Art. 515-6. – Les dispositions des articles 831, 831-2, 832-3 et 832-4 sont applicables entre partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci.

Les dispositions du premier alinéa de l'article 831-3 sont applicables au partenaire survivant lorsque le défunt l'a expressément prévu par testament.

Lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763.

Art. 515-7. – Le pacte civil de solidarité se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. En ce cas, la dissolution prend effet à la date de l'événement.

L'officier de l'état civil du lieu d'enregistrement du pacte civil de solidarité ou le notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte, informé du mariage ou du décès par l'officier de l'état civil compétent, enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

Le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux.

Les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au pacte civil de solidarité remettent ou adressent à l'officier de l'état civil du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin.

Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre. Une copie de cette signification est remise ou adressée à l'officier de l'état civil du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte.

L'officier de l'état civil ou le notaire enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

La dissolution du pacte civil de solidarité prend effet, dans les rapports entre les partenaires, à la date de son enregistrement.

Elle est opposable aux tiers à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

À l'étranger, les fonctions confiées par le présent article à l'officier de l'état civil sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français, qui procèdent ou font procéder également aux formalités prévues au sixième alinéa.

Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. À défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.

Sauf convention contraire, les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre sont évaluées selon les règles prévues à l'article 1469. Ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante.

Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006, art. 3 à 5

Art. 3. – Dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 515-7 du Code civil, l'officier de l'état civil requis pour apposer en marge de l'acte de naissance du ou des partenaires la mention du décès ou du mariage avise sans délai l'officier de l'état civil de la commune. Ce dernier enregistre la dissolution et en informe le partenaire survivant ou, en cas de mariage, les deux partenaires.

Art. 4. – Dans le cas prévu au quatrième alinéa de l'article 515-7 du Code civil, la déclaration conjointe de dissolution est remise par les partenaires ou l'un d'eux à l'officier de l'état civil de la commune d'enregistrement du pacte civil de solidarité ou lui est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

À peine d'irrecevabilité, chaque partenaire remet ou joint à l'envoi la photocopie d'un document d'identité satisfaisant aux conditions prévues au troisième alinéa de l'article 1^{er}.

L'officier de l'état civil enregistre la dissolution. Il remet ou envoie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à chacun des partenaires, un récépissé d'enregistrement de cette déclaration.

Art. 5. – L'huissier de justice qui procède à la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 du Code civil remet sans délai, au nom du partenaire ayant décidé de mettre fin au pacte civil de solidarité, une copie de l'acte signifié à l'officier de l'état civil de la commune d'enregistrement du pacte civil de solidarité ou l'adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Après avoir enregistré la dissolution, l'officier de l'état civil en avise les partenaires.

441 **Siège principal des différences avec le mariage.** C'est lorsqu'il prend fin que le PACS se démarque le plus profondément du mariage : même si la loi du 23 juin 2006 a étendu au partenaire survivant quelques-uns des droits reconnus au conjoint veuf, notamment en ce qui concerne le logement, et si l'une des propositions faites en février 2009 par le Médiateur de la République vise à une extension des droits à pensions de réversion, l'esprit général est que, là où le mariage crée une union

intéressant le groupe familial et produisant des séquelles survivant à sa dissolution, le PACS ne crée qu'un lien personnel disparaissant lorsqu'il prend fin.

Ce qui se traduit d'une part dans les modes de dissolution du PACS, plus nombreux et plus rapides que ceux du mariage, et dans les conséquences de cette dissolution, beaucoup moins protectrices (en particulier par l'absence de droit à prestation compensatoire ou de vocation successorale)¹.

SECTION I | LES CAS DE DISSOLUTION

442

Pluralisme. En dehors de l'annulation (qui suit le droit commun de la nullité des contrats), la loi envisage et organise quatre causes de dissolution du PACS, en précisant pour chacune d'elles la date à laquelle le pacte prend fin. On peut s'interroger en outre sur un cinquième mode, tiré du jeu du droit commun de l'article 1184 du Code civil.

Deux de ces cas suivent le modèle du mariage tandis que les trois autres sont spécifiques au PACS.

§ 1. | CAS ANALOGUES AU MARIAGE

443

Dissolution par décès. La première cause de dissolution du PACS envisagée par la loi est le décès de l'un des partenaires : comme pour le mariage (mais aussi comme pour tout contrat dominé par l'*intuitu personae*), ce décès met fin immédiatement au PACS et l'officier d'état civil qui porte la mention en marge de l'acte de naissance doit en informer aussitôt celui qui avait enregistré le pacte, lequel doit faire procéder à la publicité et en outre informer le partenaire survivant pour le cas où il ne le serait pas déjà (art. 515-7 et art. 3 du décret).

Les effets du PACS cessent immédiatement, sauf envers les tiers auxquels la dissolution ne devient opposable qu'à dater des formalités de publicité (ce qui entraîne par exemple la solidarité des dettes contractées entre le décès et la publication).

Le partenaire survivant n'a pas de **vocation successorale**. Mais il peut, comme tout tiers, bénéficier d'une donation ou d'un testament, dans la limite de la quotité disponible ordinaire et non de la quotité spéciale entre époux (mais avec un tarif fiscal aujourd'hui identique à celui applicable entre époux).

Il n'a pas non plus de **droit alimentaire** sur la succession ou sur les parents et enfants de l'autre, comme c'est le cas du veuf (*supra*, n° 238).

Cependant la loi du 23 juin 2006 (art. 515-6) lui a étendu le bénéfice des droits spécifiques relatifs au **logement** ouverts au conjoint survivant par la loi du

■ 1. V. I. DAURIAC et S. GAUDEMET, *Mel. Courbe*, Dalloz 2012, p. 141 et s.

3 décembre 2001 (droits concernant le cas où le logement commun était la propriété exclusive du défunt et celui où ce logement était locatif : *supra*, n° 233 et s.).

Les termes généraux de l'article 128 du Code civil permettent d'étendre au PACS la dissolution par l'effet d'un jugement de **disparition** d'un des partenaires.

444 **Dissolution par consentement mutuel.** Il est aussi possible aux partenaires de « *mettre fin d'un commun accord* » au PACS, ce qui correspond non seulement au divorce par consentement mutuel mais aussi à la faculté de résiliation amiable ouverte aux parties pour tout contrat par l'article 1193, alinéa 2, du Code civil.

S'agissant d'un accord de volontés, il est soumis aux conditions de capacité et de consentement ordinaires. L'article 462, alinéa 6, précise seulement que si l'un des partenaires est sous **tutelle** ou **curatelle**, ce régime est sans incidence sur sa faculté de consentir à une rupture par consentement mutuel : celle-ci se fait sans « *aucune assistance ni représentation* » (le tuteur ne reparaitra que pour les opérations de liquidation).

Il faut une **déclaration conjointe écrite** remise ou adressée par lettre recommandée à la mairie ou au notaire qui a reçu le pacte, qui en avisera « *sans délai* » l'état civil du lieu de naissance de chacun (D., art. 6).

La difficulté peut surgir au stade de la **sanction** de ces conditions. Non couverte par l'autorité de chose jugée comme l'est un divorce sur requête conjointe homologuée, une déclaration viciée pour vice du consentement de l'un des partenaires ou vice de forme devrait en logique pouvoir être annulée à sa demande ou à celle de ses héritiers ou représentants s'il s'agit d'une nullité relative (vice du consentement), à la demande de tout intéressé s'il s'agit d'une nullité absolue (vice de forme). Mais les effets d'une telle annulation peuvent être considérables : le nouveau pacte conclu par l'autre partenaire sera nul (art. 515-2-3°) ; la solidarité de l'article 515-4, alinéa 2, pourra être rétablie (du moins si les partenaires ont continué la vie commune et peut-être même pour le loyer de l'ancien logement commun dans lequel un d'entre eux serait resté) ; et surtout les biens acquis après la dissolution annulée retomberont sous le régime de l'indivision conventionnelle éventuelle, ce qui peut avoir de graves conséquences à l'égard des tiers qui auraient entre-temps acquis des droits d'un seul des partenaires (la théorie de l'apparence pourra leur venir en aide).

§ 2. CAS SPÉCIFIQUES AU PACS

A. DISSOLUTION PAR RUPTURE UNILATÉRALE

445 **Principe.** Contrat à durée indéterminée, le pacte peut être résilié à tout moment par la volonté unilatérale d'un des partenaires signifiée à l'autre par acte d'huissier (art. 515-7, al. 5 et décret art. 5). On retrouve ainsi curieusement la formalité qui, à Rome, mettait fin au mariage.

Le Conseil constitutionnel a réfuté le grief de « *répudiation* » adressé à cette disposition en rappelant le principe de la prohibition des engagements perpétuels et en l'érigeant même en principe constitutionnel découlant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (considérants 61 et 67 et s.), ce qui rend

cette faculté d'ordre public et interdit toute stipulation contraire (considérants 28 et 61).

446 Tempérament : responsabilité civile. Mais la loi a réservé au juge la possibilité de statuer sur « *la réparation du dommage éventuellement subi* » et le Conseil constitutionnel a explicité ce tempérament résultant du principe général de responsabilité civile, érigé lui aussi en principe constitutionnel : « le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture ».

Ce « *notamment* » peut laisser perplexe : comme la faculté de rupture est un droit, la faute ne peut pas résulter de son exercice en lui-même et ce n'est jamais la décision de rompre qui pourra être déclarée abusive. Les conditions de la rupture sont donc **seules** à pouvoir caractériser une faute. Il serait regrettable que se développe à ce sujet un parallèle avec la jurisprudence relative à la rupture des contrats commerciaux, où la faute peut aujourd'hui résulter non seulement de la brutalité de la rupture mais encore de son caractère injustifié : il est pourtant évident qu'engager les tribunaux dans un contrôle du caractère justifié ou non de la rupture serait contraire à la nature du pacte, non commercial par excellence, et reviendrait en outre à entraver la liberté de rupture par la perspective d'avoir à subir des dommages et intérêts constituant un ersatz de prestation compensatoire.

447 Procédure. La déclaration de rupture constitue un acte unilatéral, soumis aux conditions de validité de tout acte juridique de volonté.

La loi n'envisage que la question de la capacité : pour le majeur en tutelle, la décision peut émaner de lui seul ou encore du tuteur autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille (art. 462, al. 4 et 5) ; et il en est de même pour le majeur en curatelle (art. 461, al. 3). Mais tuteur ou curateur doivent intervenir pour la signification de la rupture (mêmes textes).

La déclaration de rupture doit en effet être « *signifiée* » à l'autre partenaire ; il faut donc un acte d'huissier dont l'huissier adresse copie à la mairie ayant enregistré le pacte (D., art. 5) ou au notaire l'ayant reçu, qui en avisera l'état civil des lieux de naissance de chacun (D., art. 6), lequel avisera en retour les partenaires de l'enregistrement effectué.

C'est en effet la date de cet enregistrement qui fixe le jour de la dissolution du pacte entre les parties (art. 515-7, al. 7) : le « *délai de préavis* » de trois mois que fixait la loi de 1999 a été supprimé lors de la réforme de 2006.

B. | DISSOLUTION PAR MARIAGE

448 Mariage entre les partenaires. Les partenaires peuvent se marier entre eux et ce mariage met fin au pacte. Il n'y a ici évidemment aucune formalité préalable à cette rupture (qui n'en est pas une). Cependant, le greffe du lieu de déclaration et l'officier d'état civil du lieu de naissance sont avisés pour transcrire la dissolution et sa date. En effet, même si *a priori* les effets du mariage sont plus larges et vont venir « *absorber* » ceux du pacte, il n'en est pas toujours ainsi. En particulier, le régime matrimonial qui va prendre le relais du régime « *pacsal* » entre partenaires

ne fonctionnera pas nécessairement de la même façon et pourra même se révéler plus « *séparatiste* » à certains égards, ce qui ne sera pas sans conséquences envers les tiers.

Évidemment la dissolution ultérieure du mariage par divorce ne remettra pas le pacte en vigueur (mais l'annulation ?).

449 **Mariage d'un partenaire.** C'est la seconde façon de rompre unilatéralement le pacte : comme la déclaration unilatérale, le mariage d'un partenaire met fin immédiatement et de plein droit au pacte, sans qu'aucune formalité préalable soit nécessaire.

Cette disposition, selon le Conseil constitutionnel, « met en œuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du mariage et est en conséquence d'ordre public » mais supporte le même tempérament de la responsabilité civile, « le droit du partenaire à réparation » étant réservé « dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage » (considérant 62).

Comme précédemment, cette responsabilité civile devrait reposer seulement sur la brusque rupture (*supra*, n° 446). Ce cas pourra s'envisager notamment lorsque le partenaire qui se marie n'a pas informé de son projet l'autre qui n'apprend la dissolution du pacte qu'après coup, par l'avis que doit lui adresser le maire du lieu d'enregistrement en même temps qu'il informe l'état civil (D., art. 3).

C. | DISSOLUTION POUR FAUTE

450 **Article 1224 du Code civil.** Le pacte étant un contrat auquel le Conseil constitutionnel a précisé que s'appliquent les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles (considérant 28), rien ne permet d'écarter le jeu de la résolution pour inexécution selon les règles du désir commun des articles 1224 et suivants du Code civil². Il semble donc possible :

— à un partenaire d'agir en résolution judiciaire du pacte sur le fondement de l'article 1227 en invoquant des manquements de l'autre à ses obligations de cohabitation et d'entraide, voire à son obligation plus générale de loyauté et de bonne foi (art. 1104) ;

— aux parties d'insérer dans le pacte une clause résolutoire dont la mise en œuvre suivra le régime général de ces clauses ;

— à celui des partenaires qui s'estime victime de fautes graves de la part de l'autre de décider, après mise en demeure, d'une résiliation unilatérale (art. 1226).

On peut s'interroger sur l'intérêt de cette voie alors qu'est ouverte la voie d'une dissolution par déclaration unilatérale. Outre l'intérêt « *moral* » que certains y verront pour faire reconnaître leur « *innocence* » (c'est l'argument principal qui justifie encore le maintien du divorce pour faute), deux conséquences matérielles peuvent en résulter :

— le prononcé de la résolution peut s'accompagner de dommages et intérêts réparant le préjudice né des fautes constatées (ce qui peut inclure celui résultant de la dissolution elle-même, par une sorte d'analogie avec l'article 266 du Code civil) ;

■ 2. Cf. *Obligations*, n° 384 et s.

— la date d'effet de la résolution ne sera pas la même qu'en cas de rupture par déclaration unilatérale car il faudra compter avec sa rétroactivité, limitée il est vrai puisqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive, mais qui peut remonter à la date des manquements constatés (d'où par exemple exclusion du jeu d'une indivision pour des biens acquis entre-temps).

§ 3. | SÉPARATION DE FAIT

451 | **Le problème des pactes non dissous.** Alors que le concubinage, situation de fait, prend fin par sa cessation même, la situation de droit créée par le pacte demeurera tant qu'il ne sera pas dissous, alors même que les partenaires se seraient séparés depuis longtemps.

À la vérité, c'est dans le jeu de l'indivision conventionnelle que gît alors la difficulté (car pour ce qui concerne la solidarité de l'article 515-4, la séparation y mettra fin le plus souvent d'elle-même en faisant disparaître aussi bien les besoins de la vie courante que le logement commun). Les clauses d'indivision continueront de s'appliquer à des acquisitions nouvelles et les règles de l'indivision gouverneront les biens anciens, à l'instar des indivisions post-communautaires, sous le contrôle et l'arbitrage éventuels du tribunal au titre des articles 815-4 et suivants du Code civil. Il peut en résulter des situations complexes à l'insu des partenaires qui auraient « *oublié* » de formaliser leur rupture.

SECTION 2 | CONSÉQUENCES DE LA DISSOLUTION

452 | **Date d'effet.** La loi indique la date d'effet de la dissolution **entre les partenaires** : en cas de dissolution par décès ou par mariage, c'est « *la date de l'événement* » (art. 515-7, al. 1^{er}) ; en cas de dissolution par déclaration (conjointe ou unilatérale), c'est « *la date de son enregistrement au greffe* » (art. 515-7, al. 7). En cas de résolution judiciaire, ce sera celle fixée par le jugement (*supra*, n° 450).

Mais **envers les tiers**, la loi est moins précise. Si l'alinéa 8 de l'article 515-7 indique que la dissolution ne leur est opposable qu'à la date de l'accomplissement des formalités de publicité, il semble que ce texte ne se rapporte qu'à la dissolution par déclaration visée à l'alinéa précédent : pour la dissolution par décès ou mariage, il n'est pas impossible qu'elle produise effet immédiat même envers les tiers (comme pour la dissolution du mariage par décès).

453 | **Liquidation des intérêts communs.** L'article 515-7, avant-dernier alinéa, laisse aux « *partenaires* » (qui ne le sont plus) le soin de procéder « *eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte* ».

Il ne s'agit cependant pas là d'une obligation : les ex-partenaires pourront, s'ils le souhaitent, demeurer dans l'indivision pour les biens concernés.

Quant à cette liquidation, c'est le droit commun du partage qui s'appliquera. Toutefois, l'article 515-6 rend applicables la plupart des dispositions relatives à **l'attribution préférentielle** entre époux, quant au logement (en propriété ou en location), ou aux entreprises (agricoles, industrielles, commerciales, artisanales ou libérales). Le partenaire survivant pourra demander cette attribution préférentielle (qui ne sera cependant de droit que si le défunt l'a prévu par testament : art. 515-6, al. 2). Et, en cas de dissolution du vivant des partenaires, chacun le pourra, le juge devant trancher en cas de différend.

Quant aux **donations et libéralités**, elles suivent le droit commun et non le régime entre époux : elles ne peuvent excéder la quotité disponible ordinaire et ne sont pas révocables (sauf selon le droit commun strict de la révocation pour ingratitude de l'art. 955).

454 Ni vocation successorale, ni prestation compensatoire. Comme on l'a dit (*supra*, n° 441), c'est là que réside la principale opposition entre le mariage et le PACS.

Du point de vue successoral, le partenaire survivant n'a pas de vocation légale, mais bénéficie depuis 2006 des dispositions spécifiques au logement du conjoint survivant et en outre, s'il a été institué légataire par testament, jouira du même tarif fiscal que le conjoint (*supra*, n° 443).

Quant à la prestation compensatoire en cas de rupture du vivant des partenaires, aucun texte n'en prévoit (mais l'idée est parfois émise que la prestation devrait être étendue aux partenaires ou concubins lorsqu'au cours d'une union durable, l'un d'eux a sacrifié sa carrière professionnelle aux besoins du ménage et des enfants).

Il reste évidemment loisible aux parties, lors de la liquidation, de compenser volontairement un déséquilibre. Mais est-il possible de prévoir dès l'origine dans le pacte l'attribution d'une telle quasi-prestation compensatoire ? Sauf dans le cas où elle serait fixée à l'avance d'une manière telle qu'elle jouerait le rôle d'une clause pénale pouvant entraver le droit de rupture, une telle prévision semble pouvoir être admise, surtout si elle prend soin de reprendre les paramètres de l'article 271 du Code civil.

455 Mécanismes correcteurs : responsabilité civile, enrichissement sans cause et obligation naturelle. L'article 515-7, avant-dernier alinéa, envisage la « *réparation du dommage éventuellement subi* ». Comme on l'a vu, le Conseil constitutionnel a réservé, à propos de toute rupture unilatérale, le jeu du principe de responsabilité pour faute rattaché pour l'occasion à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (*supra*, n° 446).

Il est évident que, même en dehors de ce cas de rupture, le partenaire pourra demander réparation de tout préjudice lié à une faute de l'autre, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations dans le cadre du pacte (la responsabilité sera contractuelle) ou de faits constitutifs en eux-mêmes de fautes envers autrui comme des violences (la responsabilité sera délictuelle). Bien entendu, cette responsabilité civile aura déjà pu être mise en œuvre durant le pacte ; mais c'est le plus souvent à l'occasion de la rupture que les comptes se régleront.

En outre, le jeu de l'enrichissement sans cause et de l'obligation naturelle, voire de la société de fait, doit sans doute être réservé avec le rôle de « *soupage* » que la

jurisprudence leur a reconnu entre époux séparés de biens et entre concubins (*infra*, n° 466 et 707).

456 Règlement des différends. L'article 515-7 précise qu'« à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture ».

Le « *juge* » visé est le juge aux affaires familiales depuis la loi du 16 janvier 2009 (Code de l'organisation judiciaire, art. L. 213-3).

Quant au recours à l'arbitrage (que les parties peuvent souhaiter par souci de discrétion), s'il ne peut être imposé à l'avance dans le pacte par une clause compromissoire nulle en vertu de l'article 2061 du Code civil, rien ne s'y oppose une fois né le différend (ce n'est pas un divorce visé par l'article 2060).

TITRE 2

LE CONCUBINAGE (OU UNION LIBRE)

TEXTE

Code civil, art. 515-8

Art. 515-8. – Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

457 Terminologie. Deux expressions désignent le même phénomène, à savoir une union hors mariage présentant une certaine stabilité : le terme de concubinage, plus cru, met l'accent sur l'élément matériel (*cum cubare* : coucher avec), celui d'union libre, plus intellectuel, sur l'élément intentionnel (union libre, sans formalisme et surtout sans lien, susceptible d'être librement rompue).

Il peut exister divers degrés dans les relations hors mariage : aventure passagère, liaison plus stable mais sans cohabitation, enfin vie maritale. Elles n'ont jamais toutes mérité le nom de concubinage. Mais la question ne présentait guère de portée aussi longtemps que la loi refusait de prendre le concubinage en considération et ne lui attachait aucune conséquence. C'est l'évolution progressive de cette attitude qui, au fur et à mesure que des effets juridiques ont été reconnus au concubinage, a nécessité d'en donner une définition plus précise.

458 Évolution : de l'ignorance à la reconnaissance. Condamné par le droit canon, le concubinage (pourvu qu'il ne se complique pas d'adultère qui était alors un délit pénal) a été délibérément ignoré par le Code civil, comme en atteste le mot prêté au Premier Consul : « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* ». Mais il a fini par s'imposer en tant que situation de fait qui n'est plus regardée comme immorale¹ et dont il a bien fallu régler les conséquences. La jurisprudence

■ 1. Ainsi le fait de vivre en concubinage ne caractérise pas, pour un parent, une éducation immorale de ses enfants. V. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1976, *D.* 1976.521, note HOVASSE. – Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1979, *D.* 1980.85.

s'y est employée. Plus récemment, un certain nombre de législations particulières ont pris en compte le concubinage, non pas seulement d'ailleurs pour en déduire des droits au profit des concubins, mais également des charges². Cela peut-il aller jusqu'à une organisation d'ensemble ?

Ce n'est pas exactement ce qui résulte de l'institution du PACS, soumise à un formalisme initial. En effet, le propre du concubinage, au regard du mariage comme du PACS, est de *se constater une fois installé*, pendant sa durée ou après, non de faire l'objet d'un « prononcé » initial inaugurant une situation juridique nouvelle.

Pour autant, l'état actuel est trop disparate pour être satisfaisant. Dans son avis du 24 janvier 1984, le Conseil économique et social avait fait un recensement impressionnant des inégalités civiles, sociales ou fiscales entre situations socialement identiques selon qu'il y a mariage ou concubinage, inégalités souvent au détriment du mariage : **un cumul de solutions ponctuelles** a souvent ouvert aux concubins les avantages du mariage sans leur en faire subir corrélativement les obligations³. Peu d'entre elles ont été résorbées depuis. Et la loi du 15 novembre 1999 n'a rien ajouté à cet égard, son seul objet ayant été de définir le concubinage, sans fournir la moindre précision quant à son régime et ses effets.

459 Définition légale. Pendant longtemps, en l'absence de définition fournie par la loi (qui visait ponctuellement le concubinage dans des occasions très diverses sans en préciser le contenu), il est revenu aux tribunaux de cerner la notion. Ils l'ont fait avec une certaine relativité, retenant des conditions différentes selon la conséquence qu'il s'agissait d'en tirer (par exemple il pouvait y avoir concubinage sans cohabitation pour en déduire certains effets parentaux, mais non pour déclencher la protection en matière de bail).

Le seul point fixé était qu'il fallait être en présence d'un **couple homme-femme**. Certes, à mesure que le concubinage ouvrait des droits croissants, et que la tolérance sociologique envers l'homosexualité s'élargissait, était apparue une vigoureuse poussée pour voir reconnaître un concubinage homosexuel qui produirait des effets juridiques, mais la Cour de cassation avait repoussé ce mouvement : le concubinage continuait de s'entendre de la situation « de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »⁴, position fermement réaffirmée en 1997⁵.

■ 2. V. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait*, RTD civ. 1984.389, puis « *Les concubinages, mise à jour* », *Mél. Huet-Weiller*, 1994, p. 389.

■ 3. V. ALT, *Choisir la vie maritale ou la vie conjugale*, JCP 1983.I.3119.

■ 4. Soc., 11 juillet 1989, deux arrêts : JCP 1990.II.21553 et les remarquables conclusions DORWLING-CARTER constituant une étude exhaustive de l'homosexualité sur les plans historique, sociologique et juridique, D. 1990.582, note MALAURIE. – V. la critique RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1990.53. – V. aussi l'étude détaillée en LEVENEUR, *Situations de fait de droit privé*, LGDJ, 1990, n° 360 et s.

■ 5. Cass. 3^e civ., 17 décembre 1997, D. 1998.111, concl. (contraires) WEBER, note (approbative) AUBERT, *Deffrénois* 1998.404 et la note (critique), refusant au compagnon homosexuel le titre de « concubin » qui lui donnerait droit au transfert du bail lors du décès du locataire. Dans le même sens, à titre rétrospectif, pour la « *carte couple* » SNCF, CE, 4 mai 2001, D. 2002 p. 537 (le Conseil d'État a aussi annulé, mais sans doute pour d'autres raisons, un décret du 28 décembre 1998 qui prétendait étendre au concubin le bénéfice de l'article 828 du NCPC permettant la représentation d'une partie devant le tribunal d'instance par ses

C'est pour écarter cette restriction, qui devait d'ailleurs être plus tard condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme⁶ que la loi du 15 novembre 1999, en même temps qu'elle instituait le PACS, a fourni une **définition légale** du concubinage.

Par rapport à la situation antérieure, cette définition est à la fois plus large et plus exigeante : plus large en ce qu'elle s'étend aux **couples homosexuels** ; plus exigeante en ce qu'elle requiert désormais nécessairement une **cohabitation** (« *qui vivent en couple* ») présentant une certaine stabilité et continuité, ce que la jurisprudence exigeait déjà souvent⁷.

460 Diversité sociologique. Divers dans ses formes, le concubinage l'est aussi dans ses causes. Après avoir été souvent dû à une impossibilité de mariage, l'un des concubins étant déjà marié ailleurs, hypothèse qui s'est raréfiée avec l'élargissement des causes de divorce, il est aujourd'hui principalement issu d'un rejet du mariage et de ses contraintes (rejet souvent provisoire) ou d'un rejet du remariage et de ses complexités envers les familles de chacun. On souligne souvent qu'il y a non pas *un* mais *des* concubinages, pour faire ressortir cette diversité⁸. Un auteur a pendant un temps établi une typologie humoristique selon l'état d'esprit des intéressés : les fanfarons du concubinage, les irresponsables, les adeptes, les résignés, les transitaires, les condamnés et, pour les femmes seulement, les opprimés du concubinage⁹.

461 Caractéristique : absence de « formation » et de « dissolution » du concubinage. Les deux volets de liberté de l'« *union libre* » se traduisent aux deux extrémités dans le temps de cette situation : à l'orée, en ce qu'il n'existe aucun acte juridique qui forme le concubinage à un instant précis, la situation résultant le plus souvent d'une installation progressive dans les faits ; à la sortie, en ce qu'il n'existe corollairement aucun acte fixant une dissolution du concubinage, dont la fin peut ainsi être soit nette et instantanée (rupture ou décès), soit effilochée au cours d'un éloignement progressif.

La caractéristique du concubinage est donc, par opposition au mariage ou au PACS, de résider dans le **constat** d'une situation de fait à laquelle vont s'attacher des effets juridiques divers : son régime ne porte donc que sur lesdits effets¹⁰.

462 Conséquence quant à la preuve. Étant ainsi un simple fait juridique, le concubinage peut se prouver par tous moyens non seulement par les tiers, mais encore

parents et alliés (CE, 6 avril 2001, *D.* 2002 p. 913), disposition aujourd'hui consacrée par la loi du 20 décembre 2007 (art. 2) : cf. CPC, art. 828).

■ 6. CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne, Dr. fam.* 2010, n° 23 (condamnant la Pologne pour le refus d'un droit au logement aux concubins homosexuels).

■ 7. V. par ex. Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983.607 – Paris, 23 septembre 1999, *JCP* 2000.II.10339 ; *RTD civ.* 2000.546.

■ 8. V. RUBELLIN-DEVICHI et autres, *Les concubinages*, CNRS 1986, 2 vol., préf. CARBONNIER. – *Les concubinages en Europe*, CNRS 1989, préf. GLENDON. – « *Les concubinages* », *Études Rubellin-Devichi*, Litec, 2002.

■ 9. MALAURIE, éd. Cujas, 1^{re} éd., n° 253. – Cf. aussi CARBONNIER, n° 651, opposant plus sobrement l'union libre par libre choix à l'union libre par contrainte.

■ 10. Pour une proposition d'analyse en un acte juridique et les conséquences qui s'y attacheraient (sans doute à l'insu des intéressés et souvent à leur corps dépendant), v. A. MOLIÈRE, *RTD civ.* 2018.21.

par les concubins eux-mêmes, que ce soit pour en déduire des conséquences l'un contre l'autre ou à l'égard des tiers.

Certains textes visent parfois le concubinage « *notoire* », plus rarement d'ailleurs aujourd'hui que par le passé : ce n'est qu'une manière d'exiger une certaine stabilité ainsi qu'une preuve suffisamment convaincante.

Certaines municipalités facilitent les choses en établissant des « *certificats de concubinage* » ou « *attestations d'union libre* » qui n'ont cependant aucune valeur officielle. Mais lorsque cette preuve doit être rapportée par un tiers, on peut se heurter à la barrière de la vie privée : un « *procès-verbal de concubinage* » établi par huissier a été rejeté des débats pour ce motif¹¹.

■ 11. Cass. 2^e civ., 15 avril 1981, *Gaz. Pal.* 1981.645 ; *D.* 1982, *Inf. rap.* 38 et la note ; *RTD civ.* 1981.601, obs. PERROT. – Cf. HAUSER, *RTD civ.* 1992.49 n° 6.

CHAPITRE 1

LA SITUATION PENDANT LE CONCUBINAGE

463 Rejet des devoirs civils du mariage. Si long et si stable soit-il, le concubinage n'emporte aucun effet d'ordre familial ou touchant à l'état des personnes : pas de droit au **nom**, pas de lien avec la famille de l'autre¹, pas de présomption de paternité des enfants ni de droit à adopter conjointement (toutefois, s'il dure depuis deux ans au moins et concerne un homme et une femme, il donne accès à la procréation médicalement assistée : cf. *infra*, n° 568).

Et surtout, il n'emporte aucun des devoirs mutuels que crée le mariage :

— pas de devoir de fidélité² ;

— pas de contribution aux charges de la vie commune selon les facultés de chacun, comme c'est le cas entre époux : chaque concubin doit donc supporter les frais qu'il a exposés sans recours contre l'autre, sauf toutefois accord contraire entre eux³ ;

— pas d'obligation solidaire pour les dépenses de la vie courante⁴, même pour le loyer⁵, sauf si le bail a été souscrit aux deux noms⁶, à plus forte raison pour le

■ 1. Par ex. pas d'obligation alimentaire envers les parents ou les enfants de l'autre : Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 174.

■ 2. Voir cependant les réflexions de M.-C. VILLA-NYS, *Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille, Dr. et patrimoine* 2000, p. 88 et s.

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1991, *Bull. civ. I*, n° 92 p. 60. – Paris, 8 décembre 1992, *D.* 1994.272, note HOCHART. – Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *JCP* 2001.II.10568, note GARÉ ; *D.* 2001, note CABRILLAC ; *Defrénois* 2001 p. 93, obs. MASSIP ; *D.* 2002 p. 611, obs. LEMOULAND. – 28 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 278. – 28 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 517.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *D.* 2002, obs. LEMOULAND. – 27 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *JCP* 2005.II.10008, note CAVALIER. – Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n° 09-71261 ; *D.* 2012.980, obs. LEMOULAND et VIGNEAU. – Mais des restitutions d'allocations indûment perçues peuvent être à leur charge solidaire s'ils en ont profité ensemble : CE, 9 mars 2003, *D.* 2004.2967 ; *RTD civ.* 2004.69. – Soc., 1^{er} juillet 1981, *Bull. civ. V*, n° 631.

■ 5. Paris, 29 novembre 2005, *JCP* 2006.IV.1323.

■ 6. L'article 1751 qui répute le conjoint automatiquement co-titulaire du bail fait au nom d'un seul ne s'applique pas : TI Privas, 7 septembre 1993, *RTD civ.* 1994.81. – Paris, 20 mars 1996, *Dr. fam.* 1996, n° 1. – Cf. VIAL-PEDROLETTI, *La situation du concubin du locataire, Loy. Et Cop.* 2004 chr. 5.

remboursement d'emprunts pour le logement⁷ ; cependant, s'il y a eu mariage apparent des concubins, la jurisprudence les déclare pris à leur propre jeu et admet que, si les tiers ont légitimement pu croire à un mariage, les concubins seront tenus comme des époux, c'est-à-dire tous deux des dettes contractées par un seul pour l'entretien du ménage⁸ ; il y a là une application de la théorie plus générale de l'apparence que l'on retrouve en droit commercial pour étendre à la concubine la « *fail-lite* » du concubin lorsqu'il y a eu exploitation en commun⁹ ;

— pas d'application des mesures spécifiques d'expulsion du conjoint violent issues de la loi du 26 mai 2004¹⁰, mais le concubinage constitue une circonstance aggravante des violences (C. pénal, art. 221-4, 222-3, 222-12 et 132-80) ;

— pas d'effet en matière de filiation : non seulement il n'y a pas de présomption de paternité comme en cas de mariage, mais encore les dispositions favorisant l'adoption de l'enfant du conjoint sont ici inapplicables (cf. *infra*, n° 614).

Certains textes marquent toutefois l'esquisse d'une prise en compte du concubinage sur le plan civil : ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2009, le concubin a-t-il, comme le conjoint ou le partenaire, vocation à être désigné comme tuteur ou curateur en cas d'incapacité de l'autre (art. 449 nouveau).

464 Assimilations ponctuelles. L'absence de statut général entraîne que, selon la rédaction de chaque texte particulier, le concubinage est ou non assimilé au mariage.

C'est en matière de **protection sociale** que l'assimilation est la plus fréquente : le concubin est un ayant droit bénéficiant de l'affiliation à la sécurité sociale, de l'assurance maladie et maternité et de nombreuses autres prestations (rente d'accident du travail, capital décès, etc.). Beaucoup de systèmes privés de protection ou de retraite complémentaire prévoient aussi l'assimilation, parfois subordonnée à une certaine durée. Ce qu'il est important de retenir, c'est que l'assimilation n'est pas présumée et que la jurisprudence ne l'étend pas à des cas non visés par un texte¹¹.

On rencontre de ces textes dans divers autres domaines, notamment en matière fiscale (par exemple pour l'assiette de l'IFI et non pour l'impôt sur le revenu ni pour les droits de mutation à titre gratuit) ou sociale (l'allocation de parent isolé est refusée¹²) ; en procédure (pour le droit d'assistance dans les procédures sans avocats : CPC art. 828, 879 et 884) ; en droit du séjour des étrangers (pour le regroupement familial seulement : art. D. 331-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers) ; en droit pénal (pour la non-dénonciation de crime : art. 434-1, pour l'aggravation des peines en cas de violence : art. 132-80 et 221-4).

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2012, n° 11-25430, *Bull. civ. I*, n° 136.

■ 8. Rouen, 30 octobre 1973, *D.* 1974, somm. 19. – Certains arrêts postérieurs ont pu paraître contraires, mais il ne s'agissait que de la contribution à la dette entre les concubins et non de leur obligation envers les tiers : Paris, 21 septembre 1989, *D.* 1990.500, note PAISANT.

■ 9. Com., 16 décembre 1975, *D.* 1978.293, note TEMPLE. – 27 mars 1984, *JCP* 1986.II.20530, note DEFOSSEZ.

■ 10. Solution sans doute contestable : TGI Lille, 21 février 2006, *D.* 2006.1350, note LABBÉE ; *Dr. fam.* 2006 n° 141, obs. COPPART.

■ 11. Soc., 18 janvier 1984, *Bull. civ. V*, n° 27.

■ 12. CE 14 février 2008, n° 406740.

En outre la **présence d'enfants** communs déclenche le jeu de certaines règles de la même façon qu'entre époux : par exemple, l'occupation d'un logement appartenant à l'autre (ex)concubin ne donnera pas lieu à indemnité si elle peut être regardée comme une forme de contribution à l'entretien des enfants¹³.

Mais la jurisprudence refuse d'ouvrir au concubin l'adoption plénière des enfants de l'autre (v. *infra* n^{os} 609 et 614).

465 Contrats entre concubins. Il n'existe pas entre les concubins de régime matrimonial. Tout se passera en réalité (régime « *primaire* » mis à part) comme pour des époux séparés de biens : même autonomie juridique des deux patrimoines et mêmes techniques pour dénouer les imbrications de fait résultant d'une confusion des ressources, activités et dépenses. Il arrive à l'heure actuelle que, lors de l'achat d'un bien, les concubins passent devant notaire une sorte de contrat de « *quasi-mariage* » réglant leurs relations. Certains professionnels proposent même une formule de « **contrat de concubinage** » destiné à régir de façon générale les rapports patrimoniaux, à la manière d'un contrat de mariage. Aucun texte ne s'y oppose, sous réserve toutefois de deux limites :

— il ne faut pas qu'ils comportent de pénalité à la rupture, qui viendrait porter atteinte à la liberté de celle-ci¹⁴ ;

— la convention d'indivision qu'ils peuvent contenir est limitée à la durée de cinq ans renouvelable prévue à l'article 1873-3 (la dérogation à ce texte par l'article 515-5-3 pour le PACS ne se retrouvant pas ici).

Pour les contrats particuliers, une jurisprudence classique, dégagée à propos des **libéralités** mais applicable à tout contrat¹⁵, commandait d'en scruter les mobiles pour déclarer illicites ou immoraux ceux qui avaient pour but d'inciter à établir ou à maintenir des relations (adultères ou non), par opposition à ceux qui ne recherchaient que l'assurance d'une sécurité matérielle. Subtile et critiquée, cette jurisprudence a été solennellement abandonnée par un arrêt de principe du 3 février 1999¹⁶, confirmée ensuite en Assemblée plénière¹⁷. La validité intrinsèque de ces contrats n'est donc plus aujourd'hui contestable¹⁸. Le concubinage justifie en outre qu'on puisse les prouver même sans écrit¹⁹.

■ 13. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2011, n^o 10-27070 ; *Dr. fam.* 2011.144, note LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2011.749, obs. HAUSER.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n^o 312 ; *RTD civ.* 2006.740, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* 2006 n^o 155, obs. LARRIBAU-TERNEYRE – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n^o 10-12018 ; *RDC* 2012.157, obs. GOLDIE-GENICON – V. aussi BRIDGE, *L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture*, *RLDC* 2007.2680.

■ 15. Par ex. pour un contrat de travail : Soc., 4 octobre 1979, *Bull. civ. V*, n^o 680.

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 3 février 1999, *D.* 1999.267, rapport SAVATIER, note LANGLADE ; *D.* 1999 somm. p. 307, obs. GRIMALDI ; *JCP* 1999.II.10083, note BILLIAU et LOISEAU. – Voir aussi LARROUMET, *D.* 1999 chr. 351. – LEVENEUR, *JCP* 1999.I.152. – LEQUETTE, *Mél. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 547. – Jurisprudence confirmée même en cas d'adultère : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2000, *LPA*, 3 octobre 2000, p. 20, note MASSIP. – 29 janvier 2002, *LPA*, 24 juin 2002, p. 16, note MASSIP.

■ 17. ass. plén., 29 octobre 2004, *D.* 2004.3175, note VIGNEAU ; *Grands arrêts*, 12^e éd. n^o 28-29 ; *RDC* 2005.1273 et divers commentaires.

■ 18. Par ex. le juge doit examiner les effets d'un contrat de travail entre des concubins selon le droit commun : Soc., 8 février 2005, *Bull. civ. V*, n^o 47.

■ 19. Versailles, 22 octobre 1999, *D.* 2000 somm. 418, obs. LEMOULAND – Civ. 1^{re}, 6 septembre 2017, n^o 15-20710.

CHAPITRE 2

LA SITUATION À LA FIN DU CONCUBINAGE

466 Liquidation des intérêts communs. Même si, en l'absence de contrat et de régime quasi matrimonial, les concubins sont réputés être demeurés totalement autonomes et séparés sur le plan patrimonial, il arrivera souvent qu'ils auront en fait entremêlé leurs intérêts (biens et activités), ce qui peut soulever des problèmes de liquidation. Le règlement de ces problèmes donne lieu à un principe tempéré par quelques correctifs.

Le **principe** est l'autonomie, ce qui a deux conséquences :

— chacun est resté seul propriétaire des biens qu'il a acquis, à charge de prouver son titre ; à défaut, si on ne prouve pas à qui appartient un bien ou s'il a été acheté en commun, il sera réputé indivis et partagé comme tel¹ ; les règles du partage seront celles du droit commun, sans bénéfice des droits à attribution préférentielle spécifiques aux époux ou partenaires² ;

— chacun est resté maître de ses activités et en retire seul le profit ou supporte seul les pertes quel qu'ait pu être le mode de vie ou de gestion suivi par le couple.

Les **correctifs** imaginés par la jurisprudence pour tempérer les résultats de ce principe dans les cas les plus injustes sont assez faibles. Ils reposent sur la mise en œuvre de deux mécanismes de droit commun, dont les conditions restrictives ne permettent pas souvent le jeu :

— *l'enrichissement injustifié*, création de la jurisprudence aujourd'hui consacrée aux articles 1303 et suivants du Code civil, permet parfois d'offrir une indemnité à celui qui a bénévolement contribué à la prospérité de l'autre soit en collaborant à son activité professionnelle, soit en l'aidant à financer un projet immobilier³ ;

■ 1. Cf. MAURY, *La liquidation d'une indivision après rupture d'un concubinage*, D. 2002, chr. 1578.

■ 2. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 253 ; *JCP* 2004.II.10035, note DEVERS.

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Dr. et patrimoine* 1995, n° 1091 pour le financement d'une construction sur le terrain de l'autre. – Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 537 ; *Defrénois* 1997, 923, note très complète MILHAC. – 16 juin 1998, *RTD civ.* 1998.885. – Paris, 2 avril 1999, *D.* 1999 somm. p. 379, obs. LEMOULAND. – Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2015, n° 14-13449, pour un compte joint alimenté par les pensions

mais on souligne le caractère étroit et imprévisible de la jurisprudence à cet égard⁴ ;

— *le mécanisme de la société créée de fait* permettra de donner à chacun sa part des profits et plus-values d'une entreprise développée en commun, même à partir d'un fonds n'appartenant qu'à l'un des deux ; mais, ici aussi, la jurisprudence est rigoureuse et ne fait jouer de mécanisme que si les éléments d'une société de fait sont réunis, à savoir des apports (en capital ou travail) de chacun, une participation aux résultats et une intention de s'associer⁵ ;

— *l'obligation naturelle* peut parfois justifier un financement procuré par l'un à l'autre, mais de façon mesurée⁶ ;

— *la gestion d'affaires* pourrait être invoquée depuis que la réforme des obligations de 2016 l'a rendue applicable même si le gérant y trouve un intérêt personnel (art. 1301-4)⁷ ;

— il faut enfin signaler que, dans le cas particulier des *constructions* faites par l'un sur le terrain de l'autre, le mécanisme d'indemnisation de l'article 555 est applicable⁸.

467 Droits propres au concubin survivant. S'il n'a aucune vocation successorale (et, en cas de testament, ne bénéficie d'aucun allègement fiscal), ni aucun droit sur le logement qui appartenait en propriété au défunt, le concubin survivant peut néanmoins se prévaloir du concubinage ayant existé sur quatre points :

— on lui reconnaît le droit de se faire transférer le bail du **logement** principal qui était au nom du défunt s'il a cohabité avec lui depuis au moins un an à la date du décès (loi du 6 juillet 1989, art. 14) ;

— pourvu que le concubinage ait été stable, il peut organiser les **funérailles** du défunt⁹, s'il est jugé qu'il est le mieux placé pour en connaître les dernières volontés à cet égard ;

de l'un. – V. SINAY-CTERMANN, *Enrichissement sans cause et communauté de vie*, D. 1983 chron. 161. – GOUTTENOIRE, *Collaboration familiale et enrichissement sans cause*, Dr. fam. 1999 chr. n° 19.

■ 4. Cf. LEMOULAND, sous Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, Bull. civ. I, n°s 211 et 212 ; D. 2009.140 (oui et non pour des travaux sur un immeuble de la femme dépassant les besoins de la vie commune). – LARRIBAU-TERNEYRE, Dr. fam. 2010.35, sous Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2010, Bull. civ. I, n°s 14 et 15 – Cass. 1^{re} civ. 10 juillet 2014, n° 13-21382 (refus pour des travaux dans un logement commun).

■ 5. Les exemples de refus sont nombreux (cf. Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1985, Bull. civ. I, n° 85 – 18 juillet 1995, Bull. civ. I, n° 320 – Com., 9 octobre 2001, Bull. civ. IV, n° 165 – Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, Bull. civ. I, n° 131 – Com., 23 juin 2004, Bull. civ. IV, n°s 134 et 135 – 4 juin 2007, Dr. fam. 2007, n° 185. – Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2010, n° 08-13200, Dr. fam. 2010.35, note LARRIBAU-TERNEYRE – Com., 20 janvier 2010, n° 08-16105. – V. FAVIER, JCP 2005.I.116 – LARRIBAU-TERNEYRE, Dr. fam. 2004, n° 169). – Ceux d'application sont plus rares et généralement liés à une collaboration professionnelle (cf. Cass. 1^{re} civ., 11 février 1997, JCP 1997.II.22820, note GARÉ – 19 avril 2005, Bull. civ. I, n° 187 – Com., 3 novembre 2004, n° 02-21637).

■ 6. V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2003, n° 00-20305 admettant un droit à récompense pour la fraction excessive – V. aussi Cass. 1^{re} civ., 10 février 2016, n° 15-10150.

■ 7. V. CHÉNÉDÉ, D. 2017.71

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 14-16469, RTD civ. 2015.909, obs. DROSS – Cass. 1^{re} civ. ; 16 mars 2017, n° 15-12384 – Cass. 1^{re} civ. 15 juin 2017, n° 16-14039, Dr. fam. 2017.200, obs. BINET.

■ 9. Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2018, n° 18-20693 – Douai, 7 juillet 1998, JCP 1998.II.10173, note LABBÉE – Versailles, 26 mars 1999, Dr. fam. 2001 n° 9 – Agen, 20 janvier 1999, JCP 1999.II.10159, note GARÉ.

— le **responsable** du décès doit indemniser le concubin de son préjudice, moral ou matériel, ce préjudice n'étant plus regardé comme un dommage illégitime, même en cas de concubinage adultérin, au terme d'une longue évolution jurisprudentielle¹⁰ ;

— certaines prestations de **protection sociale** (capital décès, etc.) peuvent lui bénéficier dans les cas où le texte ou la convention qui les institue assimile le concubin au conjoint¹¹.

468 Droits propres en cas de rupture. Parce qu'il n'y a pas de lien de droit entre les concubins, la rupture peut intervenir par *décision unilatérale*. Dès l'instant où l'accord disparaît, l'union cesse sans qu'aucune procédure semblable au divorce soit nécessaire. Le départ d'un des concubins ne peut pas être considéré en soi comme une **faute**. Même en présence d'enfants communs, « *la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à l'indemnité que si elle revêt un caractère fautif* »¹². Comme le dit le professeur Catala, « *le concubinage s'accommode de la répudiation* »¹³. Il y aurait même là une liberté rendant nulle toute convention y faisant obstacle, même indirectement¹⁴.

Cependant, ici encore, le droit positif a mis en place certains **correctifs**, qui sont au nombre de trois :

— Tout d'abord, le **logement** du concubin délaissé peut être assuré par le transfert à son profit du bail qui était au nom de celui qui l'a abandonné (loi du 6 juillet 1989, art. 14) ;

— Ensuite, la **responsabilité civile** peut être mise en œuvre par le délaissé en présence de circonstances permettant de déclarer fautif le comportement de son compagnon¹⁵. Cette faute peut être relevée dans les *circonstances de la rupture* comme en matière de fiançailles¹⁶ notamment dans un abandon moral et matériel avec un enfant¹⁷. Mais elle peut également résider dans des agissements bien antérieurs, contemporains de l'établissement du concubinage. Le plus souvent, il s'agira du fait de l'homme à l'origine du concubinage : ainsi une promesse fallacieuse de mariage ou un abus d'autorité, qui aura déterminé la femme à accepter une vie commune sans mariage¹⁸ ;

■ 10. V. Obligations, n° 680.

■ 11. V. BABY, *La protection du concubin survivant*, éd. Defrénois, 2009.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 204.

■ 13. Defrénois, 1988, p. 988.

■ 14. Pour la nullité de la clause d'un contrat de travail liant indivisiblement le sort des deux concubins, v. Paris, 10 mars 1994, *D.* 1994, Inf. rap. 139. – Pour celle d'une clause instituant une pénalité : Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 312 ; *RTD civ.* 2006.740, obs. HAUSER.

■ 15. Cf. MULLER, *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources*, *D.* 1986 chr. 328.

■ 16. Paris, 4 janvier 1952, *S.* 1952.2.85, note H. MAZEAUD. – Bordeaux, 4 janvier 2000, *D.* 2000 somm. 411, obs. LEMOULAND (rupture non annoncée). Mais celui qui rompt pour retourner à son conjoint ne serait pas fautif (ce qui semble un peu vite dit : Toulouse, 23 janvier 2001, *D.* 2002 p. 614, obs. LEMOULAND).

■ 17. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1976, *Bull. civ. I*, n° 248 – Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 250. – Pour un départ brutal après 40 ans de vie commune : Cass. 1^{re} civ., 3 janvier 2006, n° 04-11016.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1957, *D.* 1958.493, note SAVATIER – Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1977, *Gaz. Pal.* 1978.1.345, note MASSIP ; *D.* 1978, Inf. rap. 185, note HUET-WEILLER.

— Enfin, l'idée d'**obligation naturelle** est parfois retenue pour admettre un « *devoir de conscience* » de l'auteur de la rupture¹⁹.

469 Conventions de rupture. Il peut arriver que les concubins, à l'instar d'époux qui divorcent, concluent une convention de fin de concubinage mettant à la charge de l'un d'eux certaines obligations. En l'absence d'un contrôle judiciaire *a priori*, comme pour le divorce, les tribunaux se réservent un contrôle *a posteriori*, permettant par exemple l'annulation d'un engagement excédant la mesure des devoirs de conscience et d'une obligation naturelle²⁰.

■ 19. Paris, 19 novembre 1974, *D.* 1975.614, concl. CABANNES; *JCP* 1976.II.18412, note SYNDET. Comp. Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1999, *JCP* 2001.II.10458, note CHASSAGNARD; *D.* 2000 somm. p. 419: l'obligation naturelle pourrait interdire d'expulser un ancien concubin d'un logement mis à sa disposition. — Cf. aussi Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1959, *D.* 1960.515, note MALAURIE. — 28 octobre 1986, *Bull. civ. I*, n° 244 — 17 novembre 1999, *D.* 2000 som. 419, obs. LEMOULAND.

■ 20. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-12018 (pour l'engagement de verser une pension forfaitaire et viagère en l'absence d'état de besoin).

DEUXIÈME PARTIE

LA DESCENDANCE

470 **Constance dans l'objet, révolution dans la structure.** Assurer sa descendance est pour la plupart des humains une préoccupation fondamentale, autant instinctive que consciente, et à l'origine de beaucoup des mouvements essentiels de la vie. Il n'y a donc rien d'étonnant à constater qu'en tous temps et en tous lieux, l'on rencontre parmi les fonctions premières de l'organisation sociale le double souci d'une part d'établir le lien de filiation entre parents et enfants, d'autre part d'assurer l'entretien et l'éducation de ces derniers jusqu'à la relève des générations. En ce qu'il comprend ce double volet concernant l'état de l'enfant et son éducation, notre droit de la famille s'inscrit dans une remarquable continuité avec celui des siècles précédents.

Là où en revanche le droit du ^{xxi} siècle marque une rupture véritablement révolutionnaire avec le précédent, c'est dans la structure de ce droit, qui a pris sa véritable autonomie.

Jusqu'alors ce régime juridique était dans la dépendance directe de celui gouvernant l'union des parents. La conception profonde faisait de la descendance l'un des *effets du mariage*, ce qui se traduisait dans les deux éléments de ce droit :

— sur le plan de l'état de l'enfant, tout le droit de la filiation était construit sur la distinction (qui a longtemps été une opposition) entre la filiation légitime, résultant d'un mariage des parents, et la filiation dite naturelle, apparue hors mariage ;

— sur le plan de l'éducation de l'enfant, on retrouvait la même relation avec le mariage des parents, selon le sort de celui-ci : durant le mariage, lien entre la puissance maritale et la puissance paternelle convergentes entre les mains du « *chef de famille* » ; en cas de divorce, lien entre le jugement de divorce et l'organisation de la « *garde* » des enfants ; enfin dispositions particulières pour l'éducation des enfants nés hors mariage.

Or deux grandes lois du début du ^{xxi} siècle ont bouleversé ces conceptions et véritablement « *révolutionné* » la matière en rompant ce lien : ni le droit de la filiation (depuis 2005) ni celui de l'éducation (depuis 2002) ne sont plus dans la dépendance du mariage existant ou non entre les parents.

La situation juridique des enfants et leurs relations avec leurs parents sont les mêmes dans les deux cas : on ne distingue plus entre l'état des enfants « *légitimes* » et celui des enfants « *naturels* » (les deux termes ont même été supprimés du vocabulaire juridique) ; et leur éducation ne tient plus compte que du simple fait que les parents vivent ensemble (mariés ou non) ou séparément, au point qu'en cas de divorce, l'organisation de cette éducation ne relève plus nécessairement du règlement du divorce ni du même juge.

Cette autonomie nouvelle avait même conduit Carbonnier, dans la dernière édition de son ouvrage, à inverser l'étude et à examiner le droit de l'enfant avant celui du couple. Même si, pour des raisons d'ordre à la fois chronologique et pédagogique, cette inversion n'a pas été suivie dans le présent ouvrage (*supra*, n° 21), sa haute valeur symbolique n'en est pas moins forte et traduit toute l'autonomie qui caractérise aujourd'hui le lien juridique « *vertical* » de l'enfant avec chacun de ses parents, indépendant des relations « *horizontales* » pouvant exister entre ces derniers.

471 Les deux volets : l'enfant-descendant et l'enfant mineur. Le terme « *enfant* » revêt en réalité deux sens : employé seul, il désigne celui qui n'est pas adulte et a besoin de l'éducation et des protections devant accompagner le jeune âge ; employé avec un complément, « *l'enfant de...* », il évoque un lien de filiation, quel que soit l'âge des intéressés.

Juridiquement, ces deux volets sont très distincts, même s'ils sont évidemment liés (car c'est le plus souvent du lien de filiation que procède la charge de l'éducation) : à l'un répond le *droit de la filiation* et à l'autre le *droit de l'éducation*.

Sous-partie 1

LE DROIT DE LA FILIATION

472 **Objet et plan.** En apparence, le droit de la filiation a un objet simple : constater et traduire juridiquement le phénomène naturel de la naissance d'un individu pour le relier à ceux qui l'ont engendré. Mais en réalité ce lien juridique a des enjeux beaucoup plus importants qu'un simple constat biologique : il s'agit véritablement de l'entrée de cet individu dans le groupe social et de la place où il y sera intégré, avec des conséquences de toutes sortes, de l'éducation jusqu'à la vocation successorale. Premier lien social, la filiation ne concerne pas seulement les « parties » à ce lien (parents et enfant) mais aussi la société elle-même, évidemment intéressée au renouvellement des générations.

C'est ce qui explique que le droit de la filiation ne se borne pas à régir la filiation spontanée, œuvre de la nature, mais s'étend aux phénomènes qui ont pour but soit d'assister médicalement cette nature lorsqu'elle est défaillante (procréation médicalement assistée), soit de la suppléer par une création artificielle (adoption).

D'où le plan de ce livre qui, après un chapitre préliminaire consacré aux données de base de la matière, envisagera successivement :

- **la filiation spontanée**, de loin la plus fréquente ;
- **la filiation assistée**, due aux progrès récents de la médecine ;
- **la filiation élective**, résultat d'une décision purement volontaire créant un lien juridique imitant le modèle naturel.

TITRE 1

LES DONNÉES DE BASE

SECTION 1 | LE LIEN DE FILIATION

473 **Définition.** En droit, la filiation est un lien juridique établi entre un enfant et un parent, soit du côté maternel, soit du côté paternel (soit le plus souvent des deux côtés).

Ce lien de filiation est un élément fondamental de l'état des personnes (au sens de l'état civil), et produit des effets importants et multiples (de l'attribution du nom à la vocation successorale, en passant par de nombreux devoirs, interdictions ou empêchements). Il constitue en même temps l'un des deux axes composant les liens de famille : c'est l'axe vertical, lien familial issu de la parenté (*supra*, n° 6), dont on sait qu'il a toujours été regardé comme le plus important et l'est sans doute encore ne serait-ce que parce qu'il est plus durable que le lien d'alliance (*supra*, n° 11).

474 **Complexité de la notion.** Ce lien juridique prend le plus souvent pour support un lien biologique : c'est parce qu'ils ont engendré l'enfant que son père et sa mère sont juridiquement désignés comme tels.

Mais la notion de filiation ne s'en tient pas à cette seule conception purement biologique. Elle peut aller au-delà et traduire des liens affectifs : de tout temps l'adoption, créatrice d'une filiation purement élective et pourtant porteuse de la même plénitude juridique, a répondu à cet autre aspect de la notion de filiation. Et plus profondément, il a toujours été admis aussi que le lien sociologique créé par une filiation « officielle » non immédiatement contestée pouvait prévaloir (surtout pour la paternité) sur la vérité biologique, par tout un jeu de présomptions et de brefs délais venant consolider juridiquement un lien biologiquement incertain : c'est ce qu'on a appelé, sous l'impulsion de Carbonnier, la part de vérité sociologique constituant le lien de filiation (part qui existait, parfois sous d'autres formes,

dès avant sa loi de 1972 qui a entendu la promouvoir par le rôle accru de la possession d'état).

D'où l'irruption d'un débat d'ordre véritablement philosophique : celui qui « *donne la vie* », au sens plein du terme, est-il celui qui engendre (vérité biologique) ou celui qui élève (vérité sociologique) ? Et aujourd'hui, avec les techniques médicales modernes d'aide externe à la procréation (« *mères porteuses* » du côté maternel, don de sperme du côté paternel), celui qui engendre est-il plutôt le fournisseur de gamètes ou celui qui accueille à la vie ?

Le lien juridique de filiation dépend de ces choix philosophiques que le droit a bien du mal à trancher : la dialectique entre l'inné et l'acquis est toujours aussi mystérieuse, y compris pour les psychologues comme en témoigne la force des aspirations à connaître ses origines chez tous ceux qui n'ont pas de certitude à cet égard (cf. *infra*, n° 479).

SECTION 2

L'ARCHITECTURE CLASSIQUE DU DROIT DE LA FILIATION

475

Discrimination selon la situation des parents. Pendant des siècles, le droit de la filiation a reposé sur une opposition fondamentale liée au mariage des parents : seuls étaient « *légitimes* » les enfants de parents mariés, les autres étant dits « *illégitimes* » ou « *naturels* ». Ce clivage fondamental n'avait rien de propre à la France, ni même à la domination du christianisme qui gouvernait le droit de la famille (le terme « *bâtard* » existe dans toutes les langues...), mais traduisait le rôle essentiel que tenait le mariage dans l'encadrement social des individus. Il créait des fortes différences de statut, non seulement sur le plan des droits à succession (« *bâtards ne succèdent point* » dans l'Ancien Droit), mais encore dans les conditions de l'établissement même du lien de filiation, souvent prohibé ou impossible en dehors du mariage. S'il nous choque aujourd'hui de faire ainsi supporter à l'enfant les conséquences des conditions de sa conception, nul ne s'en étonnait en un temps où la naissance commandait de façon beaucoup plus générale l'ensemble de la condition sociale.

Après le bref intermède du droit révolutionnaire, ayant tenté d'instituer une égalité entre enfants légitimes et naturels au nom du principe de l'égalité civile (loi du 12 brumaire an II), le Code civil de 1804 a reconduit le système traditionnel. Ce système, qui a gouverné tout le XIX^e et le XX^e siècles (y compris après la loi pourtant progressiste de 1972), opposait deux grandes catégories de filiations, elles-mêmes subdivisées :

— la catégorie des filiations perçues comme « *normales* », liées au mariage des parents : enfants **légitimes**, nés après le mariage, auxquels on a progressivement assimilé les enfants légitimés, nés avant ce mariage mais dont le statut était « *puriifié* » par ce mariage ;

— la catégorie de statut différent, et souvent inférieur, des enfants nés hors mariage, dit **naturels**, laquelle connaissait elle-même des gradations : filiation *naturelle simple* lorsque les deux parents étaient célibataires, *naturelle adultérine* lorsqu'un des parents (au moins) était marié avec un tiers, *naturelle incestueuse* quand les parents étaient unis d'un lien de proche parenté ou alliance prohibant le mariage entre eux.

476 Conséquences de cette discrimination. Cette discrimination se traduisait sur deux plans :

— d'abord sur celui de *l'établissement de la filiation* : alors que le lien de filiation légitime résultait du simple fait de la naissance en mariage, la filiation naturelle exigeait des formalités particulières pour être juridiquement établi (acte de reconnaissance, action judiciaire en déclaration, voire depuis 1982 constatation officielle d'une possession d'état) ; de surcroît, cet établissement était parfois purement et simplement interdit (l'action en recherche de paternité n'a été ouverte qu'en 1912, l'interdiction d'établir une filiation adultérine n'a été levée qu'en 1972 et celle d'établir une filiation incestueuse ne l'a jamais été) ;

— ensuite sur celui du *statut et des droits de l'enfant* (notamment quant aux droits successoraux, mais aussi quant aux liens avec l'ensemble de la famille et quant à l'autorité parentale), ceux attachés à la filiation naturelle n'ayant été que très progressivement améliorés jusqu'à une égalisation de principe en 1972 (exceptant tout de même les enfants adultérins et incestueux).

Cette hiérarchie des filiations produisait une conséquence indirecte importante. À la fois parce qu'elles étaient perçues comme une exception troublant l'ordre social (et moral), et parce qu'elles pénalisaient l'intéressé qui en était « victime », on faisait tout pour que les filiations illégitimes apparaissent ou demeurent le moins souvent possible : d'où, au nom de la « *paix des familles* », tout un jeu de présomptions et de courts délais pour dissimuler des filiations adultérines sous des liens légitimes « officiels » (difficulté des désaveux) ainsi que des mécanismes tendant à freiner l'établissement des filiations naturelles (délais d'action) et, quand elles l'étaient, à les recouvrir du manteau de la légitimité (légitimation).

En un mot, le droit de la filiation consacrait juridiquement un lien qui tentait un équilibre instable fait d'une part de vérité biologique, d'une part de convenances sociales et d'une part de vérité « *sociologique* » (tenant aux conditions spontanées d'éducation de l'enfant).

À quoi s'est progressivement ajoutée, au cours du xx^e siècle, une filiation « *volontariste* » par la voie de l'adoption, institution marginale jusqu'alors, ouverte aux mineurs depuis 1923 seulement mais de plus en plus prisée pour des raisons de divers ordres (*infra*, n° 589).

C'est en cet état que notre droit de la filiation s'est trouvé confronté de plein fouet, à la charnière des et xx^e et xxi^e siècles, à une double révolution transformant fondamentalement ses bases.

SECTION 3 | **LA DOUBLE RÉVOLUTION DU XXI^e siècle**

477

Réformes du dernier demi-siècle. Avant même la double révolution dont on va parler, le droit français avait fortement évolué : les lois du 11 juillet 1966 sur l'adoption et du 3 janvier 1972 sur la filiation (biologique) sont deux piliers de l'œuvre rénovatrice de Carbonnier. Sous des manifestations très différentes, elles ont en commun de développer la réception juridique du « *vécu affectif* » comme élément constitutif essentiel du lien de filiation : dans l'adoption, en ouvrant une forme chassant purement et simplement la relation biologique pour lui substituer un lien volontariste comme seule filiation juridique (l'adoption plénière) ; dans la filiation par le sang, en accroissant le rôle de la « *vérité sociologique* » devenu presque prépondérant par le jeu déterminant de la possession d'état.

Mais, pour novatrices qu'elles fussent, ces réformes s'inscrivaient dans un cadre classique : on y distinguait toujours d'un côté la filiation légitime, de l'autre la filiation naturelle et ses subdivisions (même si l'on avait pris soin de remplacer le terme péjoratif d'« *adultérin* » par une périphrase). C'est que l'on ne pouvait prévoir les deux événements de la fin du siècle qui allaient ensemble bouleverser la matière et emporter l'édifice, à savoir d'une part l'adhésion de la France à la Convention européenne des droits de l'homme (en 1981) et l'expansion considérable de celle-ci, d'autre part les progrès médicaux transformant la vision même de la filiation.

§ 1. | LA RÉVOLUTION DES DROITS DE L'HOMME

478

Le rejet des discriminations. Même si le droit français avait, au cours du xx^e siècle, fait des efforts en vue d'atténuer l'opposition entre filiation légitime et filiation naturelle (en ouvrant progressivement tant l'établissement de celle-ci que les droits qui s'y attachaient) et même si la loi du 3 janvier 1972 avait affiché une volonté d'égalité de principe (ancien article 334 : « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* »), ces efforts n'abolissaient pas toute discrimination : outre que certaines « *pénalités* » subsistaient au plan successoral (au détriment des enfants adultérins), l'existence même de deux catégories de filiation n'était pas remise en cause, avec d'importantes conséquences dans le mode d'établissement du lien de filiation lui-même (en particulier, là où ce lien résultait du seul acte de naissance pour l'enfant légitime, il fallait nécessairement pour l'enfant naturel un acte de reconnaissance ou une déclaration judiciaire, même si ces formalités étaient assouplies).

Ratifiée en 1981 par la France et ainsi introduite dans son droit positif, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 prohibe toutes sortes de discriminations entre les individus, notamment celles fondées sur la naissance (art. 14). Sans qu'on s'en fût aperçu tout de suite, ce texte contenait en germe l'« *explosion* » du système même opposant filiation légitime et filiation naturelle.

Cette explosion s'est réalisée au début du XXI^e siècle sous l'action d'une double pression : pression juridique par la condamnation de la France en 2000 par la Cour

européenne des droits de l'homme par le célèbre arrêt *Mazurek*, pointant le sort successoral discriminatoire fait aux enfants adultérins¹ ; pression sociologique par la véritable explosion démographique des enfants naturels (représentant moins de 10 % des naissances en 1975, mais plus de la moitié à partir de 2000).

Même après le replâtrage immédiat de l'inégalité successorale qui avait motivé l'intervention de la Cour européenne (par la loi du 3 décembre 2001 modifiant l'article 733 du Code civil), la situation n'était plus guère tenable² : d'où la refonte en profondeur du droit de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée (avec des modifications) par la loi du 16 janvier 2009, construisant un droit unitaire dépouillé des notions mêmes de filiation légitime ou naturelle³.

Cette unification n'a d'ailleurs sans doute pas épuisé tous les effets en matière de filiation du principe de non-discrimination, qui influera probablement aussi la réforme de l'adoption qui reste à faire (*infra*, n° 589).

479 **Droit d'accès à ses origines.** Dans le même temps, s'est développée la revendication d'un droit à connaître ses origines, rattaché à l'idée que le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, protégé par l'article 8 de la Convention des droits de l'homme, peut impliquer le droit d'obtenir « *des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, soit par exemple l'identité de ses géniteurs* »⁴, remettant en cause l'institution de l'« *accouchement sous X* » mais touchant aussi l'adoption plénière, voire la procréation médicalement assistée, et provoquant une première loi du 22 janvier 2002 sur l'« *accès aux origines* » sans doute destinée à de nouvelles évolutions (cf. *infra*, n° 528).

§ 2. LA RÉVOLUTION MÉDICO-SCIENTIFIQUE

480 **La certitude biologique.** Pendant des siècles, la preuve du lien biologique entre tel enfant et ses géniteurs était des plus incertaines.

C'est pour la maternité qu'elle était le plus facile, car celle-ci résulte de la naissance, fait objectif ; encore ne faut-il pas croire que cela excluait toute incertitude, touchant notamment l'identité de l'enfant, d'où la sévérité pénale envers la

■ 1. CEDH, 1^{er} février 2000, *JCP* 2000.II.10286, note GOUTTENNOIRE-CORNUT et SUDRE ; *D.* 2000.332, note THIÉRRY – V. VAREILLE, *D.* 2000 chron. 626.

■ 2. Dès 1979, la Cour européenne avait indiqué, au sujet de la loi belge, qu'elle tenait pour discriminatoire à l'encontre des enfants naturels l'exigence d'une reconnaissance maternelle : arrêt *MARCKX*, 13 juin 1979, *Grands Arrêts CEDH* n° 48 (et son écho dans TGI Brives, 30 juin 2000, *D.* 2001.27, note ARDEEF ; *RTD civ.* 2000.930, obs. MARGUENNAUD). La CEDH a finalement renoncé à l'indulgence marquée dans un premier temps pour les combats d'arrière-garde de la Cour de cassation sur le terrain du droit transitoire (CEDH Grande chambre, 7 février 2013, FABRIS, n° 16574/08, *D.* 2013.1436, note GRANET, désavouant CEDH, 21 juillet 2011, *RTD civ.* 2011.734, obs. HAUSER).

■ 3. L'Italie a suivi la même voie en décembre 2013 : v. LAFFAILLE, *D.* 2014.423.

■ 4. CEDH, 13 février 2003, *Odievre c/France*, *D.* 2003.1240, note MALLET-BRICOUT ; *JCP* 2003.II.10049, note GOUTTENNOIRE et SUDRE ; *RTD civ.* 2003.277, obs. HAUSER et 375, obs. MARGUENNAUD ; v. MALAURIE, *JCP* 2003.I.120. – Cf. aussi CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/Suisse*, *RTD civ.* 2006.727, obs. MARGUENNAUD (jugant que ce droit prévaut sur toute prescription de l'action relative à la filiation et sur le respect dû aux morts).

substitution d'enfants ou encore la « *supposition* » (simulation) d'enfant, longtemps qualifiées de crimes contre l'état civil (et d'où aussi l'usage, notamment dans les familles royales, des accouchements publics assurant de nombreux témoignages).

Mais pour la paternité, résultant de la conception, la nature des choses décuplait l'incertitude (ce qui a toujours été un grand thème en littérature et au théâtre) : le droit en était réduit à organiser un jeu de présomptions fondées sur la durée probable de la gestation, la situation matrimoniale de la mère et sa fidélité présumée (d'où l'importance du mariage désignant le père présumé).

Lors de la réforme de 1972 encore, l'état des connaissances en génétique ne permettait pas de preuve positive, mais seulement d'exclure certains liens : ce qui explique que cette loi reprenait le jeu classique de présomptions, en ouvrant simplement un peu plus la possibilité de les renverser.

Or à la fin du xx^e siècle, les progrès de la génétique ont bouleversé cette situation en rendant possible, d'abord par des analyses biologiques et ensuite par les « *empreintes génétiques* » (ADN), la certitude positive du lien biologique.

Les réactions juridiques à cette nouvelle donnée scientifique ont été hésitantes : tandis que certains en déduisaient la nécessité d'une refonte globale du droit de la filiation intégrant ces données, d'autres soulignaient les dangers sociologiques d'une recherche trop systématique (la « *paix des familles* ») en mettant en avant que le lien de filiation ne se réduit pas à un lien biologique mais comporte aussi une composante de « *vérité sociologique* » qu'il est important de protéger.

Une loi dite « *bioéthique* » du 29 juillet 1994, rénovée en 2004, n'a que partiellement abordé la question en encadrant la recherche des empreintes génétiques réservées (outre à des fins médicales) à une décision de justice les prescrivant afin d'éviter les recherches « *de curiosité* » (C. civ., art. 16-10 et 16-11). Mais en 2000, la jurisprudence, qui faisait jusqu'alors de cette recherche une question d'opportunité appréciée selon les circonstances, a pris l'initiative d'en faire un impératif juridique en posant en principe que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* » (cf. *infra*, n° 497). De sorte que la pratique judiciaire est aujourd'hui d'ordonner, à l'orée de tout contentieux et avant tout examen du fond, une expertise biologique dont le résultat sera inévitablement décisif (car quelle règle de droit peut résister à la révélation certaine de l'existence ou de l'absence d'un lien biologique et à ses effets psychologiques ?).

Ce bouleversement scientifique a ainsi incontestablement remis en cause le savant équilibre entre « *vérité biologique* » et « *vérité sociologique* » qu'avait poursuivi la loi de 1972 et même si la réforme de 2005-2009 tend toujours à un tel équilibre, une certaine aspiration du droit de la filiation « *vers le tout biologique* »⁵ est une tendance réelle de la pratique.

481 La procréation artificielle. Dans le même temps, les progrès médicaux ont permis d'assurer divers modes de procréation hors des relations charnelles : insémination artificielle, fécondation *in vitro*, conservation d'embryons permettant leur implantation différée, voire leur transfert allant jusqu'à la technique des « *mères*

■ 5. L'expression est de MALAURIE et FULCHIRON, n° 908.

porteuses ». Bien que très marginales en nombre, ces nouvelles techniques ont suscité un intérêt médiatique considérable et, partant, une bouillonnante littérature juridique par la réflexion d'ordre sociologique et même philosophique qu'elles induisent sur la notion même de filiation⁶. Il en est résulté une intervention législative par les lois « *bioéthique* » du 29 juillet 1994, réformées le 6 août 2004 et le 7 juillet 2011⁷ et introduites principalement dans le Code de la santé publique (art. L. 1244-1 et s. et L. 2141-1 et s.), mais aussi dans le Code civil (art. 311-19 et 311-20).

Les frontières entre le permis et l'interdit en ce domaine, telles qu'elles résultent de ce régime législatif, demeurent sous de régulières pressions médiatiques, d'autant qu'elles sont alimentées par des exemples étrangers plus permissifs (par exemple pour les mères porteuses, cf. *infra*, n° 583) et que s'en mêlent les droits de l'homme, l'accès à la procréation médicalement assistée ayant été reconnu comme un droit fondamental⁸ et la question de l'homoparentalité se profilant à l'horizon (*infra*, n° 568).

C'est dire qu'aujourd'hui, entre la filiation purement naturelle, qu'on appellera spontanée, et la filiation purement artificielle et élective qu'est l'adoption, la filiation médicalement assistée occupe une place entière, qui entretient des liens avec les deux autres.

SECTION 4

LE RÉGIME PARTICULIER DES ACTIONS D'ÉTAT

TEXTES

Code civil, art. 318 à 324

Art. 318. – Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable.

Art. 318-1. – Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation.

Art. 319. – En cas d'infraction portant atteinte à la filiation d'une personne, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de filiation.

Art. 320. – Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.

Art. 321. – Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité.

■ 6. V. par ex. TAORMINA, *Le droit de la famille à l'épreuve des progrès scientifiques*, D. 2006.1071.

■ 7. Commentaires BYK, *JCP* 2011. doct. 878 et BINET, *JCP* 2011. doct. 846.

■ 8. CEDH, Grande chambre, 4 décembre 2007, *Dickson c/Royaume-Uni*, *RJPF* 2005, 5/13, note PUTMAN ; *JCP* 2008.I.110, obs. SUDRE.

Art. 322. – L'action peut être exercée par les héritiers d'une personne décédée avant l'expiration du délai qui était imparti à celle-ci pour agir. Les héritiers peuvent également poursuivre l'action déjà engagée, à moins qu'il n'y ait eu désistement ou péremption d'instance.

Art. 323. – Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation.

Art. 324. – Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables aux personnes qui n'y ont point été parties. Celles-ci ont le droit d'y former tierce opposition dans le délai mentionné à l'article 321 si l'action leur était ouverte.

Les juges peuvent d'office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun.

482 Corpus général. Parce qu'elles touchent à l'état des personnes, et par là à la base même de la structure sociale, les procédures relatives à la filiation ne peuvent être entièrement fondues dans le droit commun procédural : elles méritent un régime particulier à de nombreux égards, dominé par le double souci d'un sérieux vigilant et d'un ordre public renforcé.

Alors qu'avant 1972, seuls quelques textes épars avaient permis à la jurisprudence de forger, non sans difficultés, un réseau d'actions particulières dont se dégageaient quelques lignes communes, la loi de 1972 puis la réforme de 2005-2009 ont édifié une construction à double étage : un droit commun à l'ensemble des actions relatives à la filiation, qui fait l'objet de « *dispositions générales* » (art. 318 à 324), puis un droit spécial à certaines actions, apportant à ce droit commun des dérogations particulières (art. 325 à 337).

C'est le droit commun des actions relatives à la filiation qu'il s'agit d'examiner ici, les règles spéciales dérogatoires étant plus tard précisées au sujet de chaque cas concerné.

Ce droit commun définit les principaux caractères des actions relatives à la filiation, et détermine les règles de procédure et de preuve applicables. Encore faut-il préciser que ce régime spécifique ne s'applique qu'aux actions qui portent sur la question de fond de la filiation, et non par exemple à une simple action en rectification d'état civil, à l'occasion de laquelle aucune contestation n'est soulevée⁹ ou à une pétition d'hérédité¹⁰.

La gravité de ce régime et des conflits que peut faire apparaître toute action relative à la filiation impose qu'on en fasse l'économie lorsqu'elle serait dépourvue d'enjeu : aussi l'article 318 prohibe-t-il toute action concernant la filiation d'un enfant qui n'est pas né **viable**¹¹.

■ 9. Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1983, *Bull. civ. I*, n° 38 ; *D.* 1983, 436, note MASSIP.

■ 10. Cass. civ., 9 mars 1926, *D.* 1926.I.225, note ROUAST, sauf si la filiation même est mise en cause : Cass. civ., 2 décembre 1958, *D.* 1959.293, note HOLLEAUX.

■ 11. V. C. PHILIPPE, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, *D.* 1996, chron. 29.

§ 1. NÉCESSITÉ D'UNE ACTION EN JUSTICE

483

Prévention des conflits de filiations. Comme il existe plusieurs voies non contentieuses pour établir un lien de filiation (acte de naissance, acte de reconnaissance, possession d'état, présomption légale de paternité ; cf. *infra*, n° 502 et s.), il peut arriver qu'un même enfant fasse l'objet de plusieurs liens concurrents, par exemple un acte de naissance désignant X et une reconnaissance émanant de Y, voire une possession d'état envers Z : c'est l'hypothèse désignée sous le nom de conflit de filiations. Si le droit antérieur admettait cette hypothèse et prescrivait au juge de trancher en faveur de la filiation la plus vraisemblable (ancien art. 311-12), la réforme de 2005-2009 a choisi une solution beaucoup plus radicale tendant à supprimer l'hypothèse elle-même : dès lors qu'une filiation est établie, il faut d'abord la contester en justice avant de pouvoir en établir une autre (art. 320).

L'action en justice est donc un préalable nécessaire à tout établissement d'une filiation lorsque, dans la même branche, l'enfant a déjà un père ou une mère : à défaut de cette action, l'acte second est purement et simplement sans valeur, même s'il a été matériellement dressé dans l'ignorance du premier (par exemple une reconnaissance souscrite ou un acte de notoriété de possession d'état établi alors que le précédent n'avait pas encore été transcrit sur les registres d'état civil).

§ 2. CARACTÈRES DES ACTIONS RELATIVES À LA FILIATION

484

Indisponibilité. Ce caractère, dégagé par la jurisprudence antérieure, figure désormais dans l'article 323 qui précise que « *les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation* »¹². Il s'explique logiquement parce que l'état est inhérent à la personne et participe donc de l'indisponibilité générale de la personne humaine.

Il signifie que ces actions ne peuvent pas faire l'objet de **transactions** : les parties ne peuvent, par contrat, terminer une contestation déjà née, ou prévenir une contestation à naître, comme le permet de manière générale l'article 2044. Aucune renonciation n'est possible, quelle que soit sa forme.

Le litige ne saurait non plus être porté devant des **arbitres**. Ce caractère indisponible ne concerne que les actions touchant à l'état des personnes ; les actions relatives aux conséquences pécuniaires de la filiation (exemple : une réclamation de succession) peuvent faire l'objet de transaction ou de renonciation.

En revanche, une fois rendu un jugement, l'indisponibilité de l'action ne fait pas obstacle à un **acquiescement** avant même l'expiration de délais de recours¹³.

485

Caractère personnel. Ce caractère a le même fondement que le précédent : c'est l'impossibilité de détacher l'état de la personne.

■ 12. V. HUET-WEILLER, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation*, D. 1978, chron. 223 – MURAT, *id.*, *Mél. Huet-Weiller*, 1994.341.

■ 13. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2000, *Defrénois* 2000.1058, note MASSIP.

Il signifie que ces actions ne peuvent être intentées que par l'intéressé lui-même et non par exemple par ses créanciers agissant au nom de leur débiteur (comme le permet en général l'article 1166).

Cependant, ce caractère n'empêche pas que si l'une des parties est mineure ou incapable majeure, l'action soit exercée par son représentant.

En outre, ces actions sont désormais transmissibles aux **héritiers** si l'intéressé est décédé dans le délai pour agir ou s'il avait entamé une action (art. 322), mais cela ne s'étend pas à un légataire universel¹⁴.

486 Caractère prescriptible. Toutes les fois qu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans les termes plus courts, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans (art. 321).

Le principe de la prescriptibilité est une règle nouvelle adoptée en 1972. La jurisprudence antérieure considérait que les actions d'état étaient imprescriptibles. Cette solution avait des inconvénients en raison du dépérissement des preuves de la situation et de l'incertitude qui flottait indéfiniment sur celle-ci. D'ailleurs, l'imprescriptibilité ne concernait que peu d'actions, la plupart d'entre elles étant soumises par des textes spéciaux à des délais très courts (ainsi l'action en désaveu de paternité ou l'action en recherche de paternité naturelle).

La nouvelle règle actuelle permet aux situations de fait, notamment aux possessions d'état, de se consolider avec le temps : elle correspond à l'idée selon laquelle l'écoulement d'une certaine durée éteint tous les litiges.

La prescription applicable n'est cependant pas celle de droit commun, ramenée à cinq ans par la loi du 17 juin 2008, mais une prescription de **dix ans** (plus courte que celle de trente ans introduite en 1972)¹⁵.

Elle court, soit du jour où l'individu a été privé de son état pour les actions en réclamation (c'est en général le jour de la naissance, l'intéressé n'ayant jamais eu l'état réclamé), soit du jour où il est entré en possession de son état pour les actions en contestation d'état.

Elle peut, comme toute prescription, être interrompue ou suspendue : la suspension intervient notamment en faveur des enfants mineurs et le délai est ainsi allongé de 18 ans¹⁶, ce qui le porte en fait souvent à 28 ans lorsque c'est l'enfant qui est demandeur.

Toutefois, ce délai ne constitue que le droit commun et il supporte certaines exceptions que nous rencontrerons, d'ailleurs beaucoup raccourcies par la réforme de 2005-2009 (v. par ex. pour les actions tendant à remettre en cause un lien établi, *infra* n° 552).

487 Émoussement des délais. Il est important de souligner que la rigidité des délais de prescription, inhérente à la sécurité juridique qui est leur seule véritable justification, est à l'heure actuelle combattue par une conception « souple » qui résulterait

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2014, n° 13-12480.

■ 15. Cette prescriptibilité n'est toutefois par d'ordre public international : Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 2015, n° 14-14702, au sujet de la loi allemande ne connaissant pas de prescription pour l'action en contestation de paternité.

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1990, *D.* 1990.193, note HUET-WEILLER – 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 293.

de l'obligation faite à tout juge par la Convention européenne des droits de l'homme de mettre en balance les intérêts en cause dans chaque cas particulier. Ainsi l'intérêt d'un individu à voir sa filiation établie ou à l'inverse à voir remise en cause sa filiation officielle peut, selon les circonstances, justifier que soit levée la barrière d'une prescription expirée. Imposée par la Cour de Strasbourg¹⁷, cette conception est aussi admise dans son principe par la Cour de cassation¹⁸, même si c'est avec une grande prudence¹⁹ : c'est ce qu'on appelle parfois le principe de proportionnalité²⁰.

§ 3. | RÈGLES DE PROCÉDURE

488

Compétence. En ce qui concerne la *compétence territoriale*, les règles ordinaires sont applicables : c'est le tribunal dans le ressort duquel le défendeur a son domicile qui devra être saisi.

En ce qui concerne la *compétence d'attribution*, l'article 318-1 donne une compétence exclusive aux tribunaux de grande instance.

Cette règle, dégagée par la jurisprudence antérieure, se justifie par la gravité de ce type d'actions, qui met en jeu l'état des personnes et la paix des familles, et par l'idée que la question est ainsi trop importante pour être tranchée accessoirement à une autre, mais doit constituer le centre du procès qui se déroule donc devant le tribunal de grande instance.

Cette exclusivité a pour conséquence d'écarter la compétence de toute autre juridiction relevant non seulement de l'ordre administratif, mais aussi de l'ordre judiciaire, amenée à connaître d'un problème de filiation par le canal d'un moyen de défense.

L'article 319 précise qu'en cas de délit portant atteinte à la filiation d'un individu, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de filiation. L'hypothèse envisagée est celle d'un enfant obligé de réclamer son état à la suite d'un crime ou d'un délit dont il a été la victime : ainsi, en cas de faux en écritures commis par l'officier de l'état civil, de destruction de registres de l'état civil ou encore d'enlèvement, de substitution ou de supposition d'enfant. Les tribunaux répressifs, chargés de punir les auteurs de ces infractions, ne peuvent le faire sans se prononcer sur la filiation de l'enfant ; la loi le leur interdit : le tribunal civil doit trancher la question de filiation avant que la juridiction répressive ne puisse statuer (les poursuites pénales peuvent être engagées, mais le jugement ne peut pas être rendu).

C'est une dérogation remarquable au principe général qui règle les conflits entre les juridictions civile et pénale, à savoir la règle « *le criminel tient le civil en*

■ 17. Voici en particulier CEDH, 19 juillet 2016, n° 25057/11, *Câlin c/Roumanie*, *Dr. fam.* 2016.199, note FULCHIRON – CEDH, 5 avril 2018, n° 15074/08, *D. c/Bulgarie*, *Dr. fam.* 2018.149, note FULCHIRON.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, *D.* 2015.2365, note FULCHIRON – Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2016, n° 15-19853, *D.* 2016.1980, note FULCHIRON.

■ 19. Civ 1^{re}, 5 octobre 2016, n° 15-25507, *D.* 2016.2496, note FULCHIRON ; *JCP* 2016.1276, note GARÉ – Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2016, n° 15-25058, *Dr. fam.* 2017.9, note FULCHIRON.

■ 20. V. notamment MALAURIE et FULCHIRON, n°s 1348 et s.

l'état », qui impose au juge civil de surseoir à statuer dès que le juge répressif est saisi du même fait et d'attendre la décision de celui-ci pour s'y conformer. C'est, au contraire, le civil qui tient le criminel en l'état en matière de filiation : en renversant ainsi le principe, la loi veut éviter que la question de filiation ne soit tranchée au cours d'une procédure pénale sans que les règles spécifiques du Code civil soient respectées.

489 Déroulement de l'instance. L'instance se déroule en chambre du conseil, les débats ne sont pas publics. Seul le jugement est rendu en audience publique (CPC, art. 1149).

Le dossier doit être communiqué au ministère public (CPC, art. 425-1^o) parce qu'il est regardé comme d'intérêt public d'établir la vérité des filiations.

Si, comme il arrive souvent, l'enfant dont la filiation est en cause est mineur, qu'il soit demandeur (par exemple en cas de recherche de paternité) ou défendeur (par exemple en cas de désaveu), il sera représenté soit par son représentant légal, soit en cas de conflit d'intérêts, par un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire spécialement désigné pour les besoins de la cause.

490 Mise en cause de tiers. L'issue du procès peut intéresser des tiers auxquels la décision s'imposera (cf. *infra*, n^o 492).

Aussi, la loi donne au juge des pouvoirs accrus par rapport au droit commun, en lui permettant d'ordonner d'office et directement la mise en cause des tiers intéressés (art. 324, cette intervention forcée est, en droit commun, laissée à l'initiative des parties). Cela permet de vider en une seule fois le contentieux relatif à la filiation d'un enfant, en évitant des contestations postérieures qui pourraient être faites par des tiers par le biais de la tierce opposition.

491 Voies de recours. Les voies de recours suivent le droit commun, sous réserve de deux observations :

— d'une part, le **pourvoi en cassation** présente en la matière, contrairement au droit commun, un caractère suspensif introduit en 2006 (CPC, art. 1150), l'exécution d'une décision ensuite anéantie pouvant avoir provoqué des dommages moraux irréversibles ;

— d'autre part, la **tierce opposition**, voie ouverte ordinairement aux tiers²¹ pour contester une décision propre à leur porter préjudice, présente ici un intérêt renforcé du fait que le jugement sur la filiation est doté d'une autorité absolue et leur est opposable (cf. *infra*, n^o 492) ; l'article 324 ne leur ouvre toutefois cette tierce opposition que « *si l'action leur était ouverte* », ce qui restreint considérablement cette voie par rapport au droit commun ; en outre, lorsque le jugement leur a été notifié, les tiers ne disposent que de deux mois pour l'attaquer ; sinon ils peuvent le faire pendant dix ans (et non trente ans comme en droit commun : CPC, art. 586) ; si la tierce opposition est accueillie, la logique veut

■ 21. Les héritiers et créanciers d'une partie ne sont pas des « tiers », sauf fraude à leur rencontre.

que la décision (qui avait effet envers tous) soit rétractée également à l'égard de tous, mais certains arrêts n'ont pas suivi cette logique²².

492 Autorité absolue de chose jugée. L'autorité de la chose jugée signifie que ce qui a été jugé ne peut plus être remis en question dès lors que, les voies de recours étant épuisées, la décision est définitive. Cette autorité peut être absolue, c'est-à-dire jouer vis-à-vis des tiers, ou relative, donc ne jouer qu'à l'égard des parties au procès et non des tiers. L'article 1351 pose en droit commun le principe général de l'autorité relative de la chose jugée au civil : le jugement n'est donc pas opposable aux personnes étrangères à l'instance (ce qui a pour corollaire d'élargir le champ des personnes pouvant former tierce-opposition).

Contrairement à ce texte général, l'article 324 dispose : « *Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables aux personnes qui n'y ont point été parties* ». Ces jugements sont donc dotés d'un rayonnement étendu, car l'état d'une personne doit être le même aux yeux de tous.

La Cour européenne apporte toutefois une limite à la rigidité de l'autorité de chose jugée : elle a condamné un système refusant toute révision en cas de révélation de faits nouveaux²³.

493 Effet déclaratif. Le jugement ne fait que déclarer une situation qui existe depuis la naissance. Par conséquent, l'on peut attacher à cette situation des effets rétroactifs : par exemple, les pensions alimentaires versées pour l'entretien d'un enfant par un homme qui est ensuite déclaré n'être pas le père devront être restituées²⁴. Cependant, depuis 1993, cette rétroactivité subit une restriction en ce qui concerne le *nom de l'enfant* : s'il est majeur, il faut son consentement au changement de nom qui résultera de l'établissement ou de la modification du lien de filiation (C. civ., art. 61-3)²⁵.

§ 4. RÈGLES DE PREUVE

494 Primauté des expertises biologiques. Le principe classique de la preuve par tous moyens s'est trouvé brutalement vieilli par le progrès scientifique lorsque les expertises biologiques puis les empreintes génétiques ont fourni l'assurance d'une certitude quant à ce qui n'était depuis des siècles qu'objet de présomptions et probabilités (cf. *supra*, n° 480).

Mais la médaille a son revers : est-il toujours opportun de vérifier à tout prix la vérité biologique au risque de faire exploser des situations vécues paisiblement,

■ 22. Cf. Cass. 1^{re} civ., 27 octobre 1981, *Bull. civ. I*, n° 309 – 10 décembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 344 – 9 octobre 1991, *D.* 1993.134, note C. PHILIPPE ; *JCP* 1992.II.21880, note SUTTON – V. MALAURIE et FULCHIRON, n° 1086.

■ 23. CEDH, 25 février 2014, *Ostace c/Roumanie*, n° 12547/06.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 13 février 1975, *D.* 1975.462, note MASSIP. – V. aussi Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 1984, *D.* 1984.388, note MASSIP. – 13 décembre 2008, n° 07-12042, *Dr. fam.* 2009.28, note MURAT. – MOULOUNGUI, *D.* 1996, chr. 304.

■ 25. Pour des applications, cf. Versailles, 29 avril 1993, *D.* 1993, somm. 328, obs. GRANET-LAMBRECHT – Paris, 12 janvier 2006, *RTD civ.* 2006.277, obs. HAUSER – V. aussi Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 215 – 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 293 ; *Defrénois* 2002 p. 192, note MASSIP.

lorsqu'on sait que certaines estimations (par nature approximatives) situent à environ 20 % le taux d'enfants non véritablement issus du mari ou du compagnon de la mère ?

Ici comme ailleurs, notre droit tente un équilibre qui tient au clivage suivant.

— **Hors de tout procès**, point d'expertises « *de curiosité* » laissées à la libre initiative, comme on en connaît dans certains pays étrangers : seule une décision judiciaire peut autoriser une recherche d'identification biologique, et ce dans le cadre d'une instance relative au lien de filiation. La règle est expressément édictée par l'article 16-11 al. 2 du Code civil (lois « *bioéthiques* » de 1994 et 2005) pour les empreintes génétiques (ADN) ; elle est également suivie pour les recherches par simples examens sanguins, car rien ne justifierait un régime différent.

Il n'est pas admis qu'une autorisation judiciaire soit demandée avant tout procès de filiation dans le cadre de l'article 145 du Code de procédure civile permettant au juge des référés d'ordonner des mesures d'instruction « *in futurum* » en vue d'évaluer l'opportunité d'un procès éventuel. Si un arrêt antérieur aux lois bioéthiques l'avait admis²⁶, cette voie préalable n'est plus ouverte, l'article 16-11 exigeant expressément une action relative à « *l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation* »²⁷.

— **Dans le cadre d'un procès** relatif à la filiation, la Cour de cassation a au contraire de son propre chef instauré depuis 2000 une primauté en faveur de l'expertise biologique, qu'elle a rendue en principe obligatoire par cette formule depuis lors maintes fois reproduite et consacrée en assemblée plénière : « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »²⁸. Exception est toutefois faite à cette obligation lorsque le procès porte sur la question de la possession d'état²⁹.

La mise en œuvre de cette règle suscite des précisions à trois égards.

495 **Motif légitime.** Quels peuvent être les motifs légitimes dispensant de l'expertise biologique ?

Dans un premier temps, il semble qu'ils aient été assez soupagement admis, notamment lorsque les circonstances paraissaient déjà suffisamment convaincantes par elles-mêmes³⁰. Mais la jurisprudence paraît s'être récemment durcie et rejeter une telle conviction³¹.

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994, *D.* 1994.515, note MASSIP.

■ 27. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2018, n° 17-16793 – Riom, 19 juin 1997, *D.* 1999, som. 333, obs. GAUMONT-PRAT – Montpellier, 17 mai 2004, *D.* 2005.538 – Seul le prélèvement conservatoire sur un cadavre avant inhumation pourrait être autorisé (TGI Orléans, 18 octobre 1999, *D.* 2000.620, note BEIGNIER ; *RTD civ.* 2000.814, obs. HAUSER – Dijon, 15 septembre 1999, *D.* 2000.875, note BEIGNIER), sous réserve du consentement des héritiers (Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 385).

■ 28. ass. plén., 23 novembre 2007, *Bull. civ. A.P.* n° 8 – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103 ; *D.* 2000.731, note GARÉ ; *Defrénois* 2000.769, note MASSIP – 29 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 152 – 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 251, 253, 255 et 257 – 28 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 157.

■ 29. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n° 08-20475 – Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 476 ; *Defrénois* 2006.1061, note MASSIP ; *Dr. fam.* 2006, n° 26, note MURAT.

■ 30. Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 216 ; *JCP* 2003.II.10053, note GARÉ ; *RTD civ.* 2003.71, obs. HAUSER – 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 218. – 25 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 385.

■ 31. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 157. – 29 février 2012, n° 11-12460.

Ne restent dès lors que des obstacles très forts, comme l'impossibilité matérielle³² ou l'irrecevabilité manifeste de l'action³³. Certaines décisions font aussi état de l'intérêt de l'enfant à ne pas voir sa filiation remise en cause³⁴ mais cette conception semble peiner à s'imposer³⁵, même auprès de la Cour européenne des droits de l'homme qui a décrété que l'intérêt supérieur de l'enfant serait toujours de connaître la vérité biologique, fût-ce contre son gré³⁶.

496 Cas des défunts. Les nécessités de l'expertise biologique justifient-elles de procéder à l'exhumation d'un cadavre lorsque l'un des intéressés est décédé ?

La question a fait grand bruit dans la presse au sujet de l'affaire *Yves Montand*³⁷. L'article 16-11 du Code civil, modifié en 2004, requiert que le défunt y ait consenti avant sa mort pour les empreintes génétiques, ce qui devrait s'appliquer parallèlement aux expertises sanguines.

Mais il semble que ce texte – applicable même aux défunts décédés avant la loi de 2004³⁸ – soit condamné par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que le droit à la recherche de son ascendance fait partie de la notion de vie privée et doit primer le respect dû aux morts, qui n'ont plus de vie privée³⁹, d'autant que certains se demandent à juste titre s'il s'agit de protéger le défunt ou... ses héritiers⁴⁰, lesquels doivent d'ailleurs être appelés au procès⁴¹.

L'expertise parfois ordonnée par défaut sur les enfants déjà connus du défunt est par définition fragile⁴².

497 Refus de se soumettre à l'expertise. L'expertise nécessitant une atteinte à la personne (prises de sang notamment), les principes généraux du droit français, aujourd'hui consacrés par l'article 16-11 du Code civil, commandent la liberté de chacun de s'y refuser et toute injonction ou astreinte⁴³ est exclue⁴⁴.

Mais lorsqu'il émane de l'un des parents prétendus, ce refus constitue en soi un indice dont les juges peuvent déduire toutes conséquences selon qu'il leur apparaît légitime ou non : le plus souvent, il en est déduit que l'expertise donnerait le résultat que craint l'auteur du refus : par exemple dans une action en recherche de paternité, le défendeur qui se soustrait à l'expertise sera souvent *ipso facto* déclaré être le

■ 32. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 250.

■ 33. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 252.

■ 34. TGI Lyon, 5 juillet 2007, *D.* 2007.3052, note GOUTTENOIRE. – Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009, n° 08-18398, *Bull. civ. I*, n° 97 (enfant de 62 ans).

■ 35. Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2016, n° 15-22848, *Gaz. Pal.* 18 oct. 2016, p. 14, note critique LE MAIGAT.

■ 36. CEDH, 14 janvier 2016, n° 30955/12, *Mandet c/France*, *JCP* 2016.305, note critique GARÉ.

■ 37. Paris, 6 novembre 1997, *D.* 1998.122, note MALAURIE – 17 décembre 1998, *D.* 1999.476 et la somptueuse note BEIGNIER. Dans cette affaire, l'exhumation a été ordonnée.

■ 38. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, n° 07-11573 – Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2008, n° 06-10256.

■ 39. CEDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c/Suisse*, *RTD civ.* 2006.727, obs. MARGUENAUD et 2007.100, obs. HAUSER ; *Deffrénois* 2008.573, obs. MASSIP.

■ 40. FAVIER, *JCP* 2009.I.102, n° 6. – Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, refusé de condamner le texte : Cons. constit., 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC.

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2014, n° 13-21108, *JCP* 2015.49, note DOUCHY-OUDOT.

■ 42. Car leur propre filiation, pour officielle qu'elle soit, n'est pas une certitude biologique : voir Caen, 9 janvier 2014, *JCP* 2014.320.

■ 43. Paris, 24 novembre 1981, *D.* 1982.355 ; *RTD civ.* 1992.203, obs. PERROT.

■ 44. Le droit allemand est plus coercitif : FRANCK, *L'examen biologique sous contrainte*, *RIDC* 1995.905.

père⁴⁵ sans que cela ne heurte la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁶. Lorsqu'au contraire, il émane de l'enfant (même majeur) qui ne peut connaître les conditions de sa conception, on ne peut en tirer les mêmes conséquences et il faut alors se contenter des autres indices⁴⁷.

■ 45. Cf. par ex. Cass. 1^{re} civ., 31 janvier, 7 juin et 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 46, 291 et 385 ; *RTD civ.* 2006.548, obs. HAUSER – 14 novembre 2007, n° 07-11373 – 6 mai 2009, n° 08-10936 – 12 juin 2013, n° 12-19569, *Bull. civ. I*, n° 120. – Mais ce n'est pas toujours le cas : cf. Cass. 1^{re} civ., 17 septembre 2003, *D.* 2004.659 (en l'absence de tout autre indice). – Cass. 1^{re} civ., 23 février 2011, n° 10-17799.

■ 46. CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13, *Cannone c/France*, *D.* 2016.675.

■ 47. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, *D.* 1999.651, note MASSIP. – 24 octobre 2012, n° 11-22202 ; *JCP* 2013.38, n° 6, obs. GOUTTENOIRE.

TITRE 2

LA FILIATION SPONTANÉE

498 Droit commun de la filiation. Tant que la médecine n'avait pas inventé la procréation médicalement assistée (à la fin du xx^e siècle), le droit ne connaissait qu'une opposition entre la filiation biologique et la filiation artificielle résultant de l'adoption, le régime de la première ayant été refondu par la loi du 3 janvier 1972 et celui de la seconde par celle du 11 juillet 1966. Ainsi qu'on l'a dit, l'actuelle trilogie est issue de la révolution médicale de la procréation médicalement assistée (*supra*, n^o 481) car si la filiation qui en résulte est encore une filiation biologique, elle a nécessité certaines règles spécifiques.

Il n'en reste pas moins que les filiations médicales et adoptives demeurent de très loin minoritaires de sorte que la filiation spontanée, qui concerne le plus grand nombre, constitue en quelque sorte le droit commun de la filiation.

499 Refonte de 2005-2009. C'est ce droit commun qui a été refondu et profondément simplifié par la réforme de 2005-2009 : d'abord l'ordonnance du 4 juillet 2005, prise en vertu d'une délégation consentie par le Parlement au Gouvernement¹, puis la loi de ratification du 16 janvier 2009 qui a apporté quelques substantielles modifications au nouveau régime².

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006³, cette réforme exigeait des **dispositions transitoires** précises, car il était peu concevable d'en réserver l'application aux seuls enfants nés après cette date et d'instaurer ainsi une dualité de régimes pour quasiment un siècle (la durée de la vie humaine). C'est l'objet de l'article 20 de l'ordonnance du 4 juillet 2005, lui-même légèrement retouché en 2006 et 2009.

■ 1. Commentaires : GRANET-LAMBRECHTS et HAUSER, *D.* 2006.17 – MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, éd. Defrénois, 2006 – GARÉ, *JCP* 2006.I.144 – DEKEUWER-DEFFOSSEZ, *RLDC* 2005, n^o 21, p. 34 – LEROYER, *RTD civ.* 2005.836 – BATTEUR, *JCP* 2007, éd. N. 1199.

■ 2. Commentaires : MASSIP, *Defrénois* 2009.561 – GARÉ, *JCP* 2009. Act. 59 – DIONISI-PEYRUSSE, *D.* 2009.966 – LEPROVAUX, *RJPF* 2009.3/10.

■ 3. La loi du 16 janvier 2009 ne comporte aucune disposition transitoire. Les modifications qu'elle apporte sont donc entrées en vigueur à cette date.

Le principe est donc que le nouveau régime est applicable à tous, quelle que soit la date de naissance (les ci-devant enfants légitimes ou enfants naturels deviennent donc tous des enfants simples aux droits égaux).

Des exceptions sont cependant prévues pour ne pas permettre de remettre en cause certains actes sur le fondement des nouvelles règles. Ces actes sont principalement les **successions** déjà liquidées, les **jugements** déjà rendus et les **attributions de nom** ou de **nationalité** antérieures (mais pas toutes les prescriptions déjà acquises : cf. art. 20-IV)⁴.

500 **Suppression de la filiation « légitime ».** La disposition « *phare* » de cette réforme est assurément la suppression des catégories antérieures opposant la filiation « *légitime* » à la filiation « *naturelle* ». La poussée anti-discriminatoire imposée par la « *révolution des droits de l'homme* » (*supra*, n° 478) a même conduit à pourchasser ces termes eux-mêmes dans les innombrables textes qui en faisaient usage⁵.

Cette suppression vise en réalité la notion même de filiation « *légitime* », c'est-à-dire rattachée au mariage des parents : désormais toute filiation est « *naturelle* », au sens où elle suit simplement l'ordre de la nature en rattachant séparément l'enfant d'un côté à sa mère et de l'autre à son père sans qu'importe que ces deux-là soient mariés ou non.

501 **Divisibilité de toute filiation.** L'une des conséquences majeures de cette suppression de la notion même de filiation légitime est le caractère nécessairement divisible de toute filiation : alors qu'auparavant la filiation légitime était par nature indivisible (car elle impliquait le rattachement conjoint à un père et à une mère mariés entre eux), toute filiation est désormais divisible, c'est-à-dire composée d'un lien maternel et d'un lien paternel devant être établis, traités et éventuellement contestés séparément. Il faut toutefois observer que, sur le plan de la preuve et non de la nature du lien, la présomption de paternité résultant du mariage peut placer le lien paternel dans une certaine dépendance du lien maternel (établir la maternité pourra parfois – rarement – déclencher cette présomption et inversement contester la maternité pourra faire tomber par contrecoup la paternité : cf. *infra*, n° 540 et s.).

■ 4. V. MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, préc., n° 80 et s.

■ 5. Cf. encore l'article 2 de la loi de ratification abrogeant certains textes où ces expressions figuraient encore.

CHAPITRE 1

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

TEXTES

Code civil, art. 310-1, 310-2 et 320

Art. 310-1. – La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au Chapitre II du présent Titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au Chapitre III du présent Titre.

Art. 310-2. – S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.

[...]

Art. 320. – Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.

502 Pluralité des modes d'établissement. Contrairement à la croyance parfois répandue, la filiation d'un enfant ne résulte pas automatiquement des mentions de son acte de naissance : cet acte ne fait que constater la déclaration de naissance (qui doit obligatoirement être faite dans les trois jours : art. 55 et en pratique le plus souvent par l'administration de l'établissement hospitalier), laquelle ne mentionne pas toujours le nom des parents (art. 57), cette mention n'ayant au surplus qu'une portée juridique variable.

Le lien juridique de filiation est établi selon des modes qui peuvent être plus complexes et qui sont énumérés par l'article 310-1 du Code civil. Ce simple texte d'introduction mentionne de façon générale, et sans distinguer entre la filiation paternelle et la filiation maternelle, quatre modes d'établissement qui correspondent aux quatre grandes sources de droits en général : la loi, la reconnaissance (acte juridique), la possession d'état (fait juridique) et le jugement.

Le droit ne pouvant abolir ou méconnaître les données de la nature, certains de ces modes fonctionnent de la même façon à l'égard de la filiation paternelle et de la filiation maternelle, mais ce n'est pas le cas de tous.

Aussi y a-t-il lieu de préférer au plan choisi par le Code celui qui découle de la nature, en envisageant d'abord la maternité et ensuite la paternité.

Mais il faut d'abord mentionner l'existence de certaines restrictions exceptionnelles au droit d'établir une filiation.

503 Restrictions exceptionnelles au droit d'établir la filiation. Le principe est que toute personne est en droit de voir sa filiation légalement établie. Longtemps ignoré (jusqu'en 1972, par exemple, établir une filiation adultérine était purement et simplement prohibé), ce principe résulte d'une évolution constante et trouve aujourd'hui un support dans la Convention européenne des droits de l'homme qui non seulement interdit toutes les discriminations fondées sur la naissance (art. 14) mais encore rattache à la protection de la vie privée et familiale un droit d'accès à ses origines (*supra*, n° 479).

Malgré sa force, qui conduit par exemple à considérer que les législations étrangères interdisant d'établir une filiation adultérine sont contraires à notre ordre public international¹, ce principe supporte néanmoins encore trois exceptions, dont la survie est sans doute provisoire et qui finiront probablement par être anéanties sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme :

— la première concerne les **enfants « nés sous X »** ; cette exception en voie de régression ne concerne que la maternité et sera examinée à ce propos (cf. *infra*, n° 528) ;

— la deuxième touche les **enfants dits incestueux** pour lesquels la réforme de 2005-2009 a reconduit le régime antérieur prohibant l'établissement du double lien de filiation qui ferait apparaître l'inceste et donnerait droit de cité à ses effets (art. 310-2) ; cela ne concerne que les cas d'inceste « absolu » faisant obstacle à tout mariage, c'est-à-dire entre frère et sœur ou entre ascendant et descendant par le sang (et non par adoption) ; ce « *dernier paria* »² ne peut en conséquence voir sa filiation établie que dans une seule ligne (paternelle ou maternelle), mais non ensuite dans la seconde ; et la Cour de cassation a sévèrement interdit de compenser la prohibition par le moyen d'une adoption qui aurait à tout le moins pallié le préjudice matériel et successoral³, lequel ne peut donner lieu qu'à indemnisation en cas de faute⁴ ; on peut douter que cette prohibition maintenue soit conforme à la Convention européenne des droits de l'homme⁵ ;

■ 1. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1988.321, note MASSIP.

■ 2. MALAURIE et FULCHIRON, n° 958.

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2004, *JCP* 2004.II.10064, note LABRUSSE-RIOU ; *RTD civ.* 2004.75, obs. HAUSER.

■ 4. Par exemple en cas de condamnation pénale pour inceste fautif : Crim., 23 septembre 2010, n^{os} 09-82438 et 09-84108.

■ 5. En ce sens, HAUSER, *La réforme de la filiation et les principes fondamentaux*, *Dr. fam.* 2006, étude 1, n° 11. – Comp. CEDH 16 juin 2011, n° 19535/08, *Pascaud c/ France*, *RJPF* 2011-10/41, obs. GARÉ. – L'intérêt supérieur de l'enfant peut toutefois justifier cet anonymat : v. Caen, 8 juin 2017, *D.* 2017.2107, note BATTEUR ; *Dr. fam.* 2017.224, note FULCHIRON. – À noter que l'Italie a introduit un

— la troisième concerne les enfants **placés en vue d'une adoption** plénière, l'article 352 disposant que ce placement « *fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance* » (cf. *infra*, n° 607).

- 504** **Condition d'absence de filiation préalable.** Afin d'éviter les hypothèses de « *conflits de filiations* » résultant de l'établissement dans une même branche (paternelle le plus souvent) de plusieurs filiations par des modes différents (par exemple par acte de naissance d'un côté et reconnaissance ou possession d'état de l'autre), la loi interdit d'établir un second lien dans une branche tant que le premier n'a pas été contesté en justice (art. 320 ; cf. *supra*, n° 483)⁶.

SECTION 1 | L'ÉTABLISSEMENT DE LA MATERNITÉ

- 505** **Quatre voies.** La loi prévoit quatre modes d'établissement de la maternité, entre lesquels elle organise une certaine hiérarchie : l'acte de naissance est prioritaire ; la reconnaissance et le constat judiciaire d'une possession d'état viennent ensuite ; enfin, l'action en recherche de maternité vient compléter le dispositif pour le cas d'absence de titre et de possession d'état.

§ 1. | L'ACTE DE NAISSANCE

TEXTE

Code civil, art. 311-25

Art. 311-25. – La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.

- 506** **Règle générale.** Lorsque l'acte de naissance comporte la désignation de la mère (ce qui n'est pas une mention obligatoire : art. 57 du Code civil), il en résulte désormais de plein droit l'établissement du lien de filiation à son égard.

Cette règle ne s'appliquait auparavant qu'aux enfants d'une femme mariée. Pour les enfants « naturels », il fallait en outre soit une reconnaissance, soit (depuis 1972) une possession d'état. De nombreuses mères ignorant cette nécessité en se fiant aux mentions de l'acte de naissance, il en résultait de fâcheuses surprises à leur décès, l'enfant ne pouvant hériter faute de lien établi.

Sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a attribué effet rétroactif à cette simplification, qu'elle a appliquée même aux instances en cours⁷.

assouplissement à cette prohibition, lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant, dans un décret législatif du 28 décembre 2013 (v. LAFFAILLE, *D.* 2014.423).

■ 6. Cf. déjà Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 292 jugeant qu'une reconnaissance faisait obstacle à l'établissement d'un lien contraire par possession d'état tant qu'elle n'était pas annulée.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 73. – Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-16968, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD civ.* 2011.114, obs. HAUSER.

Il en résulte, compte tenu de la règle de priorité de l'article 320, que la maternité ne pourra être établie par un autre mode que dans deux séries de cas : soit lorsque l'acte de naissance ne désigne pas la mère ; soit lorsque cette désignation aura été préalablement contestée en justice par une action en contestation (cf. infra, n° 550).

§ 2. LA RECONNAISSANCE DE MATERNITÉ

TEXTE

Code civil, art. 316

Art. 316. – Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi.

507 Définition. La reconnaissance est l'acte volontaire par lequel un parent déclare être l'auteur de l'enfant et vouloir établir le lien de filiation à son égard.

C'est un **acte juridique** car il procède de la volonté de son auteur en vue de produire l'effet juridique qu'est l'établissement du lien de filiation. Mais comme cet acte porte sur un fait antérieur (la conception), il a en réalité pour objet une preuve, ce qui le rapproche à certains égards de l'aveu⁸.

Connue depuis longtemps, mais pour les seuls enfants « *naturels* », la reconnaissance avec la réforme de 2005 n'a pas changé de nature juridique mais de domaine puisqu'elle concerne désormais tous les enfants. En même temps, son rôle s'est un peu modifié en ce qu'elle est devenue un mode subsidiaire d'établir la filiation.

508 Caractère subsidiaire. C'est seulement « *lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la Section I* » (c'est-à-dire, pour ce qui concerne la maternité, par l'acte de naissance en vertu de l'article 311-25) que la filiation peut être établie par une reconnaissance.

Innovation de la réforme de 2005, ce caractère subsidiaire emporte une conséquence pratique importante dans le cas de *reconnaissance prénatale* : bien que celle-ci soit antérieure à l'acte de naissance (de sorte qu'elle devrait avoir priorité sur lui si l'on appliquait le principe chronologique de l'article 320 : *supra*, n° 483), cette reconnaissance subsidiaire ne pourra devenir efficace qu'après le succès d'une action en contestation de l'acte de naissance faisant « *tomber* » le lien de maternité en résultant.

■ 8. Sur cette double nature, v. CARBONNIER, n° 487.

509 Auteur de la reconnaissance. Acte essentiellement personnel, la reconnaissance ne peut émaner que de la mère elle-même. Même si elle est mineure ou majeure protégée, elle n'a aucune autorisation à solliciter. Et en aucun cas un représentant légal (tuteur, etc.) ne peut y procéder pour le compte d'un incapable. De même, elle ne peut pas être faite par les héritiers du parent⁹.

La volonté de l'auteur est *nécessaire* : la reconnaissance serait nulle en cas de vice du consentement. Cette volonté est en même temps *suffisante* : ni la famille de celui qui reconnaît, ni l'enfant reconnu (ou son représentant légal), ni l'autre parent ne peuvent s'y opposer.

510 Moment de la reconnaissance. La reconnaissance peut intervenir avant même la naissance (dans un testament notamment, pourvu qu'il soit authentique) à condition que l'enfant soit déjà conçu : elle est subordonnée à ce qu'il naisse vivant et viable¹⁰. Mais elle prend date dès qu'elle est faite, ce qui lui donne priorité sur une seconde date. Elle peut aussi être effectuée du vivant de l'enfant, quel que soit son âge. Elle peut encore l'être après son décès : dans ce dernier cas, même si elle est souvent dictée par l'intérêt successoral de son auteur, cela ne suffit pas à l'interdire.

La reconnaissance est mentionnée sur l'acte de naissance de l'enfant puis portée à la connaissance de l'autre parent s'il y a lieu (C. civ., art. 57-1).

511 Formes de la reconnaissance. La loi exige que ce soit un **acte authentique** afin que celui qui l'a fait soit conscient de l'importance de sa déclaration et que sa liberté soit mieux assurée (art. 316).

Mais il n'y a aucune autre condition de forme : il n'y a pas de formule rituelle à prononcer, il suffit que les termes employés identifient l'enfant et révèlent une volonté personnelle et certaine de le reconnaître. Et, surtout, aucune preuve n'est demandée.

La condition d'authenticité peut se réaliser de diverses manières :

a) Par déclaration devant l'officier de l'état civil, dans l'acte de naissance ou par acte séparé, avant ou après que l'enfant ait été déclaré à l'état civil ; elle peut être faite devant n'importe quel officier d'état civil (pas forcément celui du lieu de naissance) et sera mentionnée sur l'acte de naissance (art. 62). Elle peut être contenue dans un acte d'une autre nature, tel qu'un acte de décès¹¹ et peut être implicite : ainsi a-t-il été admis que la déclaration de décès d'un enfant par une personne s'en déclarant le grand-père valait reconnaissance par le déclarant du père de l'enfant¹².

En aucun cas, si invraisemblable puisse-t-elle paraître, la reconnaissance ne peut être refusée par l'officier d'état civil : il peut seulement la signaler au ministère public qui appréciera s'il y a lieu de la contester comme il en a la possibilité (v. *infra*, n° 554).

■ 9. Par ex. est sans valeur la mention de la filiation dans un acte de décès établi sur déclaration d'un tiers : Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 5.

■ 10. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994, *D.* 1995.601, note MIRABAIL.

■ 11. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1981, *D.* 1982.105, note HUET-WEILLER.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1981 préc.

b) Par acte notarié : la reconnaissance peut être contenue dans un acte notarié dressé à cette fin ou à l'occasion d'un acte ayant un autre objet principal, notamment un testament, pourvu qu'il soit notarié et non simplement olographe¹³.

c) Par aveu judiciaire, résultant d'une déclaration faite devant un juge dans des conclusions écrites¹⁴ ou encore oralement lors d'une comparution personnelle¹⁵.

512 Nullité de la reconnaissance. Une reconnaissance peut être attaquée de deux façons bien différentes : si l'on met en cause le lien de filiation qu'elle établit, elle peut faire l'objet d'une action en contestation de filiation (ensemble d'actions dont le régime sera étudié plus loin : *infra*, n° 549 et s.) ; mais si l'on met en cause la validité intrinsèque de l'acte de reconnaissance, c'est d'une **action en nullité** qu'il s'agit.

En effet, la reconnaissance étant un acte juridique, le droit commun des nullités est applicable : il s'agira soit d'une **nullité absolue** en cas d'inobservation de l'authenticité (reconnaissance par acte sous seing privé ou incompétence de l'officier de l'état civil) ou si la reconnaissance porte sur un enfant qui ne peut en faire l'objet (enfant incestueux dont la filiation à l'égard de l'autre parent est déjà établie en cas d'inceste absolu), soit d'une **nullité relative** pour vice du consentement, notamment pour dol ou violence.

513 Effet déclaratif de la reconnaissance. La reconnaissance, parce qu'elle constate une filiation préexistante, **rétroagit** au jour de la naissance (et même, si nécessaire, au jour de la conception) : l'enfant est réputé avoir toujours été rattaché à celui qui ne l'a reconnu que plus ou moins longtemps après la naissance.

C'est donc son auteur qui doit supporter la charge définitive de ses frais d'éducation – et en aucun cas un tiers¹⁶.

Si des successions ont été liquidées depuis sa naissance, auxquelles il aurait dû venir, il pourra réclamer sa part.

Mais la rétroactivité ne saurait être utilisée au-delà des *limites raisonnables*. Il ne saurait être question de s'en prévaloir pour critiquer le mariage d'un enfant mineur sous prétexte qu'il a été contracté sans le consentement des parents dont la reconnaissance est postérieure à ce mariage : il en est de même pour tous les actes accomplis par les premiers représentants de l'enfant (par exemple quant à la gestion de son patrimoine) qui se trouvent, du fait de la reconnaissance, sans qualité (c'est une application de la théorie de l'apparence).

514 Effet absolu de la reconnaissance. La reconnaissance est une preuve de la filiation : *l'enfant peut se prévaloir de cette qualité envers toute personne*, et il appartiendra aux tiers de la contester par une action en justice s'ils sont dans un

■ 13. Cass. 1^{re} civ., 2 février 1977, *D.* 1978. TR 276, note HUET-WEILLER.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1981, *Bull. civ. I*, n° 244.

■ 15. Pour un exemple : Bordeaux, 24 septembre 1997, *D.* 2000, somm. p. 157, obs. GRANET. – Mais le simple défaut de comparution ou de contestation dans une procédure relative à une pension alimentaire n'est pas suffisant : Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 123 ; *D.* 1994.346, note MASSIP. – 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 106 ; *D.* 1995, somm. 116, obs. GRANET.

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1977, *D.* 1977, Inf. rap. 436, note HUET-WEILLER. – 12 décembre 2000, *JCP* 2001.II.10478, note CASEY.

cas où l'action leur est ouverte (cf. *infra*, n° 552 et s.). Les tiers peuvent pareillement l'invoquer à leur profit.

515 Effet irrévocable de la reconnaissance. Acte juridique, la reconnaissance ne peut être arbitrairement retirée une fois faite. C'est seulement en contestant en justice sa validité et son exactitude qu'on peut la remettre en question : son auteur ne peut se rétracter par simple dénégation, même avec l'accord de l'autre parent¹⁷.

L'application de cette règle soulève des difficultés lorsque la reconnaissance est faite dans un acte notarié ayant un objet principal qui, par nature, est révocable, comme un testament. On estime souvent qu'il faut distinguer dans cet acte la partie successorale, révocable, et la partie déclarative de reconnaissance, qui ne le serait point. Mais cette opinion n'est pas unanime¹⁸.

§ 3. LA POSSESSION D'ÉTAT JUDICIAIREMENT CONSTATÉE

TEXTES

Code civil, art. 317, 311-1, 311-2 et 330

Art. 317. – Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.

L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et, si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1.

La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance.

La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

[...]

Art. 311-1. – La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

1° que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

2° que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

3° que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

4° qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

■ 17. Cf. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 183 – 4 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 292.

■ 18. Cf. en particulier CARBONNIER, n° 485.

5° qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.

Art. 311-2. – La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

[...]

Art. 330. – La possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu.

516 Double condition. Si dans le droit antérieur (tel qu'issu de la loi de 1972) la possession d'état pouvait parfois suffire à établir par elle-même un lien de filiation, cela n'allait pas sans de nombreuses difficultés d'ordre tant pratique que juridique : s'agissant d'une situation qui résulte de la convergence d'éléments divers et qui de plus n'est pas instantanée mais n'acquiert consistance que par son étalement sur un certain temps, il était difficile tant en fait qu'en droit de déterminer à quel moment elle commençait à produire effet et si cet effet était définitif ou susceptible d'être recouvert par une possession d'état différente postérieure¹⁹. Dans une conception tentant de faire l'équilibre entre le souci sociologique et les nécessités pragmatiques d'un état civil fiable²⁰, la refonte de 2005 a simplifié les choses : l'établissement de la filiation par ce mode exige non seulement *l'existence* d'une possession d'état, mais encore son constat par un acte juridique et c'est seulement cette concrétisation qui établit le lien. D'où la nécessité de cumuler une possession d'état et son *constat* judiciaire.

A. | UNE POSSESSION D'ÉTAT

517 Définition. C'est, appliquée à la filiation, la même notion que celle que nous avons rencontrée touchant les époux (v. *supra*, n° 97).

C'est donc une présomption légale relative à la filiation, déduite de la situation apparente : partant d'un ensemble de faits connus qui sont les éléments constitutifs de la possession d'état, on induit un fait inconnu, la filiation de l'intéressé.

En fait, la possession d'un état est l'apparence de cet état, de la même manière que la possession d'un bien est l'apparence de sa propriété.

C'est une notion essentiellement flottante : la loi précise les principaux éléments qui la constituent et ses caractères (art. 311-1 et 311-2).

518 Éléments constitutifs : *nomen, tractatus, fama*. L'article 311-1 du Code civil a repris, en les détaillant parfois, les trois éléments traditionnellement dégagés comme caractéristiques de la possession d'état.

— **Le nom (*nomen*) :** il s'agit du nom effectivement porté par l'intéressé, qui contribue à l'apparence d'intégration, en étant précisément celui qui découle normalement de la filiation invoquée.

■ 19. Voir notamment REMOND-GOULLAUD, *La possession d'état d'enfant*, RTD civ. 1975.459. – VIDAL, *Le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de filiation*, in *Mél. Hebraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981 p. 887. – J. GROSLIÈRE, *La possession d'état, pivot du droit de la filiation, ou le danger d'une vérité sociologique* : D. 1991, chron. 149.

■ 20. Dénoncés (peut-être avec un peu d'excès...) par CARBONNIER comme une « pente bureaucratique » et un « goût policier pour les papiers bien en règle » (n° 460).

— **Le traitement (*tractatus*)** : c'est la manière dont l'enfant est traité par ses prétendus parents et celle dont l'enfant les a considérés. S'il est traité comme un enfant et s'est comporté à leur égard comme tel, cet élément de la possession d'état est constitué ; à cet égard, il y a lieu de rechercher si, en cette qualité de père et mère, ces personnes ont pourvu à son entretien, à son éducation et à son établissement dans la vie²¹.

— **La réputation (*fama*)** : c'est la situation de l'enfant aux yeux de la famille, des étrangers et de l'autorité publique (d'après les papiers délivrés par l'administration). Ce dernier indice a été introduit par la loi de 1972 dans le but de faciliter l'emploi de l'institution. L'enfant doit être reconnu comme tel par ces différents groupes.

519 Convergence non exhaustive. Les éléments énumérés ne constituent pas les seuls indices de la possession d'état que l'on puisse invoquer : ce ne sont que les principaux faits. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous réunis²² et, inversement, il peut s'en adjoindre d'autres.

Ce qui est nécessaire, par contre, c'est que plusieurs éléments soient réunis et qu'ils soient significatifs : ils doivent « *indiquer le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir* » (art. 311-1). Cette question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se refusant de façon traditionnelle à contrôler cette notion²³. Ainsi, selon leur sentiment, les juges pourront-ils décider qu'il y a possession d'état alors même que tous les éléments énumérés par la loi ne sont pas réunis, ou, au contraire, la rejeter malgré la réunion de certains de ces éléments s'ils ne paraissent pas assez révélateurs²⁴.

520 Continuité de la possession d'état. Cette condition, inscrite dans l'article 311-2, tend à mettre fin aux hésitations jurisprudentielles provoquées par l'exigence antérieure d'une possession constante. Mais, tout en manifestant que le temps est un élément nécessaire de la possession d'état, elle soulève plusieurs difficultés.

La possession d'état peut-elle être **intermittente** ? À cet égard, il faut répondre par l'affirmative : une cohabitation quotidienne n'est pas requise ni même des relations constantes²⁵ ; il doit seulement y avoir un comportement habituel à celui qui caractérise les rapports parents-enfant qui peut prendre des manifestations variables et s'adapter aux circonstances : il n'est même pas nécessaire que le même élément soit continu, s'il a été relayé par d'autres²⁶. Encore faut-il néanmoins une durée suffisamment significative²⁷.

■ 21. Le versement forcé d'une contribution par suite d'une condamnation judiciaire est sans effet car il n'est pas spontané : Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 166.

■ 22. Cf. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 120 – 16 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 98 (pas de *tractatus*).

■ 23. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 157.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 1989, *D.* 1989.398, concl. CHARBONNIER.

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 69.

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *D.* 1997.48, note MASSIP ; *RTD civ.* 1996.374, obs. HAUSER – 16 mars 1999, *Bull. civ. I*, n° 98.

■ 27. Cf. Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *D.* 1994.346, note MASSIP (relations épisodiques). – 25 octobre 2005, n° 03-19274 ; *Dr. fam.* 2006.2, note MURAT ; *RTD civ.* 2006.100, obs. HAUSER (enfant n'ayant que trois ans lors de la condamnation à mort du parent prétendu).

Mais en cas de **conflit de possessions d'état successives**, on propose parfois de faire prévaloir, sauf fraude, la possession actuelle, mais on trouve des décisions contraires : la solution dépendra en réalité du rôle qu'on entend faire jouer à la possession d'état dans chaque espèce, et ne peut pas être unitaire. Ce qui est le plus probable, c'est que cette succession rende chaque possession d'état équivoque²⁸.

Enfin, la possession d'état doit-elle perdurer encore au jour où l'on s'en prévaut ? Des arguments de texte militent en faveur des deux solutions possibles : ainsi, en exigeant au présent, à propos de la réputation, que l'enfant « *soit reconnu pour tel, dans la société et par la famille* », la loi semble exiger une possession d'état actuelle ; en revanche, la loi parle du traitement au passé.

Il a été jugé qu'une possession d'état pourrait devenir équivoque en cours de route²⁹, ce qui n'est guère convaincant car il serait plus logique d'admettre que si, à un moment quelconque, a existé une possession d'état non contredite ensuite, celle-ci demeure efficace même si elle a cessé : ainsi peut-on admettre, pour un enfant décédé en bas âge, une possession d'état « *prénatale* » qui permette l'établissement de sa filiation³⁰. Et même la cessation des liens serait sans effet si elle est due à la volonté unilatérale du parent, voulant ainsi modifier délibérément la situation juridique par une sorte de fraude³¹.

- 521** **Caractère non vicié.** Outre un caractère continu, la possession doit encore être exempte de vices, c'est-à-dire paisible et non équivoque (art. 311-2). Ce n'est guère autre chose que la transposition des conditions exigées dans le régime de la possession des biens (art. 2229).

B. | UN ACTE JUDICIAIRE DE CONSTAT

- 522** **Concrétisation nécessaire à l'état civil.** L'article 310-1 dispose clairement que la filiation ne peut être établie par la possession d'état que si celle-ci est « *constatée par un acte de notoriété* », lequel ne peut être requis que par le parent ou l'enfant (art. 317). Mais l'article 330 permet aussi à tout intéressé d'agir en justice pour faire constater par jugement cette possession d'état dont découlera le lien de filiation.

Ce sont là deux voies procédurales distinctes, aux régimes et aux effets légèrement différents.

- 523** **Constatation par acte de notoriété.** Selon l'article 317, les parents ou l'enfant peuvent demander au juge que leur soit délivré un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.

■ 28. Cf. en ce sens Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 298.

■ 29. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 08-70171.

■ 30. V. Paris, 5 février 1976, *D.* 1976.573, note PAIRE ; *JCP* 1976.II.18487, note GROSLIÈRE. – Douai, 12 janvier 1977, *D.* 1979, Inf. rap. 242, HUET-WEILLER.

■ 31. Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1993, *Bull. civ. I*, n° 256 ; *JCP* 1994.22352, note LAGARDE ; *Defrénois* 1994.328, obs. MASSIP.

C'est le juge d'instance seul qui reçoit compétence pour dresser cet acte de notoriété (qu'il ne faut pas confondre avec ceux qu'établit un notaire pour constater la situation lors de l'ouverture d'une succession).

Cet acte ne peut être demandé que par les parties elles-mêmes, le parent et l'enfant (les autres devront recourir à un jugement : *infra*, n° 524). Et cette demande ne peut plus être faite plus de cinq ans après la cessation de la possession ou après le décès du parent³².

Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, au vu des témoignages fournis qui doivent être au nombre d'au moins trois et révéler le caractère notoire de la possession d'état dont il s'agit. Il peut même d'office provoquer des témoignages (CPC, art. 1157). C'est une décision de nature gracieuse, sans recours : dans un procès éventuel, la possession d'état pourra être établie même si l'acte a été refusé ; et, inversement, l'acte de notoriété délivré ne fera foi que jusqu'à preuve contraire : c'est une présomption légale simple qui pourra être combattue par tous moyens³³.

Mais la fonction de l'acte se traduit par sa mention à l'état civil en marge de l'acte de naissance (C. civ., art. 317 et CPC, art. 1157-1).

524 **Constatation par jugement.** Lorsqu'on ne peut recourir à l'acte de notoriété (soit que le délai de cinq ans soit passé, soit que la demande émane d'un intéressé non partie au lien de filiation, par exemple un descendant ultérieur ou un tiers, voire l'autre parent), il faut recourir à un jugement du Tribunal de grande instance, lequel, en présence du ministère public (CPC, art. 425) et d'éventuels opposants, vérifiera si la possession d'état est établie et la constatera.

Le délai de la demande est alors porté à dix ans à compter de la cessation de la possession d'état ou du décès (art. 330).

Le jugement, qui sera opposable à tous (cf. *supra*, n° 492), sera mentionné à l'état civil et constituera le titre de filiation. Il est à noter que, portant sur le constat d'une possession d'état, cette action n'est pas soumise à l'expertise biologique³⁴ obligatoire en principe pour toute action relative à la filiation (*supra*, n° 494).

§ 4. L'ACTION EN RECHERCHE DE MATERNITÉ

TEXTES

Code civil, art. 325 et 326

Art. 325. – À défaut de titre de possession d'état, la recherche de maternité est admise.

L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère a prétendu avoir accouché.

■ 32. Quand ce délai n'est pas applicable (cas soumis au droit antérieur à 2005), la prescription trentenaire joue néanmoins (Cass. 1^{re} civ., 23 février 2011, n° 10-13685).

■ 33. Cass. 1^{re} civ., 19 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 196.

■ 34. Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 476 – Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n° 08-20475 ; *Bull. civ. I*, n° 116.

Art. 326. – Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.

525 Définition. On appelle action en « *recherche* » de maternité l'action en justice par laquelle l'enfant qui n'a ni titre ni possession d'état envers celle qu'il prétend être sa mère demande au tribunal de proclamer son lien de filiation envers elle. C'est une action d'état, soumise au régime général déjà vu (*supra*, n° 482 et s.). En pratique, son exercice est très rare et concerne en fait des cas d'abandon ou de substitution d'enfant³⁵. Si l'enfant a déjà une filiation maternelle établie, il ne peut agir qu'après avoir contesté en justice cette filiation (art. 320).

526 Parties à l'action. L'action est réservée à l'enfant lui-même. Tant que le demandeur est mineur, l'action peut être exercée par son père (si la filiation paternelle est déjà établie, par suite d'une reconnaissance ou d'une possession d'état constatée), même s'il est lui-même mineur (art. 328) ou, à défaut, par le tuteur de l'enfant. Une fois celui-ci majeur, celui-ci peut seul l'exercer et, après son décès, ses héritiers le peuvent encore.

L'action est dirigée contre la mère (si elle avait voulu établir le lien, elle aurait reconnu l'enfant) ou, après son décès, contre ses héritiers (par exemple pour venir à la succession).

527 Délai. L'action est soumise à la prescription des actions d'état, c'est-à-dire au délai de dix ans de l'article 321. Mais comme ce délai est suspendu pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut en fait agir jusqu'à l'âge de 28 ans (ce délai peut être plus court si l'enfant décède mineur et que ses héritiers sont majeurs et ne bénéficient plus de la suspension), ce délai pouvant lui-même être exceptionnellement écarté au bénéfice de l'assouplissement issu du principe dit de proportionnalité (v. *supra*, n° 487). Cela n'empêchera pas que, compte tenu de l'effet déclaratif du jugement, ses effets rétroagiront au jour de la naissance (v. *supra*, n° 493).

528 Preuve et cas de l'accouchement « sous X ». La preuve à rapporter est que l'enfant est « *celui dont la mère prétendue a accouché* » (art. 325). Cette preuve peut se faire par tous moyens. En fait, si les parties sont vivantes, il s'agira de l'expertise biologique de droit en matière de filiation (*supra*, n° 494 et s.). Ce n'est que si l'enfant ou la mère prétendue est décédée que, cette expertise étant impossible, il y aura lieu d'apprécier les autres moyens de preuve.

Cette preuve se trouvera souvent paralysée dans le cas où la mère a accouché « *sous X* », c'est-à-dire a demandé le secret de son identité (art. 326). Cette institution, créée en 1993 pour lutter contre les infanticides en permettant à la mère de ne pas assumer sa maternité³⁶, se heurte aujourd'hui au droit d'accès à ses origines reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 479) qui,

■ 35. Cf. par ex. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 218.

■ 36. V. NEYRINCK, *L'accouchement sous X : le fait et le droit*, *JCP* 1996.I.3922 – MALLET-BRICOUT, *JCP* 2002.I.119 – POISSON-DROCOURT, *Mél. Foyer*, *Economica*, 2008, p. 811.

contrairement au Conseil constitutionnel³⁷, a déjà marqué sa réticence³⁸. Aussi a-t-elle vu récemment sa force diminuée : alors qu'elle constituait à l'origine, et encore lors de la réforme de 2005, une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, la loi du 16 janvier 2009 a supprimé cette fin de non-recevoir et n'a conservé que la possibilité pour la mère de demander le secret (art. 326)³⁹. De sorte qu'à l'heure actuelle, ce n'est plus à un obstacle de droit que se heurtera l'enfant, mais à une simple difficulté de fait pour découvrir l'identité de sa mère : mais s'il y parvient (par exemple par les renseignements fournis par son père ou d'autres), il pourra intenter l'action et, la preuve biologique aidant, parviendra aisément à faire établir le lien de filiation. Au surplus, celle-ci peut toujours lever le secret qu'elle avait demandé. En outre, le « *Conseil national de l'accès aux origines personnelles* », créé par une loi du 22 janvier 2002, peut dans certaines conditions lever ce secret : si le texte prévoyait que cette révélation serait sans effet juridique, la levée en 2009 de la fin de non-recevoir permettra en fait l'exercice d'une action en recherche de maternité. Quant aux tiers, une décision très médiatisée a permis aux parents de la mère de faire établir la preuve biologique pour obtenir que l'enfant leur soit confié⁴⁰. Et quant au père, la reconnaissance qu'il peut effectuer, s'il parvient à identifier l'enfant, sera valable (cf. *infra*, n° 540).

SECTION 2 | L'ÉTABLISSEMENT DE LA PATERNITÉ

529

Quatre voies également. Comme pour la maternité, l'établissement du lien paternel peut résulter des quatre modes visés à l'article 310-1, à savoir la loi (présomption légale de paternité), l'acte juridique (reconnaissance volontaire), le fait juridique (possession d'état) et le jugement (action en recherche de paternité).

Le parallélisme ne va pas jusqu'à l'identité (raison de l'examen séparé de la maternité et de la paternité) : car si deux de ces modes se présentent de la même façon à l'égard des deux parents (la reconnaissance et la possession d'état judiciairement constatée), la nature des choses commande un fonctionnement différent des deux autres.

■ 37. Lequel, sur renvoi du Conseil d'État (16 mars 2012, *D.* 2012.1434, note GRANET), a admis la conformité de ce système à la Constitution (16 mai 2012, *D.* 2013.1242, note ROMAN, et 1437, note GRANET).

■ 38. En condamnant la loi italienne n'ouvrant qu'un délai trop bref à la mère pour revenir sur sa décision (CEDH, 13 janvier 2009, n° 33932/06, *D.* 2010.1443, note GRANET-LAMBRECHTS), puis sur le fond (CEDH, 25 septembre 2012, n° 33783/09, *D.* 2013.804 et 1242 ; *RTD Civ.* 2013.104, obs. HAUSER).

■ 39. Cf. LE BOURSICOT, *L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement*, *RJPF* 2009-4/10.

■ 40. Angers, 26 janvier 2011, *D.* 2011.1053, note GARÉ ; *JCP* 2011, n° 161, note GOUTTENNOIRE.

§ 1. LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ DU MARI

TEXTES

Code civil, art. 312 à 315 et 329

Art. 312. – L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.

Art. 313. – La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou de la réconciliation.

Art. 314. – Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers.

Art. 315. – Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues à l'article 313, ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329. Le mari a également la possibilité de reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles 316 et 320.

[...]

Art. 329. – Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité.

530 **Enfant d'une femme mariée.** Même après l'abolissement du concept même de filiation « *légitime* » (*supra*, n° 500), le mariage continue de produire effet à l'égard des enfants conçus ou nés « *en mariage* ». Mais ces effets sont fortement atténués : ils ne concernent plus la qualité de la filiation (égale pour tous), mais sont réduits à un rôle simplement probatoire, déduit de la simple observation sociologique que les enfants d'une femme mariée sont plus souvent issus des œuvres du mari que d'un tiers. De cette probabilité, la loi tire la conséquence en déclarant en principe automatiquement établi le lien de filiation à l'égard du mari de la mère : tel est le rôle actuel de la règle traditionnelle « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* » (le père est celui que les noces désignent) reprise par l'article 312 du Code civil.

Aujourd'hui réduite à ce rôle de simple présomption légale, cette règle, qui figurait sous le même numéro d'article dans le Code civil initial, y avait alors une portée beaucoup plus considérable : elle constituait un véritable axiome, pivot des effets du mariage et de la filiation légitime, au point qu'elle ne pouvait être combattue que par une action spécifique et difficile (le désaveu de paternité) réservée au seul mari. Si la loi de 1972 avait élargi les voies de contestation, c'était dans de modestes limites : contestation ouverte à la mère seulement après remariage avec le véritable père et aux autres, y compris l'enfant et le vrai père, seulement en l'absence de possession d'état envers le mari. Sans être totalement irréfragable, la présomption de paternité du mari était donc encore beaucoup plus qu'une présomption simple, ce qu'elle est devenue aujourd'hui.

531 Champ d'application de la présomption. La présomption ne joue que si l'enfant a été conçu ou est né pendant le mariage :

— **né** pendant le mariage : la présomption concerne ainsi même les enfants conçus avant le mariage (« *enfants de fiancés* ») ; créée à l'origine en jurisprudence par faveur pour l'enfant (pour lui conférer légitimité), cette extension figure aujourd'hui à l'article 312 et correspond parfaitement au rôle désormais exclusivement probatoire de la règle : la femme qui se marie déjà enceinte l'est le plus souvent de celui qui l'épouse ; et si tel n'est pas le cas (au su ou à l'insu du mari), la présomption pourra être renversée par une action en contestation de paternité (cf. *infra*, n° 549 et s.) ;

— **conçu** pendant le mariage : la présomption concerne encore l'enfant né après la dissolution du mariage, par veuvage (enfant posthume) ou par divorce, mais qui a été conçu auparavant ; pour déterminer ce cas, on se sert de la présomption générale de durée de la grossesse précisée à l'article 311 (entre 180 et 300 jours) : la présomption s'étendra donc à toute naissance jusqu'à 300 jours après la dissolution du mariage⁴¹.

Mais si la naissance ou la conception durant le mariage est la condition nécessaire de la présomption de paternité, ce n'est pas une condition suffisante : la loi écarte la présomption dans deux cas.

532 Exclusion de la présomption dans deux cas. Il est deux séries d'hypothèses où, bien que la conception ou la naissance de l'enfant se trouve dans le mariage, de sorte que la présomption de paternité devrait normalement jouer, celle-ci est écartée. Cependant, elle n'est pas écartée définitivement et il est possible de la rétablir, sur la base de certaines preuves. Mais on considère que les circonstances ne sont pas assez favorables pour que l'on puisse présumer la paternité du mari, de sorte que celle-ci, qui n'est pas impossible, doit être positivement établie.

533 Conception pendant une séparation légale. La première de ces circonstances est celle où l'enfant a été conçu pendant *une période de séparation légale*, c'est-à-dire pendant une période où les époux étaient dispensés par une décision de justice du devoir de cohabitation (art. 313). Il s'agit du cas où a été prononcée entre les époux soit une **séparation de corps**, soit une ordonnance au cours d'une **procédure de divorce** qui les autorise à résider séparément, quelle que soit d'ailleurs l'issue de cette instance en divorce et même si elle n'a pas abouti au prononcé du divorce.

L'existence de cette séparation légale et du conflit judiciaire des époux rend, en effet, peu probable la paternité du mari (bien que le devoir de fidélité subsiste en droit). En conséquence, l'enfant conçu pendant cette période de séparation légale n'est pas concerné par la présomption de paternité du mari.

534 Déclaration à l'état civil sans indication du nom du mari. Le deuxième cas est celui où l'enfant a été *déclaré à l'état civil sans l'indication du nom du mari en qualité de père* (art. 313). Dans l'acte de naissance, la mère est seule indiquée, soit

■ 41. Comme cette présomption de durée de la grossesse est elle-même une présomption simple, on pourra la renverser en établissant par exemple que l'enfant est né prématuré et a été nécessairement conçu après la dissolution du mariage.

sous son nom de jeune fille, soit même sous son nom de femme mariée, mais sans que le mari soit directement indiqué comme étant le père, un tiers pouvant même être parfois mentionné. Dans une telle hypothèse, il est, en effet, extrêmement probable que la déclaration a été ainsi faite sur la volonté de la mère de dissimuler la naissance au mari. Le motif le plus plausible de cette dissimulation est sa non-paternité. Il est donc raisonnable d'écarter le jeu de la présomption de paternité du mari dans cette circonstance particulière.

Cette exclusion entraîne que **la présomption ne jouera que dans le cas où la maternité résulte de l'acte de naissance** ; dans tous les autres cas en effet (reconnaissance par la mère, possession d'état judiciairement constatée ou action en recherche de paternité), la présomption sera écartée par le jeu de l'article 313.

535 Portée de ces exclusions. Il importe de souligner, pour éviter toute confusion, que cette exclusion de la présomption a pour effet que l'enfant n'a, dès l'origine, aucun lien de filiation avec le mari. Il n'est donc **pas besoin d'une action en justice** pour renverser une présomption... qui n'existe pas⁴². Pratiquement, il en découle trois conséquences importantes :

— **toute personne** pourra faire constater cette absence de lien, et non pas seulement les personnes qui ont le droit d'agir en contestation, et ce à n'importe quelle occasion (par exemple, lors d'un règlement successoral d'un conflit relatif au nom ou de la mise en jeu de tous les droits reposant sur un lien de parenté comme il en existe en matière de bail) ;

— cette constatation pourra toujours être effectuée sans qu'aucune **prescription** ne puisse jouer pour éteindre une action qui n'avait pas à être exercée ;

— aucune preuve de non-paternité n'aura à être rapportée⁴³ : une simple action en rectification d'état civil pourra donc suffire⁴⁴.

536 Exclusion des exclusions : rétablissement de la paternité du mari. Même si, dans les circonstances précitées, il n'y a plus lieu de présumer une paternité peu probable, il faut bien constater que cette paternité n'est pas totalement impossible. Il se peut que des époux, bien que séparés légalement, engendrent un enfant en commun. Il se peut également que l'enfant déclaré par la mère sans indication du nom du mari ait été conçu des œuvres de celui-ci : il n'appartient pas à la mère, par une simple déclaration unilatérale, de soustraire définitivement un enfant à son mari, si celui-ci en est le véritable auteur.

C'est pourquoi la loi a prévu que la présomption de paternité du mari qui ne joue pas de plein droit peut être rétablie, si certaines circonstances démontrent que, malgré la particularité de l'espèce, la paternité du mari peut être regardée comme probable.

537 Rétablissement de plein droit par possession d'état. L'article 314 dispose que « la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari ».

■ 42. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 137 – 7 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 228 ; *D.* 1990.33, note MASSIP.

■ 43. Cf. Cass. 1^{re} civ., 5 octobre 1994, *Bull. civ. I*, n° 272 ; *D.* 1995, somm. 219, obs. GRANET.

■ 44. V. Grenoble, 24 mai 1994, *D.* 1996, somm. 147, obs. GRANET.

Ce « *de plein droit* » signifie en théorie que la possession d'état joue par elle-même, sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire ; mais concrètement, il faudra un acte de notoriété ou un jugement pour constater cette possession d'état (cf. *supra*, n° 523 et s.). Et, comme le précise la fin du texte, encore faudra-t-il qu'entre-temps n'ait pas été établie une autre filiation paternelle, notamment par la reconnaissance d'un tiers : en pareil cas, la règle chronologique édictée à l'article 320 exigera que l'on détruise d'abord cette autre filiation avant de pouvoir établir la paternité du mari par possession d'état. Mais il suffira de prouver que la reconnaissance du tiers est fautive, et non d'établir que c'est le mari le véritable père.

538 Rétablissement en justice par preuve de la paternité du mari. Les articles 315 et 329 permettent aussi, même sans possession d'état, d'établir la filiation envers le mari en prouvant qu'il est le père (par preuve biologique notamment).

Il faut alors une action en justice, laquelle est réservée aux époux pendant la minorité de l'enfant et à celui-ci (ou ses héritiers) dans les dix ans de sa majorité.

Naturellement, ici encore, si une autre filiation a été établie entre-temps, il faudra préalablement la faire tomber (art. 320).

539 Établissement par reconnaissance du mari. Il est encore possible à tout moment au mari, lorsqu'il n'est pas présumé le père, de procéder à une reconnaissance de paternité, toujours à la condition de faire tomber une éventuelle autre filiation paternelle qui aurait été établie entre-temps : l'article 315 *in fine* le précise expressément.

§ 2. LA RECONNAISSANCE DE PATERNITÉ

TEXTE

Code civil, art. 316

Art. 316. – Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi.

540 Parallélisme avec la reconnaissance de maternité. À la vérité, le Code civil traite uniformément la reconnaissance, qu'elle soit de maternité ou de paternité : il suffit donc de transposer ce qui a été dit plus haut à propos de la reconnaissance de maternité (cf. *supra*, n° 507 et s.), en apportant toutefois trois précisions de fait.

D'abord, lorsque la mère n'est pas mariée et que ne peut donc pas jouer la présomption de paternité précitée, la reconnaissance est le mode normal d'établissement de la paternité, et de loin le plus usité en pratique. S'il y a plusieurs

reconnaisances, l'ordre chronologique imposé par l'article 320 s'impose jusqu'à contestation judiciaire des précédentes.

Ensuite, le caractère subsidiaire de la reconnaissance par rapport à l'établissement légal (art. 316), c'est-à-dire à la présomption de paternité, emporte que l'enfant d'une femme mariée qui se trouve dans le champ de la présomption ne peut pas être reconnu par un tiers sans contestation préalable de cette filiation envers le mari. Et s'il y a eu reconnaissance prénatale, celle-ci devra céder devant la présomption de paternité tant que celle-ci n'est pas judiciairement détruite.

La loi de 1972 avait au contraire permis cette reconnaissance en l'absence de possession d'état vis-à-vis du mari (ex. art. 334-9), ce qui déclenchait un conflit de filiations, conflit que la réforme de 2005 a voulu supprimer (*supra*, n° 483).

Enfin, le fait que la mère ait accouché sous X ne constitue pas un obstacle de droit à la reconnaissance de l'enfant par celui qui estime être son père : cette circonstance rend seulement plus difficile en fait la possibilité pour celui qui veut reconnaître l'enfant de l'identifier pour le désigner dans son acte de reconnaissance⁴⁵.

§ 3. LA POSSESSION D'ÉTAT JUDICIAIREMENT CONSTATÉE

541

Renvoi à la possession d'état maternelle. Plus encore que pour la reconnaissance, l'établissement de la filiation par possession d'état suit exactement le même régime du côté paternel et du côté maternel : ni les textes (art. 311-1 et 317), ni la nature (s'agissant d'un élément sociologique qui n'a rien de biologique) ne commandent ici la moindre distinction.

Il suffit donc de renvoyer purement et simplement à l'étude déjà faite à propos de la maternité (cf. *supra*, n° 516 et s.).

§ 4. L'ACTION EN RECHERCHE DE PATERNITÉ

TEXTE

Code civil, art. 327

Art. 327. – La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant.

542

Définition et histoire. Comme la « recherche » de maternité (*supra*, n° 525), l'action en recherche de paternité a pour objet de faire déclarer père de l'enfant un homme qui ne l'a pas spontanément reconnu et envers lequel il n'existe pas de possession d'état.

Cette action est connue depuis longtemps, mais elle ne concernait avant la réforme de 2005 que la filiation hors mariage et les enfants dits « naturels »

■ 45. V. Cass. 1^{re} civ., 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *Defrénois* 2006.1707, note REVEL et 1127, note MASSIP ; *RTD civ.* 2006.273, obs. RÉMY-CORLAY et 292, obs. HAUSER ; *D.* 2006.2293, note POISSON-DROCOURT. – Voir BERNARD-XEMARD, *Naître sans mère ... et le père ?*, *Mél. Champenois*, 2012.27.

(origine dont l'article 327 conserve la trace en visant la « paternité hors mariage », alors même que l'article 329 en ouvre désormais la possibilité même à l'égard du mari de la mère lorsque la présomption de paternité ne joue pas). Interdite en 1804, cette action avait été ouverte étroitement par une loi de 1912 tout en étant restreinte à des « cas d'ouverture » bien délimités, progressivement élargis jusqu'à une loi du 8 janvier 1993 supprimant ces restrictions.

543 Régime. Elle peut aujourd'hui être exercée par tout enfant qui n'a pas de filiation paternelle déjà établie (sauf quand elle aurait pour effet de faire déclarer une filiation incestueuse : *supra*, n° 503).

Beaucoup moins rare que l'action en recherche de maternité, elle obéit au même régime à la fois quant aux parties, au délai et aux preuves à rapporter (cf. *supra*, n° 525 et s.).

En pratique, elle est le plus souvent exercée par la mère de l'enfant pendant sa minorité et lui permet d'obtenir non seulement une contribution paternelle à l'entretien et à l'éducation (art. 331), mais encore rétroactivement le remboursement d'une partie de ces frais passés, le jugement ayant un effet déclaratif remontant à la naissance⁴⁶. De même, le « faux père » qui a en fait subvenu aux besoins de l'enfant peut obtenir un remboursement identique⁴⁷.

■ 46. Cf. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 128. – Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-17022 – Ce remboursement peut encore être obtenu si l'action prospère une fois l'enfant devenu majeur : Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 2016, n° 15-27246.

■ 47. Cass. 1^{re} civ., 16 février 1982, *Bull. civ. I*, n° 69 – 12 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 247 – 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 388.

CHAPITRE 2

PREUVE ET EFFETS DE LA FILIATION ÉTABLIE

SECTION 1

LA PREUVE DE LA FILIATION

TEXTE

Code civil, art. 310-3

Art. 310-3. – La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

Si une action est engagée en application du Chapitre III du présent Titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action.

544 Preuve non contentieuse. Les occasions sont fréquentes en pratique où l'on a besoin de rapporter la preuve d'un lien de filiation, que ce soit entre particuliers (par exemple pour la liquidation d'une succession et la détermination des héritiers, ou pour l'exercice des droits parentaux ou une demande de contribution à l'éducation ou de pension alimentaire), ou plus souvent encore envers les administrations (délivrance de papiers d'identité, certificats de nationalité, documents fiscaux ou de sécurité sociale, etc.).

Dans tous ces cas, la preuve se fait par **titre**.

Le titre souverain est l'acte de naissance : soit qu'il établisse par lui-même la filiation, par indication du nom de la mère et éventuellement du mari, soit que la filiation établie par un autre mode (reconnaissance, possession d'état constatée par un acte de notoriété ou jugement) ait fait l'objet d'une transcription à l'état civil par mention en marge de cet acte de naissance. Ce n'est que dans les cas exceptionnels où cette transcription n'est pas possible (disparition des registres, acte de naissance étranger) que le titre résultera du jugement qu'il aura fallu demander pour le constituer.

545 Preuve contentieuse. À défaut en effet de titre résultant de l'acte de naissance, de reconnaissance ou de notoriété constatant la possession d'état, la filiation ne peut être établie que par un jugement obtenu dans les conditions déjà vues : soit au terme d'une action en recherche de paternité ou de maternité (actions réservées

à l'enfant et à ses héritiers : *supra*, n° 526), soit au terme d'une action en constatation de possession d'état (action ouverte à tout intéressé : *supra*, n° 524).

546 **Situation respective des parties et des tiers.** Les règles précitées emportent que les parties et les tiers ne sont pas placés dans la même situation quant à la preuve d'un lien de filiation selon son mode d'établissement :

— **les parents** disposent de la voie de l'acte de naissance, de celle de la reconnaissance que chacun peut toujours faire sans condition de délai, et encore de celle du constat d'une possession d'état ;

— **l'enfant et ses héritiers** éventuels disposent des mêmes voies et, en leur absence, peuvent en outre faire établir le lien contre le gré des parents au moyen de l'action en « *recherche* » de paternité ou de maternité qui permettra notamment de recourir à la preuve biologique ;

— **les tiers**, en revanche, ont une marge de manœuvre beaucoup plus restreinte : à défaut d'acte de naissance établissant la filiation (directement ou par les mentions en marge) – acte dont ils ne peuvent de surcroît obtenir communication que sur autorisation du Parquet ou du Tribunal (décret du 10 août 1962, art. 9) –, ils ne peuvent faire établir une filiation que par la voie de la possession d'état, au moyen de l'action en constatation de celle-ci (art. 330) ; c'est dire qu'ils ne pourront jamais déclencher une recherche par preuve biologique, du moins tant qu'ils ne deviennent pas héritiers de l'enfant : par exemple, une sœur ou une épouse ne pourront donc faire établir la filiation de leur frère ou mari autrement que par la possession d'état que si, après décès de celui-ci, elles en sont héritières (et il en est de même de l'autre parent de l'enfant, une fois qu'il ne représente plus l'enfant devenu majeur).

SECTION 2

EFFETS DE LA FILIATION ÉTABLIE

547 **Statut personnel.** L'établissement du lien de filiation détermine le « *statut social* » de l'enfant, non seulement pendant sa minorité (par exemple pour indiquer les titulaires de l'autorité parentale) mais encore d'une façon plus durable qui concernera tout autant sa vie de majeur (attribution du nom ou de la nationalité).

Ces effets, qui ont longtemps varié suivant la « *qualité* » de la filiation (légitime ou non), sont aujourd'hui totalement uniformisés, uniformité qui a même précédé la réforme de 2005 puisqu'elle s'est instaurée dès les lois du 4 mars 2002 relatives d'une part à l'autorité parentale, d'autre part au nom de famille ; ils seront étudiés à leur place (cf. *infra*, n° 629 et s. et *infra*, n° 716 et s.).

- 548 Statut patrimonial.** De la même façon, la filiation établie influe sur le statut patrimonial des intéressés, tant du côté du parent que de l'enfant :
- en créant des obligations d'entretien au profit de l'enfant et, une fois celui-ci adulte, des obligations alimentaires réciproques entre tous ascendants et descendants (cf. *infra*, n° 714) ;
 - en ouvrant droit à de nombreuses règles spécifiques du point de vue fiscal ou social (prestations de sécurité sociale) ;
 - en instaurant une vocation successorale réciproque qui est fréquemment, il faut bien le constater, l'enjeu des procès relatifs au lien de filiation.

CHAPITRE 3

LA CONTESTATION DE LA FILIATION ÉTABLIE

549 **Définition : distinction d'avec les actions en nullité.** Lorsque, dans la branche paternelle ou dans la branche maternelle, une filiation a été établie selon l'un des modes précédemment examinés, ce lien ne peut être détruit que par une action en justice.

Cette action peut porter tout d'abord sur la validité de l'acte d'établissement ou de ses éléments : il s'agit alors d'une **action en nullité** de l'élément juridique dont résultait la filiation établie. Par exemple, l'acte de naissance est sans valeur au regard des règles formelles gouvernant l'état civil ; l'acte de reconnaissance est nul pour vice du consentement (*supra*, n° 512) ; l'acte de notoriété est nul pour ne pas avoir été établi par un juge ou selon les formes requises ; ou encore, le mariage des parents est nul, ce qui fait tomber la présomption de paternité.

Dans ces hypothèses, l'action en nullité obéit au régime propre à l'acte attaqué : ce n'est pas le lien de filiation qui est directement contesté, mais l'acte dont procède son établissement. Et si le lien de filiation tombe par voie de conséquence, il n'est pas dénié en lui-même et peut se trouver établi par un autre mode : par exemple, même après annulation du mariage, la filiation envers le pseudo mari pourra résulter d'une possession d'état de l'enfant constatée à son égard (voire de la déclaration de naissance qu'il aura pu faire à l'état civil, si ses termes permettent d'y voir une reconnaissance).

L'**action en contestation de filiation** s'attaque au contraire directement au lien de filiation lui-même : elle a pour objet de faire proclamer en justice que le lien valablement établi ne correspond pas à la réalité : c'est l'élément de fait qui est contesté.

550 **Buts de l'action.** Cette contestation peut avoir en pratique un double but. Le premier, immédiat, est de détruire le lien de filiation établie. Ce but peut parfois se suffire à lui-même, soit pour un intérêt moral (ne pas laisser perdurer un état civil contraire à la réalité), soit le plus souvent pour des intérêts patrimoniaux (écarter une obligation alimentaire ou une vocation successorale).

Mais cet objectif premier en poursuit souvent un second : il s'agit d'ouvrir la voie à l'établissement d'une filiation contraire dont la reconnaissance se trouve « *bloquée* » par le premier lien, en raison de la règle chronologique de l'article 320 (*supra*, n° 483) : par exemple, combattre une présomption de paternité ou contester une reconnaissance première en date permettra ensuite d'établir une autre filiation.

551 **Esprit général après la réforme de 2005-2009.** On comprend aisément l'effet perturbateur qui peut s'attacher à une telle « *valse des filiations* » : aussi considère-t-on, comme on l'a toujours fait, que l'action en contestation ne peut pas être librement ouverte à tous et en tous temps mais doit être sérieusement encadrée. Le droit antérieur était toutefois parvenu à la coexistence d'une multitude d'actions aux dénominations et délais hétéroclites (dont le fameux « *désaveu de paternité* » aujourd'hui disparu), et c'est l'un des points les plus marquants de la réforme de 2005 – très nettement accentuée à cet égard lors de la ratification du 16 janvier 2009 – que d'avoir radicalement simplifié et unifié la matière (simplification de régime, mais non de rédaction des textes, la lecture et la combinaison des articles 333 à 336 quant aux conditions d'ouverture de l'action n'étant pas des plus claires).

SECTION 1

OUVERTURE DE L'ACTION

TEXTES

Code civil, art. 333 à 336

Art. 333. – Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement.

Art. 334. – À défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321.

Art. 335. – La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte.

Art. 336. – La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi.

552 **Plus ou moins grande solidité du lien de filiation.** L'esprit général est la recherche d'un équilibre entre deux soucis contradictoires : d'un côté, il faut permettre la remise en cause de filiations qui, bien qu'ayant été valablement établies d'un point de vue juridique, sont contraires à la vérité biologique ; mais d'un

autre côté, il ne faut pas ouvrir cette remise en cause ni à trop de personnes ni pendant trop longtemps, et ce surtout dans le cas où le lien, au-delà de la question biologique, a acquis une vérité sociologique par la création d'une possession d'état, et ce d'autant que l'action en contestation ouvrira l'expertise biologique qui est de droit en matière de filiation (*supra*, n° 494).

Aussi la loi module-t-elle l'ouverture de l'action en contestation, à la fois dans le temps et quant aux personnes pouvant l'exercer, selon la solidité du lien de filiation, c'est-à-dire selon que l'on est en présence du cumul d'un titre et d'une possession d'état ou bien d'un seul de ces éléments.

§ 1. RÉUNION D'UN TITRE ET D'UNE POSSESSION D'ÉTAT

553

Cumul pendant au moins cinq ans. La réunion d'un titre et d'une possession d'état conforme pendant au moins cinq ans rend la filiation inattaquable par quiconque, à l'exception du Ministère public (art. 333 al. 2)¹.

Dans la grande majorité des cas, ces cinq ans courent à compter de la naissance. Toutefois, ce point de départ sera différé si le titre est postérieur à la naissance (reconnaissance ultérieure) ou si la possession d'état n'a commencé que plus tard : c'est la coexistence du titre et de la possession d'état qui doit avoir duré au moins cinq ans pour mettre la filiation à l'abri de toute contestation.

Cette disposition a pour objet de protéger la « *paix des familles* » en rendant irrecevable toute contestation et donc toute recherche de la vérité biologique. Encore faut-il cependant que la preuve soit rapportée de la possession d'état continue, preuve qui peut être établie par tous moyens, même sans acte de notoriété (puisqu'elle est soumise à l'appréciation judiciaire), mais dont la charge pèse sur les défendeurs à l'action.

Le **Ministère public** peut néanmoins alors encore agir en contestation, mais il ne le peut que dans deux cas (art. 336) :

— si les actes eux-mêmes contiennent des indices de la fausseté de la filiation : par exemple l'âge du parent rend cette filiation invraisemblable (trop jeune ou trop vieux), ou encore il existe plusieurs actes aux mentions incompatibles (cas visé à l'article 336-1 d'une reconnaissance prénatale contraire à l'acte de naissance) ;

— en cas de fraude à la loi : ce cas vise en réalité la fausse filiation qui accompagnerait une convention de mère porteuse (cf. *infra*, n° 584).

Dans ces hypothèses, le Ministère public peut agir malgré la coexistence d'un titre et d'une possession d'état pendant cinq ans. Dans quel délai doit-il le faire ? À défaut de précision contraire à l'article 336, il faut appliquer le délai de droit commun de l'article 321 (dix ans à compter soit du titre, soit du début de la possession d'état).

■ 1. Cette restriction n'est contraire ni à la Constitution : Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 10-40068 ; *AJ Famille* 2011.213, note CHÉNÉBÉ, ni à la Convention européenne (Douai, 6 juin 2013, *D.* 2013.2958, note critique FULCHIRON, pour une contestation par l'enfant lui-même).

En outre, dans des hypothèses exceptionnelles, le droit à l'accès à ses origines peut conduire à écarter ce délai (v. *supra* n° 487).

554 Réunion pendant moins de cinq ans. En présence d'un titre et d'une possession d'état dont la coexistence n'a pas duré cinq ans (soit parce que l'action est exercée avant l'écoulement de cette durée, soit parce que la possession d'état a cessé avant d'atteindre cette durée, soit encore parce que le parent ou l'enfant est décédé plus tôt), l'action en contestation est ouverte, mais seulement aux « parties » : l'enfant, le père, la mère et le tiers qui se prétend le parent véritable (art. 333 al. 1^{er}).

Le délai d'exercice est de cinq ans, mais pas à compter de la naissance ou de l'établissement de la filiation : ce délai ne commence à courir que du jour du décès du parent contesté, ou du jour où a cessé la possession d'état à son égard (art. 333 al. 1^{er}) (curieuse disposition : l'action est ouverte tant que dure la possession d'état mais s'éteint une fois que celle-ci cesse, alors que cette cessation rend la filiation suspecte)².

Mais ces délais sont suspendus à l'égard de l'enfant pendant sa minorité : lorsque c'est lui qui agit en contestation, il peut donc le faire beaucoup plus longtemps que les autres³.

Naturellement, le **Ministère public** peut toujours agir dans les conditions de l'article 336 (*supra*, n° 553).

§ 2. PRÉSENCE D'UN SEUL DE CES ÉLÉMENTS

555 Titre seul. S'il n'est pas corroboré par une possession d'état, le seul titre (acte de naissance ou de reconnaissance) est beaucoup plus fragile : toute personne qui a intérêt à contester le lien de filiation est alors recevable à le faire (l'intérêt s'entend d'un intérêt juridique, qui peut être moral ou matériel ; *supra*, n° 550).

Le délai d'action est alors de dix ans à compter du titre contesté (art. 321), prolongé par la suspension au profit de l'enfant (qui peut donc agir jusqu'à 28 ans).

556 Possession d'état seule. Lorsqu'il n'y a ni acte de naissance ni reconnaissance et que le lien de filiation n'a été établi que par le constat d'une possession d'état, sa contestation dépend de la façon dont ce constat s'est fait :

— s'il est intervenu par acte de notoriété (*supra*, n° 523), l'action en contestation est ouverte à tout intéressé dans les dix ans de la délivrance de l'acte (sans doute faut-il entendre de la mention de cet acte en marge de l'acte de naissance) ;

■ 2. Peut-être faut-il combiner ce texte avec la disposition générale de l'article 321 pour estimer que l'action s'éteint aussi dix ans après le début de la possession d'état, de sorte qu'elle serait enfermée dans un double délai : dix ans du début de la possession d'état, mais pas après cinq ans à compter de la fin de cette possession ou du décès.

■ 3. En suivant la combinaison évoquée à la note précédente, il pourrait agir jusqu'à l'âge de 23 ans (18 + 5) en cas de décès du parent ou de fin de la possession d'état pendant sa minorité, et jusqu'à l'âge de 28 ans (18 + 10) en présence d'une possession d'état ininterrompue.

— si c'est par jugement que la possession d'état a été constatée, l'autorité de ce jugement interdit aux parties d'agir en contestation et son effet absolu (*supra*, n° 492) oblige les tiers à agir par la voie de la tierce opposition (art. 324), toujours à condition de justifier d'un intérêt, et dans le délai de dix ans à compter de ce jugement (art. 321).

557 **Tableau récapitulatif selon les personnes pouvant agir.** La variété des hypothèses qui viennent d'être examinées invite à dresser un tableau récapitulatif des degrés d'ouverture de l'action, en partant cette fois non plus de la situation existante, mais des personnes pouvant agir.

PERSONNES POUVANT AGIR	CAS	DÉLAI
Ministère public	— Indices tirés des actes — Fraude à la loi	10 ans
Enfant	Toujours, sauf réunion du titre et de la possession d'état pendant 5 ans	— 28 ans en principe — 23 ans si fin de la possession d'état ou décès du parent durant la minorité
Père, mère, parent prétendu	Id.	— 10 ans avec butoir de 5 ans à dater de la fin de la possession d'état ou du décès du parent concerné
Tous tiers intéressés	— Titre sans possession d'état — Possession d'état constatée par acte de notoriété ou par jugement (sauf parties)	— 10 ans à dater du titre ou de l'acte de notoriété ou du jugement

SECTION 2

RÉGIME DE L'ACTION

TEXTES

Code civil, art. 332 et 337

Art. 332. – La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.

Art. 337. – Lorsqu'il accueille l'action en contestation, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait.

558 **Procédure : renvoi au régime général des actions d'état.** L'action en contestation de filiation est une action d'état : dès lors, sur tous les points qui ne font pas l'objet de dispositions spécifiques (comme celles qui viennent d'être examinées

quant aux délais et personnes pouvant agir), il y a lieu d'appliquer le droit commun des actions d'état (*supra*, n° 482 et s.).

559 **Preuve à rapporter.** Pour que la contestation soit accueillie, il faut établir que le lien qui était établi ne correspond pas à la réalité, ce que l'article 332 exprime dans des termes à la vérité un peu embarrassés car ayant une apparence trop restrictive :

— pour la maternité, ces termes (« *que la mère n'a pas accouché de l'enfant* ») pourraient laisser penser que seules sont visées les hypothèses de substitution ou supposition (c'est-à-dire simulation) d'enfant ; ce n'est évidemment pas le cas et il s'agit en réalité de prouver que l'enfant n'est pas issu de la mère figurant sur l'acte de naissance, ou qui a souscrit l'acte de reconnaissance, ou encore envers qui l'enfant a une possession d'état constatée par acte de notoriété ou par jugement ;

— pour la paternité, ces termes (« *le mari ou l'auteur de la reconnaissance* ») passent sous silence le cas de la paternité établie par possession d'état constatée, alors qu'en ce cas aussi il s'agit de prouver que le père désigné n'est pas le véritable père.

Comme en matière de filiation l'expertise biologique est de droit, c'est en principe par cette expertise, que le tribunal doit ordonner, que la preuve sera rapportée. C'est la raison pour laquelle l'action n'est ouverte que dans certains cas et à certaines personnes : il serait inopportun que quiconque puisse à tout moment déclencher une telle expertise.

C'est donc par la seule restriction à l'ouverture de l'action que peut opérer la vérité sociologique : car dans les cas où elle est ouverte, l'action débouche nécessairement sur la prévalence de la vérité biologique.

560 **Jugement accueillant l'action.** S'il accueille l'action, le jugement détruit le lien de filiation qui avait été établi.

Tout comme celui qui établit une filiation, ce jugement est déclaratif, car il ne fait que constater une vérité qui existe en fait depuis la naissance. C'est dire que le lien de filiation est détruit rétroactivement, ainsi que tous les effets qu'il aurait pu produire entre-temps (attribution de nom et d'autorité parentale, dévolutions successorales, etc. : cf. *supra*, n° 493).

Lorsqu'elle intervient après plusieurs années, cette destruction rétroactive peut avoir des conséquences bouleversant gravement la vie de l'intéressé. Si la loi ne met aucun obstacle à ce bouleversement sur le plan patrimonial, elle permet au contraire deux atténuations sur le plan personnel :

— quant au nom que portait l'enfant, et auquel il perd ainsi droit, l'article 61-3 lui permet de le conserver s'il est majeur (cf. *infra*, n° 708) ;

— quant à l'autorité parentale qui disparaît, l'article 337 permet au juge d'organiser le maintien des relations de l'enfant avec celui qui l'a élevé sans être son père ou sa mère véritable (cela ne concerne que les mineurs, car les majeurs sont libres de leurs relations).

TITRE 3

LA FILIATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

561 Soif d'enfant et progrès scientifiques. Le désir de descendance est au plus profond de l'instinct humain et le souci de vaincre ou contourner la stérilité n'a pas changé depuis les temps bibliques où Sara, l'épouse stérile d'Abraham, lui offrait sa servante pour se perpétuer : on sait que l'histoire s'est mal terminée¹.

À la fin du xx^e siècle, la brusque accélération des progrès médico-scientifiques a permis d'acquérir une certaine maîtrise de diverses techniques (encore ignorées du législateur de 1972) permettant de parvenir à une procréation artificielle, se passant de la traditionnelle relation charnelle ou suppléant à son infécondité : insémination artificielle, fécondation in vitro (bébé-éprouvette), conservation par congélation de « paillettes » ou d'embryons susceptibles d'être ensuite implantés chez une femme, voire clonage.

L'extraordinaire écho médiatique de ces découvertes, aux confins des sciences, de la morale et de la vie, a été relayé par la naissance d'une nouvelle discipline, la « bioéthique »², et le législateur a été pressé d'intervenir, ce qu'il a fait par deux lois du 29 juillet 1994³, dites « lois bioéthiques » (l'une relative au respect du corps humain, l'autre à l'utilisation de ses produits et à l'assistance médicale à la procréation), qui ont été révisées le 6 août 2004⁴ puis le 7 juillet 2011⁵.

■ 1. Sara ayant finalement eu un fils à son tour (Isaac), la servante (Agar) et son fils furent chassés (œuvre humaine et religieuse, la Bible n'est pas réputée lutter contre les discriminations...).

■ 2. V. notamment MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009 – BELLIVIER et NOVILLE, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2^e éd., 2009.

■ 3. Cf. comment. BYK, *JCP* 1994.I.3788 et *JCP* 1995.I.3848 – RAYMOND, *JCP* 1994.I.3796 – MASSIP, *Deffrénois* 1995, p. 65 et p. 129 – DREIFUSS-NETTER, *RTD civ.* 1996.1 – GRANET, *Mél. Huet-Weiller*, 1994.219 – HAUSER, *D.* 1996 chr. 183 (ces commentaires renvoyant à la littérature touffue publiée auparavant).

■ 4. Cf. comment. BELLIVIER, *RTD civ.* 2004.787 – GALLOUX, *D.* 2004.2379 – THOUVENIN, *D.* 2005.116 et 172 – BANDRAC et alii, *D.* 2008.434 – CHENDEB, *Deffrénois* 2008.291.

■ 5. V. commentaire BYK, *JCP* 2011. doct. 878 et BINET, *JCP* 2011. doct. 846 – Sa préparation avait donné lieu en janvier 2010 à un rapport (dit « Léonetti ») suggérant de légers assouplissements sur deux points (levée de la condition de deux ans en cas de couple pacsé et autorisation exceptionnelle du transfert d'embryon *post mortem*).

562 Interdits et contrôles. L'économie du droit positif français consiste à encadrer juridiquement le recours aux techniques médico-scientifiques ainsi découvertes, et ce de façon plus stricte que ne le font d'autres pays. C'est une tendance que nous avons déjà rencontrée au sujet des investigations relatives aux filiations établies (*supra*, n° 494).

Certaines pratiques sont autorisées sous certaines conditions et leurs conséquences juridiques quant à la filiation de l'enfant qui en est issu sont organisées. D'autres techniques sont prohibées, ce qui ne dispense pas de s'interroger sur le sort de l'enfant lorsqu'elles ont néanmoins été mises en œuvre (soit légalement à l'étranger soit même illégalement en France : *infra*, n° 586 et s.).

563 Équilibre général. Le but de la loi est de tenter de trouver un équilibre prenant en compte à la fois, d'un côté, le désir d'enfant et la souffrance de ceux qui ne parviennent pas à engendrer et, d'un autre côté, le souci de l'intérêt de l'enfant à naître. Le droit français n'admet pas le concept d'un « *droit à l'enfant* » qui autoriserait tous les moyens et ferait de l'enfant à naître une sorte d'objet de droit⁶. D'où des limites et conditions, tendant notamment à souligner la responsabilité de ceux qui prennent l'initiative de « *fabriquer* » un être humain et à séparer radicalement le désir d'enfant du désir de certains biens : le vieil adage de Loysel « *qui fait l'enfant doit le nourrir* » se trouve ainsi revivifié dans une nouvelle configuration (qui « *fabrique* » un enfant doit se mettre en situation de l'assumer et de l'élever).

Naturellement, ici comme ailleurs, la ligne d'équilibre définie par la loi est diversement appréciée, et parfois combattue par les divers groupes sociologiques intéressés (groupes de défense des intérêts des homosexuels notamment).

564 Sources textuelles dispersées. Le droit de l'assistance médicale à la procréation trouve à l'heure actuelle son siège à la fois en deux endroits du Code civil et dans le Code de la santé publique :

— d'abord dans le Code civil au chapitre consacré au « *respect du corps humain* » (art. 16 et s.) où l'on trouve notamment les interdictions : « *mères porteuses* » (art. 16-7), clonage (art. 16-4) et pratiques à titre onéreux (art. 16-6) ;

— ensuite dans le même Code civil au chapitre des dispositions générales relatives à la filiation, où figure une section intitulée « *De l'assistance médicale à la procréation* » organisant les modalités et les conséquences d'une procréation médicalement assistée exogène, c'est-à-dire avec tiers donneur (art. 311-19 et 311-20) ;

— enfin dans le Code de la santé publique où se trouve un titre entier consacré à l'« *assistance médicale à la procréation* » définissant le cadre administratif des établissements autorisés à pratiquer ces techniques, les conditions préalables à l'opération et l'organisation exceptionnelle du transfert d'embryons (art. L. 2141-1 et suivants).

■ 6. V. notamment, LAMBOLEY, *L'enfant à tout prix : le permis et l'interdit*, Mél. Mouly, 1998, 313 et s.

CHAPITRE 1

L'ORGANISATION DES TECHNIQUES PERMISES

565 Procréation artificielle endogène et exogène. Au-delà de certains principes directeurs qui commandent tout recours à l'assistance médicale à la procréation (Section 1), le système légal confirme ce constat de bon sens qu'il existe une différence fondamentale, à la vérité plus de nature que de degré, selon que la procréation artificielle est endogène, c'est-à-dire pratiquée avec le matériel génétique du couple demandeur (Section 2), ou exogène, c'est-à-dire nécessitant le recours à des gamètes fournies par des tiers (Section 3).

SECTION 1

PRINCIPES DIRECTEURS COMMUNS

TEXTES

Code de la santé publique, art. L. 2141-2 et L. 2141-10

Art. L. 2141-2. – L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

Art. L. 2141-10. – La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique

pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

Ils doivent notamment :

1°/ vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;

2°/ informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ;

2° bis/ informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ;

3°/ leur remettre un dossier-guide comportant notamment :

a) le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ;

b) un descriptif de ces techniques ;

c) le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.

La confirmation de la demande est faite par écrit.

L'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire.

Elle ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

Les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire.

566 Encadrement administratif. Les actes d'assistance médicale sont réservés à des praticiens nommément agréés à cet effet (C. santé publique, art. L. 2142-1-1) et, sauf pour l'insémination artificielle, doivent être effectués dans des établissements autorisés (art. L. 2142-1) ; le tout sous peine de sanctions professionnelles et pénales (C. pénal, art. 511-22 : 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

567 Principe de subsidiarité. En précisant que l'assistance médicale à la procréation est uniquement destinée à « remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué » ou à « éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité », la loi impose le caractère subsidiaire de cette procréation artificielle par rapport à la procréation charnelle.

Significative sur le plan symbolique, cette exigence est cependant entièrement abandonnée au pouvoir médical, sans sanction prévue.

568 **Qualités des bénéficiaires.** Le recours à la procréation médicalement assistée n'est pas ouvert librement et ne peuvent à l'heure actuelle en bénéficier que ceux qui réunissent les cinq qualités suivantes :

— il doit s'agir d'un **couple** : un projet monoparental ne peut donc pas être servi par ces techniques ;

— ce couple doit être composé **d'un homme et d'une femme** : le droit français (contrairement à d'autres, comme le droit canadien) n'accueille pas l'homoparentalité, sans cependant s'opposer, en cas de mariage entre deux femmes, à l'adoption par l'autre de l'enfant de celle inséminée à l'étranger¹ ;

— les deux membres du couple doivent être **en âge de procréer**, afin d'éviter les maternités trop tardives ;

— les deux membres du couple doivent être **vivants**, ce qui s'oppose à une procréation *post mortem*, le décès d'un des membres du couple interrompant le processus² ;

— il doit s'agir d'un couple composé d'un homme et d'une femme vivant ensemble, cette condition devant perdurer tout au long du processus, qui est interrompu en cas de séparation ou action en divorce³.

L'ouverture d'un débat sur l'assouplissement de ces conditions, qui devrait saisir le Parlement dans un avenir proche, débouchera probablement sur une atténuation sensible de ces conditions, devenues exagérément étroites au regard de l'environnement international de la France.

569 **Information et réflexion.** L'article L. 2141-10 du Code de la santé publique organise, à la charge des médecins, un processus minutieux d'information des demandeurs, ponctué par un délai de réflexion d'un mois que l'équipe médicale peut prolonger.

Aucune sanction n'est toutefois prévue.

570 **Consentement écrit et révocable.** La demande ne peut être confirmée qu'à l'issue de l'information préalable. En outre, tant que le processus n'est pas achevé (c'est-à-dire tant que l'implantation n'est pas réalisée), le consentement peut être révoqué par l'un des demandeurs, par écrit mais sans exigence de motif (C. civ., art. 311-20, al. 3).

■ 1. Cass. avis 22 septembre 2014, D. 2014.2031, note LEROYER – Voir auparavant MILLET, *L'homoparentalité* ; *Defrénois* 2005.743 – Dossier *AJ Famille* 2006, p. 391.

■ 2. Le débat antérieur à la loi de 1994 sur ce point (cf. TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *RTD civ.* 1984.703, obs. HAUSER et TGI Toulouse, 26 mars 1991, *RTD civ.* 1991.310), que la Cour de cassation avait tranché dans le sens du refus (Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 21 ; D. 1996.376, note DREIFUSS-NETTER ; *JCP* 1996.II.22666, note NEYRINCK) a ultérieurement resurgi : cf. TGI Rennes, 15 octobre 2009, *JCP* 2009 n° 44.377 rejetant la demande d'une veuve en remise de paillettes pour insémination. – Cf. MIRKOVIC, *Le transfert d'embryon post mortem, comment sortir de l'impasse*, *Dr. fam.* 2009, chr. 23. – CHABAULT-MARX, *La frilosité du juge français face à l'insémination « post mortem »*, D. 2009.2758 – Le Conseil d'État a enjoint à un hôpital de transférer les embryons en Espagne, où leur implantation *post mortem* est permise : CE, 31 mai 2016, n° 396848, *Dr. fam.* 2016. Étude 15, note BINET ; D. 2016.1472, note FULCHIRON et 1477, note HAFTEL.

■ 3. La loi du 7 juillet 2011 a supprimé la condition de cohabitation depuis deux ans auparavant imposée aux couples non mariés.

Et ce consentement devient caduc en cas de décès, requête en divorce ou cessation de la communauté de vie.

571 Filiation obligatoire et incontestable. L'enfant issu de la procréation médicalement assistée puise dans cette opération une filiation qui est à la fois :

— *obligatoire* pour le couple bénéficiaire, dont les membres s'obligent, de par leur consentement même à l'opération, à « reconnaître » l'enfant, à peine de dommages-intérêts et de déclaration judiciaire (art. 311-20, al. 4 et 5) ;

— *incontestable* non seulement pour ce même couple qui ne peut la remettre en cause, mais aussi pour quiconque, qu'il s'agisse d'un tiers ou de l'enfant lui-même (sauf à prouver que la naissance n'est pas due à l'artifice mais à une procréation toute naturelle).

572 La question des sanctions. Pour faire respecter les conditions qu'elle pose, la loi a multiplié les **sanctions pénales**, souvent lourdes et assorties, pour les praticiens de la santé, d'interdictions professionnelles (C. pénal, art. 511-15 et suivants).

Cette technique a été critiquée mais elle est en fait imposée par la quasi-impossibilité d'organiser des **sanctions civiles** adaptées. En effet, lorsqu'une procréation médicale aura été réalisée en dehors des cadres légaux, l'irrégularité sera très difficile à appréhender sur le plan civil : il est évident en effet que l'enfant né dans ces conditions ne saurait être la victime de cette irrégularité, de sorte que les règles relatives à la **filiation** devront néanmoins recevoir application (*infra*, n° 586 et s.). Quant à la mise en jeu de la **responsabilité civile** des auteurs de l'irrégularité, elle reste bien sûr possible en théorie mais se heurtera dans la pratique au fait que le plus souvent personne n'en éprouvera un préjudice légitime réparable, la naissance d'un enfant n'étant pas regardée en soi comme un tel préjudice⁴.

SECTION 2

**LA PROCRÉATION ARTIFICIELLE
ENDOGENE**

573 Assistance à la conception. La forme prioritaire d'assistance à la procréation consiste à rechercher une fécondation qui ne se fait pas naturellement, mais en utilisant le matériel génétique du couple : seule la conception est assistée, de sorte que l'enfant ainsi conçu sera pleinement celui du couple, autant qu'en cas de filiation spontanée (sinon plus...).

Les deux techniques en cause sont l'**insémination artificielle** provenant du conjoint ou du concubin (dite IAC) et la **fécondation *in vitro*** (FIV), c'est-à-dire en laboratoire, d'ovules de la mère par des spermatozoïdes du père, ovules implantés chez la mère pour une gestation normale.

■ 4. V. *Les obligations*, n° 680.

574 **Conditions.** En ce qui concerne l'IAC, la réglementation est assez légère. Elle n'est pas soumise au monopole des établissements agréés. Les seules conditions sont donc (*supra*, n° 568 et s.) :

— qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel marié ou vivant en commun depuis au moins deux ans ;

— que le mari ou concubin soit vivant, ce qui exclut l'insémination *post-mortem*⁵ ;

— que les deux membres du couple expriment leur consentement et que celui-ci ne soit ni révoqué ni caduc lors de la réalisation de l'opération.

La FIV endogène est pareillement traitée, sous cette réserve qu'elle est soumise au monopole des établissements autorisés.

575 **Effets de la filiation.** Du point de vue de la filiation de l'enfant, la situation ne présente en ce cas guère de difficulté particulière : si les parents sont mariés, la présomption de paternité s'appliquera normalement ; s'ils sont concubins, le consentement du père permet d'agir contre lui s'il ne voulait pas ensuite reconnaître l'enfant (C. civ., art. 311-20).

La seule particularité est que cette filiation ne peut être remise en cause par quiconque : les actions en contestation d'état sont en principe purement et simplement fermées (art. 311-20).

Toutefois, l'article 311-20 prévoit deux dérogations à cette interdiction :

— dans le cas où « *le consentement a été privé d'effet* », ce qui suppose que l'opération a été réalisée après une révocation du consentement ou une séparation des parents, sans doute à l'insu du médecin : cependant, si l'action en contestation est alors juridiquement ouverte, elle ne donnera guère de résultat puisque, dans la procréation artificielle endogène, l'enfant est bien le fruit du père déclaré ;

— dans le cas où « *il est soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée* », autrement dit que, malgré l'insémination ou l'implantation, la conception s'est faite par des voies naturelles avec un autre que le mari ou le concubin ; comme il suffit que cela soit « *soutenu* » pour rendre recevable l'action en contestation qui commandera une expertise biologique, laquelle conduira à accueillir la contestation si elle confirme que le mari ou concubin n'est pas le père, autant dire qu'en cas de procréation endogène la contestation est en fait recevable.

SECTION 3

LA PROCRÉATION ARTIFICIELLE EXOGENE

576 **Tiers donneur.** Cette forme est beaucoup plus « *assistée* » que la précédente : il ne s'agit plus seulement d'aider à une conception avec le matériel génétique du couple, mais de fournir à celui-ci le moyen de procréer grâce aux

■ 5. Cf. Rennes, 22 juin 2010, *JCP* 2010, n° 897, note MIRKOVIC.

gamètes d'autrui (spermatozoïdes d'un autre homme inséminés chez la femme ou ovule d'une autre femme implanté après fécondation *in vitro*).

Après des hésitations, la Cour européenne des droits de l'homme a laissé la question au pouvoir de chaque État⁶. En France, la fourniture de ces gamètes extérieurs est réglementée : non seulement elle est obligatoirement gratuite (C. civ., art. 16-6) à peine de sanctions pénales (C. pénal, art. 511-15 : sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende), mais encore le donneur doit donner (ainsi que son éventuel conjoint) un consentement écrit qui est toujours révocable jusqu'à l'utilisation (C. santé publique, art. L. 1244-2). En outre, son anonymat doit être préservé⁷ et il ne peut pas connaître l'identité du couple receveur (C. civ., art. 16-8 et 16-9).

En principe, le secours de gamètes extérieurs n'est autorisé que dans une seule branche, paternelle ou maternelle (C. santé publique, art. L. 2141-3), de telle sorte que l'enfant sera génétiquement issu au moins d'un membre du couple et que la procréation ne sera qu'à demi exogène. Exceptionnellement, il pourra y avoir procréation entièrement exogène.

§ 1. LA PROCRÉATION À DEMI EXOGÈNE

TEXTES

Code civil, art. 311-19 et 311-20

**Code de la santé publique, art. L. 2141-3, al. 1^{er},
et L. 2141-7**

Code civil

Art. 311-19. – En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

Art. 311-20. – Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

■ 6. CEDH, grande chambre, 3 novembre 2011, n° 57.813/10, *S. H. c/ Autriche*, revenant sur CEDH, 1^{er} avril 2010 qui, dans la même affaire, estimait que des considérations morales ne pouvaient justifier une prohibition absolue de ces techniques.

■ 7. Ce qui justifiera de refuser plus tard l'information à l'enfant devenu majeur : C.E. avis, 13 juin 2013, n° 362981, *RJPF* 2013-9/28, note Le BOURSICOT – T.A. Montreuil, 14 juin 2012, *D.* 2012.1618, note MIKOVIC.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance. Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

Code de la santé publique

Art. L. 2141-3, al. 1^{er}. – Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

[...]

Art. L. 2141-7. – L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple.

577 **Conditions.** Aux conditions générales communes à toute procréation médicalement assistée (*supra*, n° 566 et s.), le recours à un tiers donneur en ajoute d'autres qui alourdissent l'opération.

— Il faut d'abord que la procréation médicalement assistée endogène soit impossible (pour cause de stérilité ou de risque génétique grave) ou que les deux membres du couple, après information, renoncent à cette procréation endogène (C. santé publique, art. L. 2141-7).

— Il faut ensuite que le consentement des deux membres du couple soit donné par acte authentique, devant notaire ou devant un juge qui les informe des conséquences quant au lien de filiation (C. civ., art. 311-20).

— Il faut enfin que ce consentement soit fourni « *dans des conditions garantissant le secret* » (art. 311-20), ce qui vise non pas l'équipe médicale, mais les tiers et l'enfant lui-même auxquels les parents doivent rester libres de révéler ou non l'existence de ce recours à un tiers ; le Conseil d'État protège fermement ce secret contre les attaques du droit à l'accès à ses origines protégé par la CEDH⁸.

578 **Effets quant à la filiation.** Dans cette procréation à demi exogène, l'enfant est génétiquement issu de l'un des parents, envers lequel il n'existe donc pas de difficulté. Mais, alors qu'il ne l'est pas de l'autre, la loi entend néanmoins le réputer tel, ce qui est assuré par trois règles :

— l'obligation pour les deux membres du couple de reconnaître l'enfant et à défaut l'établissement judiciaire du lien de filiation envers eux (art. 311-20) ;

— l'interdiction pour quiconque de contester ce lien de filiation, hormis le cas où le consentement du donneur ou d'un membre du couple l'intéressé était caduc (par révocation ou séparation) et celui où il est soutenu que l'enfant n'est pas issu

■ 8. CE, 27 décembre 2017, n° 396571, *Dr fam.* 2018.64, note FULCHIRON.

de l'opération (c'est-à-dire en fait que la mère l'a conçu très naturellement avec un homme qui n'est ni son conjoint ni le tiers donneur, ce qui soulèvera un problème de preuve puisque, l'identité du donneur n'étant pas connue, la preuve biologique sera inopérante) ;

— l'interdiction, même dans les cas précédents où la filiation aura pu être contestée et détruite, d'établir un lien de filiation envers le tiers donneur (art. 311-19).

§ 2. LA PROCRÉATION ENTIÈREMENT EXOGÈNE : LE DON D'EMBRYON

TEXTES

Code de la santé publique, art. L. 2141-5 et L. 2141-6

Art. L. 2141-5. – Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

Art. L. 2141-6. – Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil.

579 **Technique exceptionnelle.** Le transfert d'embryon consiste à implanter chez une femme un embryon conçu *in vitro* avec les gamètes d'un homme et d'une femme tous deux étrangers au couple receveur⁹.

L'opération ne peut intervenir que dans des cas exceptionnels. On ne peut en effet concevoir un embryon à cet effet, mais seulement utiliser des embryons « *surnuméraires* » conçus dans le cadre d'une FIV par un couple qui, par prudence, avait consenti à la fécondation de plusieurs ovocytes en vue d'un projet parental futur (C. S.P., art. L. 2141-3) : si les embryons ainsi conservés perdent leur finalité initiale (abandon du projet parental, séparation du couple concerné ou décès d'un de ses membres, ou encore réalisation du projet parental par succès dès la première implantation), le couple peut consentir par écrit au don des embryons surnuméraires à un autre couple (C.S.P., art. L. 2141-4).

580 **Conditions.** Au-delà des conditions habituelles à toute procréation artificielle (*supra*, n° 566 et s.), de la gratuité et de l'anonymat, ce don d'embryon est soumis à un encadrement renforcé (art. L. 2141-6) assorti de sanctions pénales (C. pénal, art. 511-16 : sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende) :

— il faut que les deux membres du couple receveur soient atteints de stérilité ou d'une grave maladie génétique (sans quoi la procréation à demi exogène doit être préférée) ;

— il faut le double consentement du couple donneur et du couple receveur, donné après information et de façon séparée, ces deux couples ne pouvant s'identifier mutuellement ;

— il faut en outre une décision de justice, délivrée après vérification par le juge des conditions d'accueil de l'enfant à naître par le couple receveur (à l'instar d'une adoption, certains rapprochant le transfert d'embryon d'une adoption prénatale) ;

— il faut enfin que l'opération soit réalisée par un établissement (public ou privé sans but lucratif) spécialement autorisé à cet effet.

581 **Effets quant à la filiation.** De cette procréation entièrement artificielle issue d'un transfert d'embryon, la loi entend déduire un lien de filiation identique à celui qui résulterait d'une procréation naturelle : signe que la volonté responsable de faire naître un enfant est autant créatrice de la filiation et des devoirs qui s'y attachent qu'une génération purement biologique.

À cette fin, la loi utilise les mêmes techniques que pour la procréation artificielle à demi exogène (*supra*, n° 578), en les bilatéralisant : création obligatoire du lien de filiation envers les deux membres du couple receveur, interdiction de contester cette filiation en dehors des cas de consentement inefficace ou de procréation naturelle et, en toute occurrence, interdiction d'établir tout lien avec le couple donneur.

■ 9. V. MIRKOVIC, *Statut de l'embryon : la question interdite*, JCP 2010, n° 4-99.

CHAPITRE 2

LES TECHNIQUES INTERDITES

- 582** **Droit français et réalités étrangères.** En l'état actuel, le droit français interdit certaines techniques de procréation artificielle, et en particulier le recours à des « *mères porteuses* » et le clonage. Mais, du moins pour le premier, cette prohibition est loin d'être universelle, ce qui soulève alors la question des effets que peut produire en France une filiation ainsi obtenue.

SECTION 1 | LES PROHIBITIONS DU DROIT FRANÇAIS

§ 1. LE RECOURS À DES « MÈRES PORTEUSES »

TEXTE

Code civil, art. 16-7

Art. 16-7. – Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

- 583** **Gestation pour autrui et maternité de substitution.** Technique mise en vogue aux États-Unis et souvent évoquée par les médias, le recours à des « *mères porteuses* » (aussi appelé peu élégamment location d'utérus) recouvre en réalité deux pratiques.

La première est celle de la *gestation pour autrui* : après fécondation *in vitro* d'un ovule produit par une femme, l'embryon est placé pour gestation chez une autre femme, qui « *porte* » véritablement un enfant qui n'est pas génétiquement le sien. On peut s'interroger en ce cas sur l'identité de la mère, par une réflexion d'ordre philosophique sur la notion même de maternité : tient-elle plus à la transmission des gènes (mère donneuse) ou à la gestation (mère porteuse) ? En ce cas, l'enfant est génétiquement celui de la mère qui le « *fait porter* » pendant la

gestation par une simple gestatrice (d'où le nom de « *location d'utérus* »), généralement à titre onéreux¹, mais il est charnellement celui de la femme qui l'a porté et enfanté.

Mais on parle aussi de mère porteuse pour désigner la *maternité de substitution* : en raison de la stérilité d'une femme, il est convenu qu'une autre sera inséminée artificiellement par le mari ou le concubin de la première et qu'à la naissance, l'enfant sera remis au couple demandeur, le « *changement de mère* » s'effectuant soit par une fausse déclaration à la naissance (ce qui constitue l'ancien crime de supposition d'enfant devenu délit de substitution réprimé par l'article 227-13 du Code pénal), soit par une adoption.

584 Illicéité. Après avoir annulé et dissous les associations qui avaient pour objet de faciliter ces pratiques, objet déclaré illicite², la jurisprudence a solennellement condamné le procédé. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, après avoir entendu le président du Comité consultatif national d'éthique, Jean Bernard, a jugé « *que la convention par laquelle une personne s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »³.

Cet arrêt précise qu'il y a en pareil cas « un détournement de l'institution de l'adoption ».

La loi de 1994 a consacré cette solution dans l'article 16-7 du Code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Il est donc aujourd'hui acquis que le droit français rejette l'idée de « *mère porteuse* », que tout accord vers ce but est nul et que, lors de la naissance, la mère porteuse peut conserver son enfant⁴.

Mais le débat connaît une vive résurgence sous la poussée des nombreuses législations étrangères plus permissives⁵. La loi bioéthique du 7 juillet 2011 a

■ 1. V. BANDRAC, *Réflexions sur la maternité* in *Mél. Raynaud*, 1988 p. 273 – RUBELLIN-DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, *D.* 1985, chron. 147 – GOBERT, *De la maternité de substitution*, *RTD civ.* 1992.489.

■ 2. Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 1989, *Assoc. Alma Mater*, *D.* 1990.273, rapp. MASSIP ; *JCP* 1990.II.21526, note SRIAUX – CE, 22 janvier 1988, *Assoc. Les Cigognes*, *Rec. CE* 1988.37.

■ 3. ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, avis Bernard, concl. DONTENWILLE, note TERRE ; *D.* 1991.417, rapp. CHARTIER, note THOUVENIN ; *D.* 1992. somm. 59, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; cassant (dans l'intérêt de la loi) Paris, 15 juin 1990, *JCP* 1991.II.21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; *D.* 1990.540, note F. BOULANGER – Cf. depuis Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, *JCP* 1995.II.22362, note RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1994.581, note CHARTIER – Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252 – Pour une application envers une opération réalisée aux États-Unis, v. Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002.2902.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70.

■ 5. Cf. récemment R. CHENDEB, *La convention de mère porteuse : Deffrénois* 2008.291 – M. BANDRAC, G. DELAISI DE PERCEVAL et V. DEPADT-SEBAG, *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?*, *D.* 2008 chron. 434 – F. GRANET-LAMBRECHTS, *Maternités de substitution, filiation et état civil, Panorama européen*, *Dr. fam.* 2007, étude 34 – A. MIRKOVIC, *À propos de la maternité pour autrui*, *Dr. fam.* 2008, étude 15 – J. HAUSER, *Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421 : des conditions, à quoi bon ?*, *RTD civ.* 2008.468 – A. SERIAUX, *Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ?*, *D.* 2009, chron. 1215 – A. MIRKOVIC, *Mère porteuse : maternité indéterminée*, *Dr. fam.* 2009, étude 24. – LE BOURSICOT, *Vers la législation de la gestation pour*

maintenu la prohibition⁶ mais les nombreux pays étrangers admettant la pratique soulèvent le problème de la reconnaissance en France des liens qui en sont issus (cf. *infra* n° 586 et s.).

§ 2. LE CLONAGE

TEXTE

Code civil, art. 16-4

Art. 16-4. – Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

585 **Prohibition.** La loi bioéthique de réforme du 6 août 2004 a transposé en droit français le parti de la prohibition absolue de tout clonage humain, sans distinguer entre les finalités scientifiques, commerciales ou procréatives.

Ce parti avait été adopté dès 1998 par la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 9 décembre 1998 (art. 11 : « *Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'être humains, ne doivent pas être permises* »).

SECTION 2 LES EFFETS D'UNE PRATIQUE PROHIBÉE

586 **Filiation issue d'une pratique licite à l'étranger.** Si le cas ne semble pas pouvoir se poser pour le clonage, pour l'heure universellement prohibé, il se présente en revanche concrètement pour la pratique des mères porteuses, admise dans certains pays. La question est alors de savoir l'attitude à adopter en France envers l'enfant issu de cette pratique lorsqu'elle a respecté les conditions du pays où elle a été réalisée : faut-il, au nom de l'ordre public, refuser de reconnaître son lien de filiation tel qu'il est admis par le pays concerné et en faire le « *dernier enfant maudit* »⁷ à l'instar des enfants incestueux ? Ou peut-on à

autrui, RJPf 2008-9/31. – PARISER-KRIEF, *Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne*, RIDC 2011.645.

■ 6. Commentaire BYK et BINET, JCP 2011, doct. 878 et 846.

■ 7. L'expression est de Monique BANDRAC, D. 2008.434, n° 1.

l'inverse reconnaître les effets en France de cette situation dès lors qu'on a vérifié qu'elle s'est créée en respectant la loi locale, par une nouvelle application de l'idée d'ordre public atténué (la même qui permet de reconnaître certains effets à des polygamies étrangères qui ne pourraient s'instaurer en France : cf. *supra*, n° 34) ?

Le débat est ouvert entre ceux qui réprovent un « ghetto d'injustice » dont l'enfant serait la victime⁸ et ceux qui trouvent « qu'il est trop facile d'invoquer l'intérêt supérieur de l'enfant »⁹ pour admettre « la dictature du libre-échange familial » sous la pression du « pédocentrique compassionnel »¹⁰. Il est permis d'être sensible à la très humaniste remarque des premiers qu'« un pays civilisé ne saurait instituer le malheur d'un enfant comme procédé de contrainte à l'obéissance aux lois »¹¹, si bien que la Cour européenne a fini par sanctionner la France pour atteinte au droit à la vie familiale¹².

La Cour de cassation a tranché dans une affaire concernant une convention de mère porteuse passée et exécutée en Californie¹³. Mais des résistances se sont profilées¹⁴ sous l'ombre de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵. De son côté, le Conseil d'État a fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant pour imposer la délivrance de passeports¹⁶, tout comme il a validé une circulaire ministérielle pour la délivrance de certificats de nationalité¹⁷. Mais la Cour de cassation a réitéré sa position, peut-être de façon provocatrice¹⁸, si bien que la Cour européenne a fini par sanctionner la France pour atteinte au droit à la vie familiale¹⁹, de sorte que le réexamen a dû être ordonné par la Cour de cassation²⁰. Celle a donc infléchi sa doctrine en admettant la transcription sauf pour ce qui concerne la mère d'intention : la filiation transcrite concerne donc le père biologique, et il n'est pas interdit à la

■ 8. BANDRAC, DELAISI DE PERSEVAL et DEPADT-SEBAG, *D.* 2008.434.

■ 9. MALAURIE et FULCHIRON, n° 1032, note 137.

■ 10. HAUSER, *RTD civ.* 2008.96.

■ 11. BANDRAC et autres, préc. – Cf. aussi MURAT, *Dr. fam.* 2009, n° 75.

■ 12. CEDH, 26 juin 2014, 2 arrêts *Menesson c/France*, n° 65192/11 et *Labassee c/France*, n° 65941/11. – Voir aussi CEDH, 21 juillet 2016, n° 9063/14, *Foulon et Bouvet c/France*, *D.* 2016.2152, note CAIRE.

■ 13. Affaire *Menesson* : la Cour d'appel de Paris avait déclaré le ministère public irrecevable à contester la transcription à l'état civil français, laissant surabondamment apparaître sa position au fond en faveur de la reconnaissance (Paris, 25 octobre 2007) mais son arrêt a été cassé sur la recevabilité : Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 289 p. 251 ; *JCP* 2009.II.10020, note MIRKOVIC et II. 10021, note d'AVOUT ; *D.* 2009.166, obs. EGEE, 332, avis SARCELET et 340, note BRUNET ; *Defrénois* 2009.549, obs. MASSIP ; *Dr. fam.* 2009.15, note MURAT ; *RTD civ.* 2009.106, obs. HAUSER. La Cour de renvoi a refusé la transcription (Paris, 18 mars 2010, *D.* 2010.1683, note LA PRADELLE) et a été enterinée par la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, *Bull. civ. I*, n° 70 à 72 ; *RJPF* 2011-6/12 note LE BOURSCAULT).

■ 14. Rennes, 21 février 2012, *JCP* 2012. Act. 353, note MARAIS ; *D.* 2012.878, note MIRKOVIC.

■ 15. Cf. GOUTTENOIRE, *JCP* 2011, doct. 839, n° 7 et RUBELLIN-DEVICHI, *ibid.*, n° 10.

■ 16. CE, 4 mai 2011, n° 348.778, *D.* 2011.1995, note GOUTTENOIRE.

■ 17. Circulaire du 25 janvier 2013, v. CORPART, *RJPF* 2013.3/34 – GRANET, *D.* 2013.1441 : CE, 12 décembre 2014, n° 367324, *D.* 2015.352, avis DOMINO.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n° 12-18315 et n° 12-30138, *Bull. civ. I*, n° 176 ; *D.* 2013.2377, concl. PETIT, et *D.* 2013.2382, chr. FULCHIRON et BIDAUT-GARON. – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n° 13-50005, *JCP* 2014.613, obs. HEYMANN ; *D.* 2014.1162, chron. FULCHIRON.

■ 19. CEDH, 26 juin 2014, 2 arrêts, n° 65192/11, *Menesson c/France*, et n° 65941/11, *Labassee c/France*, *D.* 2014.1797, note CHENEDE, et 1806 note d'AVOUT.

■ 20. Cass. 16 février 2018, *JCP* 2018, 344, note GOUTTENOIRE.

mère d'intention d'adopter l'enfant²¹. Pour aller plus loin, c'est-à-dire admettre ou non un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant, la Cour de cassation a décidé d'hésiter et d'interroger pour avis la Cour européenne des droits de l'homme²².

587 Filiation issue d'une pratique illicite. Il s'agit alors du cas où le recours à une mère porteuse était *ab initio* illicite, soit qu'il ait eu lieu en France, soit qu'il ait été effectué à l'étranger sans respecter les conditions exigées par la loi locale.

La question, qui ne semble pas s'être encore concrètement posée, présente une différence avec la précédente, car il semble alors plus difficile de mettre en œuvre l'idée d'ordre public « *atténué* ». Le débat précédent se pose alors de façon presque encore plus crue : le respect de la loi permet-il de rejeter dans le néant le fruit de l'illégalité (comme autrefois les enfants adultérins et aujourd'hui encore ceux qui sont incestueux) ?

■ 21. Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, 4 arrêts, *Dr. fam.* 2017, étude 13, BINET ; *D.* 2017.1737, note FULCHIRON – Voir déjà ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21323, *JCP* 2015.965, note GOUTTENOIRE – Voir encore Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2018, n° 17-50021.

■ 22. Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19053.

LA FILIATION ELECTIVE : L'ADOPTION

588 **Définition.** L'adoption se définit traditionnellement par son caractère exclusivement juridique l'opposant à la filiation biologique : c'est, selon l'expression de Carbonnier, une « *filiation d'imitation* ». Mais aujourd'hui où une filiation médicalement assistée peut être génétiquement étrangère aux deux parents, en cas de transfert d'embryon (*supra*, n° 579), ce « *non-biologique* » ne suffit plus et il faut sans doute insister sur un autre aspect : cette filiation d'imitation est élective en ce qu'elle se crée envers un être déjà existant qui « *acquiert* » en cours de vie ce lien de filiation envers un adoptant exprimant sa volonté en ce sens¹.

Ce n'est donc pas la nature, spontanée ou aidée, qui est à l'origine de cette filiation adoptive, mais l'autorité publique qui crée ce lien de toutes pièces à partir d'une pure manifestation de volonté.

589 **Évolution.** L'adoption a joué un grand rôle dans le droit romain où elle se pratiquait entre adultes (par exemple pour assurer la transmission impériale), mais a été à peu près ignorée de notre Ancien Droit².

La Révolution française qui voulait, sur certains points, imiter les précédents antiques, a réinstauré cette institution. Et elle a été maintenue (non sans difficultés : sept projets successifs !) lors de la rédaction du Code civil, notamment en raison des soucis dynastiques de Bonaparte, alors sans héritier. Mais elle correspondait à une physionomie toute différente de celle que l'on connaît aujourd'hui. Tout particulièrement, elle ne visait pas à assurer les conditions d'éducation d'un enfant, mais était exclusivement tournée vers des effets d'ordre successoral, réservée à des adoptés majeurs et à des adoptants de plus de 50 ans sans descendants et interdite à l'égard des mineurs. Très peu usitée pendant tout le XIX^e siècle, l'institution a été

■ 1. S'il arrive qu'une filiation biologique ne soit établie qu'après la naissance, elle produit néanmoins effet depuis cette naissance, l'établissement étant « *déclaratif* », c'est-à-dire rétroactif. Au contraire, l'adoption ne produit effet que pour l'avenir : le jugement d'adoption est « *constitutif* ».

■ 2. On peut cependant considérer que l'**affrèment** – contrat par lequel deux hommes créaient entre eux une parenté artificielle – constituait une sorte d'adoption, à effets d'ailleurs essentiellement patrimoniaux. – Sur les formes diverses d'adoption admises néanmoins dans certaines coutumes, v. LEFEBVRE-TEILLARD, n° 215 et s.

totallement transformée par toute une série de réformes intervenues au cours du xx^e siècle. C'est une loi du 19 juin 1923 qui, à la suite des vides créés par la guerre et aussi à la faveur de l'attention grandissante portée à l'enfance, est venue permettre l'adoption des mineurs, forme aujourd'hui la plus utilisée de l'institution. Puis des réformes successives sont venues étendre et assouplir les conditions de l'adoption, toujours dans le sens d'une imitation croissante de la filiation par le sang. Le régime actuel résulte, à titre essentiel, d'une loi du 11 juillet 1966 ayant totalement refondu la matière, et qui a été elle-même complétée dans le sens d'assouplissements supplémentaires par des lois du 22 décembre 1976³ et du 5 juillet 1996. Cette dernière, issue d'une réflexion tendant à une véritable refonte⁴, n'apparaît en définitive que comme une « réformette » de détail⁵, elle-même retouchée sur quelques points par une loi du 4 juillet 2005⁶. Il est vraisemblable que ce régime, qui manque de cohérence à divers égards, fera à son tour l'objet d'une refonte à plus ou moins brève échéance⁷.

590 Plan. Ce régime repose essentiellement sur la distinction de deux types d'adoption, selon le degré d'intégration que l'on entend poursuivre à l'égard de la famille adoptive : l'**adoption plénière**, intégration totale faisant disparaître toute trace de la filiation biologique, ou l'**adoption simple**, intégration moins poussée, s'adjoignant à la filiation biologique.

Mais l'actualité s'est depuis lors déplacée : en pratique, c'est le cas de l'**adoption internationale** qui soulève les difficultés les plus brûlantes, ayant donné lieu à une loi du 6 février 2001. En effet, 80 % des adoptions réalisées en France concernent aujourd'hui des enfants nés à l'étranger (contre 15 % en 1973 et 30 % en 1980).

■ 3. V. F. BOULANGER, *La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption après la loi du 22 décembre 1976*, JCP 1977.I.2845.

■ 4. V. RUBELLIN-DEVICHI, *Réflexions avant une indispensable réforme de l'adoption*, D. 1991, chron. 209. – MONREDON, *L'adoption aujourd'hui*, JCP 1992.I.3607.

■ 5. V. DION-LOYE, *Premières observations sur le nouveau droit de l'adoption*, LPA, 12 août 1996 p. 5 et s. – C. PHILIPPE, *Réforme de l'adoption, Dr. et patrimoine*, oct. et nov. 1996. – RUBELLIN-DEVICHI, JCP 1996.I.3979. – REVET, *RTD civ.* 1996.999.

■ 6. Cf. POISSON-DROCOURT, D. 2005.2028. – CORPART, JCP 2005.I.1381. – SALVAGE-GEREST, *AJ Famille* 2005.350.

■ 7. Cf. BOSSE-PLATIÈRE, *Réflexions avant une indispensable réforme de l'adoption*, *Mél. Le Guidec*, 2014, p. 589.

CHAPITRE 1

L'ADOPTION PLÉNIÈRE

591 **Sociologie.** L'adoption plénière a pour objet d'assimiler totalement l'enfant à un enfant légitime du parent adoptif. D'un point de vue sociologique, c'est cette forme d'adoption qui est la plus couramment perçue par l'opinion et aussi la plus répandue. Elle correspond essentiellement à deux sortes de types sociologiques de situation : d'une part le cas d'époux qui, mariés depuis un certain nombre d'années mais encore jeunes (dans 90 % des cas la femme a moins de 40 ans), n'ont pas l'enfant qu'ils désiraient et cherchent à adopter un enfant, qu'ils désirent le plus jeune possible (environ 85 % des enfants ont moins de trois ans lorsqu'ils sont confiés en vue de l'adoption) ; d'autre part le cas d'un conjoint voulant établir un rapport de filiation avec les enfants que son époux a eus d'un premier lit. À quoi s'ajoute aujourd'hui la revendication homosexuelle (cf. *infra*, n° 614).

Avant même d'étudier les conditions de l'adoption, il convient de souligner un phénomène sociologique important : c'est celui du déséquilibre entre l'offre et la demande, les enfants adoptables étant en nombre très insuffisant par rapport à la demande. Il en résulte que les conditions légales, qui sont en principe suffisantes, ne trouvent véritablement à s'appliquer que dans les cas extrêmement rares d'adoptions consenties directement entre particuliers sans l'intermédiaire des services de l'Assistance publique. En revanche, en ce qui concerne les adoptions d'enfants confiés aux services officiels, ces derniers n'hésitent pas, pour opérer le choix entre les différents solliciteurs, à imposer des conditions de fait supplémentaires : il leur arrive d'exiger, par exemple, que l'adoption soit le fait d'un couple marié, ce qui n'est pas une condition légale, ou encore que la mère adoptive n'exerce pas de profession et se consacre à son foyer, ce qui ne constitue pas non plus une condition légale. Cette situation entraîne que, depuis quelques années, un nombre croissant d'adoptions concerne des enfants étrangers. Mais, sur ce terrain aussi, des abus sont constatés et il arrive que se crée un véritable « marché » d'enfants adoptables – avec les intermédiaires intéressés inhérents à tout marché¹ aujourd'hui contrôlés

■ 1. V. par exemple Cass. 1^{re} civ., 22 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 252 annulant la rémunération de l'intermédiaire.

sous sanction pénale². Diverses tentatives de détournement de l'institution sont constatées³, auxquelles la Cour suprême puis la loi ont mis un coup d'arrêt dans le cas des « mères porteuses » (cf. *supra*, n° 584). Tout cela conduit à juger notre droit positif dépassé en la matière.

SECTION 1

CONDITIONS**§ 1.**

CONDITIONS RELATIVES À L'ADOPTANT

TEXTES

Code civil, art. 343 à 343-2 et 353-1

Art. 343. – L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou agés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.

Art. 343-1. – L'adoption peut être aussi demandée par toute personne agée de plus de vingt-huit ans.

Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire, à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Art. 343-2. – La condition d'âge prévue à l'article précédent n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

[...]

Art. 353-1. – Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés.

Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt.

592 Adoption conjugale ou individuelle. L'adoptant peut être soit un couple marié, soit une personne seule (environ seulement 10 % des cas). Cette personne seule peut d'ailleurs être elle-même célibataire ou mariée : l'adoption peut en effet être le fait d'une personne mariée, sans être réalisée par le conjoint de l'adoptant. Mais ce conjoint devra alors fournir son consentement, lequel n'est cependant pas rétractable comme celui des parents⁴.

S'il s'agit d'une **adoption conjugale** (ce qui ne s'étend pas au PACS ni au concubinage : art. 346), il suffit désormais que le mariage ait duré plus de deux

■ 2. C. pén., art. L. 225-19 (cf. Crim., 18 mars 2008, *Dr. fam.* 2008, n° 84).

■ 3. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1990.249. – HAUSER, *L'adoption à tout faire*, D. 1987, chron. 205.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 2 décembre 1997, *JCP* 1998.II.10028, concl. contraires SAINTE-ROSE, note DREIFUSS-NETTER.

ans, condition qui est écartée si les deux conjoints ont plus de vingt-huit ans ; depuis que la loi de 1976 a supprimé la condition auparavant requise de l'absence d'enfant légitime, cette condition de délai s'interprète moins comme une présomption de stérilité du couple, que comme un gage de maturité.

S'il s'agit d'une **adoption individuelle**, il suffit que l'adoptant soit âgé de plus de vingt-huit ans. Pour l'adoption qui porte sur **l'enfant du conjoint**, elle suit des règles dérogatoires : non seulement la condition d'âge de l'adoptant est supprimée, mais encore cette adoption peut être faite par le conjoint du même sexe que le parent par le sang, épouse de la mère⁵ ou mari du père⁶. Cependant cette adoption de l'enfant du conjoint n'est en principe qu'une adoption simple et ne peut être plénière que dans des cas précis s'il n'a pas de filiation établie ou si l'autre parent a été déchu de l'autorité parentale, ou est décédé sans laisser ses propres parents (grands-parents de l'enfant) ou si ceux-ci s'en sont manifestement désintéressés : les lois du 8 janvier 1993 et du 5 juillet 1996 ont voulu par là mettre fin aux abus qui tendaient à rompre tout lien avec le parent véritable ou les grands-parents et seule une adoption simple est alors possible, qui maintient ces liens (art. 345-1).

593 Présence d'enfants. L'apport essentiel de la réforme du 22 décembre 1976 a été de supprimer la condition première que posait le droit antérieur, à savoir que l'adoptant n'ait pas d'enfant légitime. Cette condition correspondait à la fois à l'idée de réserver l'adoption aux couples stériles et au souci d'éviter des antagonismes entre enfants adoptés et enfants par le sang, voire la crainte d'une fraude à la réserve héréditaire de ces derniers⁷.

L'adoption peut donc être le fait d'un couple ou d'une personne ayant déjà des enfants, par le sang ou adoptés. Le consentement de ces enfants n'est nullement requis, mais le juge qui aura à statuer est chargé par l'article 353, alinéa 2, de vérifier « si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale »⁸.

594 Agrément administratif. L'agrément du candidat adoptant par l'Administration n'est pas toujours nécessaire : il n'est requis que s'il s'agit d'adopter un pupille de l'État ou un enfant étranger⁹. C'est à l'occasion de cet agrément que s'est développée une jurisprudence administrative et européenne tendant à contrôler les discriminations¹⁰.

■ 5. Cass. avis, 22 septembre 2014, n^{os} 15010 et 15011, *RTD civ.* 2014, 637.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017, n^o 16-16901, 16-16455 et 15-28597.

■ 7. V. Y. PATUREAU, *L'adoption en présence des descendants*, *D.* 1977.1.259.

■ 8. Pour un exemple de refus : Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1990, *Bull. civ.* I, n^o 93.

■ 9. Cf. POISSON-DROCOURT, *La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant*, *D.* 2007.163.

■ 10. La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir laissé cette question au domaine de chaque État (CEDH, 26 février 2002, *JCP* 2002.II.10074, note GOUTTENORE et SUDRE), a jugé qu'un refus fondé, même en partie seulement, sur ce motif est discriminatoire : CEDH, 22 janvier 2008, *JCP* 2008.II.10071, note SUDRE et GOUTTENORE, *D.* 2008.2038, note HENNION. – V. aussi CEDH, 7 mars 2013, n^o 19010/07, *D.* 2013.502 (la fermeture de l'adoption conjointe à des couples homosexuels non mariés par la loi autrichienne qui l'ouvre à des couples hétérosexuels et discriminatoire).

595 Consentement de l'adoptant. Le consentement de l'adoptant est évidemment indispensable, et il doit perdurer jusqu'au jugement d'adoption. Il doit être donné par acte authentique (art. 348-3).

S'il est atteint d'un vice du consentement, l'adoption pourra être contestée, mais par les voies de recours contre les jugements et non par une action en nullité¹¹.

596 Adoption posthume. Le décès de l'adoptant, ou plutôt de celui qui se proposait d'adopter, ne met pas obstacle au prononcé de l'adoption, dès lors que l'enfant avait été recueilli à cette fin : l'article 353, alinéa 4, permet au conjoint survivant ou aux héritiers¹² de poursuivre la procédure en présentant la requête au nom du défunt¹³, l'exigence d'un **consentement** authentique étant alors écartée¹⁴.

§ 2. CONDITIONS RELATIVES À L'ADOPTÉ

TEXTES

Code civil, art. 345 à 349

Art. 345. – L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois.

Toutefois, si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies, pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité.

S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière. Ce consentement est donné selon les formes prévues au premier alinéa de l'article 348-3. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption.

Art. 345-1. – L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1°/lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

1° *bis*/lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;

2°/lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

3°/lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

Art. 346. – Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux.

Toutefois, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des

■ 11. Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 292.

■ 12. Ce que ne sont pas des légataires : Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, n° 09-10918, *Bull. civ. I*, n° 65.

■ 13. ESCHYLLE, *L'adoption posthume*, JCP N 95.1419.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 108.

deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.

Art. 347. – Peuvent être adoptés :

1°/ les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

2°/ les pupilles de l'État ;

3°/ les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2.

Art. 348. – Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit.

Art. 348-1. – Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption.

Art. 348-2. – Lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant.

Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie.

Art. 348-3. – Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis.

Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation.

Si à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption.

Art. 348-4. – Lorsque les père et mère ou le conseil de famille consentent à l'adoption de l'enfant en le remettant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption, le choix de l'adoptant est laissé au tuteur avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'État ou du conseil de famille de la tutelle organisée à l'initiative de l'organisme autorisé pour l'adoption.

Art. 348-5. – Sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption.

Art. 348-6. – Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité.

Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille.

Art. 349. – Pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles.

597 Intérêt de l'enfant. Dans son économie actuelle d'institution tournée vers la protection de l'enfance délaissée, l'adoption est soumise à une condition essentielle dominant les autres qui sont techniques : elle doit être « *conforme à l'intérêt de l'enfant* » (art. 353). Cette condition sera appréciée par le juge, qui pourrait ainsi faire obstacle à une adoption « *techniquement* » parfaite, mais apparaissant comme un « *arrangement* » entre parents conclu sans respect de l'avantage de l'enfant. Le juge sera souverain dans cette appréciation¹⁵. Par exemple a été refusée l'adoption d'un enfant par son grand-père, car il serait devenu le frère de... sa mère¹⁶.

Cette condition trouve aujourd'hui une importance accrue du fait des multiples utilisations qui semblent vouloir être faites de l'adoption et qui paraissent parfois un véritable **détournement de l'institution**. On a pu parler « *d'adoption à tout faire* »¹⁷. Ainsi arrive-t-il que l'adoption soit « *défensive* », pour empêcher le père d'établir sa filiation¹⁸ ou encore pour couper, après décès d'un parent, tout lien avec les grands-parents¹⁹, cas désormais exclu par l'article 345-1. De même elle peut être refusée si elle a pour but de servir à une recombinaison successorale²⁰.

598 Age de l'adopté. L'adoption plénière n'est possible qu'à l'égard de mineurs et, pour qu'elle réponde à son but d'éducation de l'enfant, il faut que l'adopté soit âgé de **moins de 15 ans**. Cependant cette condition est écartée si l'enfant a été accueilli au foyer en vue de l'adoption avant cet âge ou encore s'il avait fait, avant cet âge, l'objet d'une adoption simple : l'adoption plénière peut alors être demandée jusqu'au vingtième anniversaire de l'adopté (art. 345).

Lorsque l'enfant est âgé de plus de 13 ans, son **consentement personnel** est requis.

599 Situation familiale. Tout enfant n'est pas adoptable. Destinée à le pourvoir d'une véritable famille et à rompre tout lien avec sa famille par le sang, l'adoption plénière n'est possible que si l'enfant se trouve dans une situation de **vide familial**. Cette situation se rencontre dans trois cas énumérés par l'article 347 : les pupilles de l'État, les enfants déclarés abandonnés par une décision judiciaire et les enfants que les parents consentent à donner en adoption.

■ 15. Pour des refus, v. Paris, 26 février 1985, *JCP* 1986.II.20561, note BOULANGER. – Paris, 26 mars 1995, *D.* 1997, som. 278, obs. VAUVILLE.

■ 16. Angers, 11 décembre 1992, *JCP* 1993.IV.2270. – Besançon, 1^{er} février 1994, *JCP* 1995.IV.564. – Comp. Poitiers, 10 mars 1998, *JCP* 1999.IV.2173 (le mari qui a déjà adopté les enfants de son conjoint ne peut adopter ensuite ses petits-enfants).

■ 17. HAUSER, *D.* 1987, chron. 205.

■ 18. Bordeaux, 21 janvier 1988, *D.* 1988.453, note HAUSER.

■ 19. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *D.* 1989.477, note HAUSER.

■ 20. V. Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *D.* 2002.1097, note BOULANGER; *Defrénois* 2002.195, obs. MASSIP, approuvant le refus d'une adoption destinée à avantager certains petits-enfants.

600 Pupilles de l'État. N'ont pas cette qualité tous les enfants recueillis par l'Aide sociale à l'enfance (l'ancienne Assistance publique)²¹.

La qualité de pupille de l'État résulte d'une immatriculation, prévue dans divers cas énumérés par l'article L. 224-4 du Code de la famille et de l'Aide sociale : enfants orphelins sans ascendants ni ressources, enfants dont les parents ont été déchus de l'autorité parentale, enfants dont la filiation n'est pas établie recueillis depuis plus de trois mois, enfants expressément abandonnés depuis plus de trois mois par les titulaires de l'autorité parentale, ou depuis plus d'un an par l'un des parents sans que l'autre ne se soit manifesté.

Ces enfants sont adoptables dès qu'ils ont été immatriculés comme pupilles de l'État selon une procédure administrative organisée par le Code précité. Mais, tant qu'ils n'ont pas été effectivement placés en vue de l'adoption, ces enfants peuvent être restitués à leurs parents si tel est leur intérêt²².

601 Enfants déclarés abandonnés délaissés par une décision judiciaire. Il existe une procédure instituée par l'ancien article 350 du Code civil et reprise par les actuels articles 381-1 et 381-2²³ pour rendre juridiquement adoptables des enfants dont les parents ne remplissent en rien leur rôle, et qui ont été en conséquence recueillis soit directement par un particulier, soit par l'Aide sociale à l'enfance ou par une œuvre privée qui en assurent elles-mêmes l'éducation ou qui les confient à leur tour à un particulier.

C'est cette situation qui a donné lieu aux plus grandes difficultés, en opposant les familles par le sang aux foyers ayant élevé l'enfant. Dans son économie actuelle, la procédure permet la « *déclaration judiciaire de délaissement parental* » si, « *les parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs* » – formule qui laisse grand place à l'appréciation nécessairement très subjective du juge. Il faut ajouter que le délaissement n'est pas déclaré si un membre de la famille assume ou demande d'assumer la charge de l'enfant (art. 381-2, al. 4). Même celui qui prend ainsi la charge de l'enfant ne peut pas se prévaloir de l'abandon pour l'adopter²⁴.

602 Enfants donnés en adoption par leurs parents. Cette catégorie est tout à fait remarquable et souvent ignorée du public : il est ainsi permis aux parents de consentir un abandon total de leur enfant à l'adoptant. On a pu souligner que cette possibilité consacre un transfert de lien familial par accord de volontés privées (sous contrôle judiciaire toutefois), ce qui déroge au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Le consentement doit émaner à la fois des **deux parents** si la filiation est établie à leur égard (art. 348). En présence d'un seul parent (déchéance, ou décès ou empêchement de l'autre, filiation non établie), son accord suffit. En l'absence de parents, c'est le conseil de famille qui doit consentir.

■ 21. Ce service s'occupe en effet également d'autres catégories d'enfants non adoptables : enfants en garde, enfants recueillis temporairement, enfants secourus ou enfants protégés.

■ 22. Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 357.

■ 23. Changement opéré par une loi du 14 mars 2016 : v. GEBLER, *AJ fam.* 2017.167.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, *D.* 1988.153, note ROUJOU DE BOUBÉE.

Acte grave, ce consentement doit être fourni par acte authentique (devant notaire ou juge d'instance : art. 348-3), sauf lorsqu'il est reçu par l'Aide sociale qui recueille l'enfant en même temps (la remise matérielle de l'enfant jouant le rôle d'un formalisme « *manuel* » comme dans le don manuel).

Cet acte désigne en principe l'adoptant et, à défaut, le choix en est laissé à l'Aide sociale ou à une œuvre d'adoption recueillant l'enfant (art. 348-4).

Afin d'éviter les « *marchés d'enfants* », l'article 348-5 ne permet de consentir à l'adoption d'un enfant de moins de deux ans que s'il est en même temps remis à l'Aide sociale ou à une œuvre d'adoption. Le transfert direct de nouveau-né de particulier à particulier est donc exclu²⁵ à l'exception cependant du cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré.

En raison de la gravité de ses conséquences, le consentement fourni n'est pas immédiatement définitif : il peut avoir été donné sous l'empire d'un état de désarroi. Aussi l'article 348-3 ouvre-t-il un **délai de repentir** de deux mois, la rétractation se faisant par simple lettre recommandée²⁶. Même au-delà de ces trois mois, la restitution de l'enfant peut encore être demandée, pourvu qu'il n'ait pas encore été placé en vue de l'adoption. Mais le tribunal aura alors à apprécier si l'intérêt de l'enfant justifie cette restitution.

Enfin, le **refus de consentir** – qu'il soit initial ou qu'il résulte d'une rétractation – de la part des parents ou du conseil de famille n'est pas toujours un obstacle définitif : l'article 348-6 permet au tribunal de passer outre s'il l'estime abusif comme émanant de personnes s'étant « *désintéressées de l'enfant au point d'en compromettre la santé ou la moralité* » – ce qui rejoint la déclaration judiciaire d'abandon.

603 **Enfant décédé.** L'adoption d'un enfant décédé n'est en principe possible que si la requête en adoption avait été présentée avant son décès ; à défaut, l'adoption n'est possible que si l'enfant avait été régulièrement recueilli à cette fin ; mais elle n'emporte aucun effet successoral (art. 353).

§ 3. CONDITIONS RELATIVES AU RAPPORT ADOPTANT-ADOPTÉ

TEXTE

Code civil, art. 344

Art. 344. – Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans.

Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celle que prévoit l'alinéa précédent.

■ 25. V. Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 1973, *D.* 1974.289, note RAYNAUD.

■ 26. La rétractation d'un seul parent suffit à s'opposer à l'adoption : Cass. 1^{re} civ., 22 avril 1975, *D.* 1975.496.

604 Écart d'âge. Il doit exister un écart d'âge minimum entre l'adoptant et l'adopté, afin d'imiter les conditions d'une filiation biologique : cet écart d'âge est fixé à **15 ans**. Cette différence est cependant réduite à 10 ans lorsqu'il s'agit d'adopter un enfant du conjoint et le tribunal peut encore, par dispense particulière, réduire ces délais (art. 344).

605 Lien de parenté biologique. L'existence d'un lien de filiation antérieure entre les intéressés fait-elle obstacle à l'adoption, et peut-on ainsi adopter son propre enfant ?

L'opération, qui était admise autrefois où elle présentait l'intérêt d'écarter les pénalités que pouvait subir un enfant naturel adultérin²⁷, ne semble aujourd'hui avoir d'autre objet que de contourner une prohibition comme celle visant les enfants incestueux : de façon sévère, la Cour de cassation l'a interdite en ce cas²⁸.

En revanche, une adoption entre **frères et sœurs** est possible²⁹.

SECTION 2

PROCÉDURE DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

TEXTES

Code civil, art. 351 à 353-2

Art. 351. – Le placement en vue de l'adoption est réalisé par la remise effective aux futurs adoptants d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'État ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire.

Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant.

Le placement ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été statué sur le bien-fondé de cette demande à la requête de la partie la plus diligente.

Art. 352. – Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance.

Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets de ce placement sont rétroactivement résolus.

Art. 353. – L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à

■ 27. Depuis Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 1846, *D.* 1846.I.81.

■ 28. Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 2.

■ 29. Paris, 10 février 1998, *JCP* 1998.II.10131, note PHILIPPE.

son degré de maturité. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

Dans le cas où l'adoptant a des descendants le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale.

Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant.

Si l'enfant décède après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption, la requête peut toutefois être présentée. Le jugement produit effet le jour précédant le décès et emporte uniquement modification de l'état civil de l'enfant.

Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé. **Art. 353-1.** – Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés.

Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt.

Art. 353-2. – La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants. Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4.

606 **Division en deux phases.** L'intervention judiciaire est toujours nécessaire, l'enjeu touchant à la fois des questions d'état et l'intérêt de l'enfant. Afin d'éviter des décisions hatives, cette procédure se décompose en deux phases : placement préparatoire et phase judiciaire.

607 **Placement en vue de l'adoption.** Dans une première phase, l'enfant est placé en vue de l'adoption plénière. Ce placement nécessite le **consentement** des parents par le sang de l'enfant, hormis le cas où celui-ci a fait l'objet d'une déclaration d'abandon (sur laquelle v. *infra*, n° 601).

Non seulement ce consentement doit exister, mais il doit encore être définitif, ce qui suppose l'expiration préalable du délai de repentir qui est ouvert aux parents pour revenir sur leur consentement (*supra*, n° 602).

Ce placement est réalisé soit par l'Aide sociale, soit directement par l'accueil au foyer en cas d'accords entre particuliers. Il « gèle » déjà la situation en interdisant toute restitution de l'enfant ou tout établissement de **filiation** (art. 352).

608 **Phase judiciaire.** Après six mois de placement au moins, la deuxième phase peut intervenir, qui est la phase judiciaire. Le jugement d'adoption lui-même peut alors être demandé au tribunal de grande instance qui doit statuer dans les six mois (art. 353). Celui-ci dispose d'un **pouvoir d'appréciation**, non seulement sur la réunion des conditions légales pour l'adoption, mais encore sur l'opportunité de cette

adoption au regard de l'intérêt de l'enfant³⁰, voire au regard de l'ordre public³¹.

C'est ce jugement qui prononce l'adoption et c'est à compter de la requête introductive que celle-ci va produire ses effets.

Ce jugement est susceptible d'**appel** par les parties qui peuvent encore ainsi se rétracter³². Il peut aussi être frappé de **tierce opposition** de la part des tiers intéressés³³, mais seulement en cas de dol ou de fraude des adoptants (art. 353-2)³⁴.

Il ne semble pas qu'il puisse faire l'objet par la suite d'une **action en nullité** pour vice du consentement, en vertu de la règle « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* »³⁵, règle dont nous avons déjà vu la même conséquence pour le jugement prononçant un divorce sur requête conjointe (v. *supra*, n° 277). Mais un recours en révision est possible³⁶.

SECTION 3

EFFETS DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

TEXTES

Code civil, art. 354 à 359

Art. 354. – Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur de la République.

Lorsque l'adopté est né à l'étranger, la décision est transcrite sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères.

La transcription énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ainsi que ses nom de famille et prénoms, tels qu'ils résultent du jugement d'adoption, les prénoms, noms, date et lieu de naissance,

■ 30. Cf. par exemple Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 12-17183 (refus d'adoption par des grands-parents).

■ 31. Ainsi peut-il ordonner une expertise pour vérifier si l'opération ne procède pas d'un trafic d'enfants ou d'un contrat de « *mère porteuse* » : Cass. 1^{re} civ., 16 février 1999, *D.* 1999.692, note MASSIP ; *D.* 2000, somm. p. 170, obs. VASSEUR-LAMBRY ; *JCP* 2000.II.10117, note ARDEEF. – 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *D.* 2004.1998, note POISSON-DROCOURT.

■ 32. Pour un exemple où les adoptants divorçaient : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 111.

■ 33. Notamment les grands-parents dont l'intérêt moral est reconnu par Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1974, *D.* 1976 p. 173.

■ 34. Non si le dol émane d'un tiers comme la directrice d'une œuvre d'adoption (Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 1974, *JCP* 1974.17689, note DE LA MARNIÈRE). – Pour un exemple de dol consistant dans la dissimulation de la procédure par le second mari aux parents du premier mari : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *D.* 1989.477, note HAUSER. – Pour un autre exemple consistant dans la dissimulation au tribunal de l'existence de grands-parents qui, selon l'article 345, imposait une adoption simple et non plénière : Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 248 ; *Defrénois* 2009.552, obs. MASSIP.

■ 35. Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *Bull. civ. I*, n° 292 (pour un vice du consentement de l'adoptant). – Paris, 28 avril 1988, *D.* 1988, Inf. rap. 145. – Pau, 26 juin 1995, *D.* 1996.214, note LARRIBAU-TERNEYRE (pour une erreur sur l'âge de l'enfant). – *Contra* : Pau, 30 mai 1990, *D.* 1991.20, note LARRIBAU-TERNEYRE.

■ 36. Cf. Versailles, 22 novembre 2001, *RTD civ.* 2002.282, obs. HAUSER ; *D.* 2003, som. 654, obs. SERRA.

profession et domicile du ou des adoptants. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant.

La transcription tient lieu d'acte de naissance à l'adopté.

L'acte de naissance originaire conservé par un officier de l'état civil français et, le cas échéant, l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont, à la diligence du procureur de la République, revêtus de la mention « adoption » et considérés comme nuls.

Art. 355. – L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption.

Art. 356. – L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164.

Toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux.

Art. 357. – L'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant.

En cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou d'adoption d'un enfant par deux époux, l'adoptant et son conjoint ou les adoptants choisissent, par déclaration conjointe, le nom de famille dévolu à l'enfant : soit le nom de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux.

Cette faculté de choix ne peut être exercée qu'une seule fois.

En l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix de nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

Lorsqu'il a été fait application de l'article 311-21, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou du présent article à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour l'adopté.

Lorsque les adoptants ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à l'adopté.

Sur la demande du ou des adoptants, le tribunal peut modifier les prénoms de l'enfant.

Art. 357-1. – À l'exception de son dernier alinéa, l'article 357 est applicable à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets de l'adoption plénière.

Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article lors de la demande de transcription du jugement d'adoption, par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où cette transcription doit être opérée.

Lorsque les adoptants sollicitent l'exequatur du jugement d'adoption étranger, ils joignent la déclaration d'option à leur demande. Mention de cette déclaration est portée dans la décision.

La mention du nom choisi est opérée à la diligence du procureur de la République, dans l'acte de naissance de l'enfant.

Art. 358. – L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

Art. 359. – L'adoption est irrévocable.

609 Rupture des liens du sang. L'enfant adopté de façon plénière perd tout lien avec sa famille par le sang, et notamment le nom, ainsi que toute vocation

successorale ou alimentaire (encore que pour cette dernière, il soit possible d'admettre que subsiste une obligation naturelle). La seule conséquence juridique que continue de produire cette parenté par le sang est l'existence d'un empêchement à mariage. Il faut cependant souligner qu'en pratique la vérification sera impossible, car lorsque l'adoption est issue d'un placement opéré par les services sociaux, situation la plus fréquente, ceux-ci mettent obstacle à tout renseignement sur l'identité des parents par le sang de l'enfant adopté. On assiste cependant à l'émergence d'un droit de l'enfant à **connaître ses origines**³⁷.

La jurisprudence a pourtant maintenu un **droit de visite** au profit des grands-parents par le sang³⁸, mais pas de cousins³⁹. On a aussi admis le maintien de la pension d'orphelin⁴⁰ et de la mention à l'état civil du **lieu de naissance à l'étranger**⁴¹.

Cette rupture des liens du sang supporte cependant une **exception**, dans le cas d'un **enfant d'un conjoint** adopté par l'autre époux : lorsqu'elle est permise (*supra*, n° 592), cette adoption ne fait pas perdre à l'adopté son lien avec le conjoint parent biologique, ceci dans le but de l'intégrer totalement au foyer et de lui maintenir un lien juridique avec ses deux parents, dont l'un est biologique, et l'autre adoptif (art. 356, al. 2). Mais il faut un mariage : ni un PACS ni un concubinage n'y sont pour l'heure assimilés⁴².

610 Intégration à la famille adoptive. L'enfant se trouve tout entier assimilé à un enfant par le sang dans ses rapports avec sa famille adoptive (nom, vocation successorale, obligation alimentaire, autorité parentale). Cela emporte que l'adoption plénière ne crée pas seulement un lien entre l'enfant et l'adoptant, mais encore le fait entrer dans la famille de ce dernier : il existe un lien entre l'adopté et les parents de l'adoptant, en tous points semblable à celui résultant de la filiation légitime⁴³. C'est ce qui explique que, même s'il a été adopté par une seule personne, il ne puisse faire l'objet d'une seconde adoption dans **l'autre branche**, si ce n'est par le conjoint du premier adoptant.

En pratique des précautions sont prises pour que cette assimilation soit totale au regard des actes officiels : les extraits d'acte de naissance délivrés indiquent

■ 37. V. M.-F. NICOLAS, *D.* 1995, chron. 75. – VIDAL, in *Mél. Boyer* 1997, 733. – LABBÉE, note : *D.* 1998.213. – LAURENT-MERLE, *D.* 1998, chr. 373. – Cf. *supra*, n° 479.

■ 38. Pau, 21 avril 1983, *D.* 1984.109, note HAUSER et Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *D.* 1989.477, note HAUSER. – Sauf intérêt contraire de l'enfant : Aix, 18 mars 1993, *JCP* 1993.IV.2562. – Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1997, *Deffrénois* 1998.720, obs. MASSIP.

■ 39. Dijon, 22 juin 1993, *JCP* 1994.IV.106.

■ 40. Soc., 21 juillet 1986, *Deffrénois* 1987.320.

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 1986, *Deffrénois* 1987.317.

■ 42. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-10385, *Bull. civ. I*, n° 52 – Cass. 1^{re} civ., 28 février 2018, n° 17-11069, *Dr. fam.* 2018. 131, note FULCHIRON. La CEDH s'est prononcée en faveur de cette assimilation : CEDH, 13 décembre 2007, *Ermonet c/ Suisse*, *RTD civ.* 2008.255 et 272 ; *JCP* 2008.I.110.

■ 43. La Cour européenne des droits de l'homme regarde comme discriminatoires les dispositions (légalles ou même privées comme celles d'un testament) qui distingueraient un enfant adoptif d'un enfant par le sang : CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Pluncernau c/ Andorre*, *D.* 2005.1832, note POISSON-DROCOURT, et 2124, note NICOD ; *Deffrénois* 2005.1909, note MALAURIE ; *JCP* 2005.II.10052, note BOULANGER.

l'adoptant en qualité de parent, sans faire aucune référence ni à la filiation réelle, ni même à l'existence d'une adoption (art. 354)⁴⁴.

611 Durée de l'adoption. Cette adoption plénière n'a pas d'effet **rétroactif** (art. 355 ; donc le lien de filiation d'origine subsiste jusqu'alors avec ses effets successoraux), mais elle est **irrévocable** et ne peut être ni annulée, pour aucun motif, ni révoquée : si l'adoptant manque à ses devoirs éducatifs, c'est à des mesures d'assistance éducative (v. *infra*, n° 678) qu'il faudra recourir⁴⁵.

La loi de 1996 a cependant ouvert une autre voie : en cas de « *motifs graves* », qu'il faut comprendre comme exclusivement des manquements des adoptants à leur mission par transposition de l'abandon de l'article 350, l'enfant pourra faire l'objet d'une nouvelle adoption par un tiers ; mais il ne s'agira que d'une adoption simple, venant s'ajouter à la première sans l'effacer (art. 360, al. 2).

En cas de **décès** de l'adoptant, l'enfant pourra faire l'objet d'une nouvelle adoption (art. 346). Mais les liens familiaux créés par la première adoption subsisteront.

■ 44. L'état civil ne commet cependant pas une faute s'il laisse apparaître le caractère adoptif d'une filiation : Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-13147, *RJPF* 2016, 6/10, obs. CORPART.

■ 45. Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 107.

CHAPITRE 2

L'ADOPTION SIMPLE

612 **Esprit général.** Diminutif de l'adoption plénière, l'adoption simple est une imitation moins poussée de la filiation authentique.

Tandis que l'adoption plénière élimine la famille par le sang, l'adoption simple la laisse subsister : toute l'originalité de l'institution réside dans cette coexistence de la famille adoptive et de la famille d'origine, coexistence aménagée par le législateur sur un certain nombre de problèmes concrets sans qu'il y ait, pourtant, de critère général permettant de résoudre les inévitables conflits qui surgissent entre l'adoptant et les parents de l'adopté.

L'adoption simple présente un grand intérêt dans la mesure où elle est soumise à des conditions moins rigoureuses que l'adoption plénière, notamment en ce qu'elle est la seule ouverte à l'égard des majeurs (75 % des cas). Cette plus grande souplesse dans les conditions a pour corollaire une limitation des effets de l'adoption simple qui, par ailleurs, est révocable.

SECTION 1

LES CONDITIONS DE L'ADOPTION SIMPLE

TEXTES

Code civil, art. 360 et 361

Art. 360. – L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté. S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise.

L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple.

Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.

Art. 361. – Les dispositions des articles 343 à 344, du dernier alinéa de l'article 345, des articles 346 à 350, 353, 353-1, 353-2, 355 et du dernier alinéa de l'article 357 sont applicables à l'adoption simple.

613 Référence à l'adoption plénière. Les conditions et la procédure sont énoncées par la loi par simple renvoi aux textes concernant l'adoption plénière, sauf en ce qui concerne deux points :

— d'une part, l'adopté peut avoir **plus de quinze ans** et peut même être majeur, auquel cas le consentement des parents n'est pas requis¹. S'il a atteint l'âge de quinze ans, il devra consentir lui-même à l'adoption. Jusqu'à sa majorité, l'autorisation de ses parents, ou du conseil de famille, est de plus nécessaire, selon les mêmes distinctions que dans l'adoption plénière ;

— d'autre part, le **stage chez l'adoptant**, exigé dans l'adoption plénière, est ici absent.

Cependant, la condition d'intérêt est la même que pour l'adoption plénière : l'adoption, même simple, peut donc être refusée par le juge en l'absence de tout comportement paternel et filial des parties².

Toutefois, la circonstance que l'adopté peut être un adulte débouche sur des hypothèses particulières, dans lesquelles l'adoption serait détournée de sa finalité naturelle. Confrontée au problème des « couples adoptifs »³ la jurisprudence a rejeté l'adoption simple entre concubins, homosexuels ou non⁴, tout comme entre ex-époux⁵. Plus généralement, l'adoption fondée sur la seule recherche d'un avantage successoral est rejetée⁶, mais non celle qui renforce un lien familial⁷.

614 Le cas de l'adoption de l'enfant du concubin. On a vu que l'adoption plénière rompt les liens du sang à la seule exception du cas où elle concerne l'enfant du conjoint marié (*supra*, n° 609). De sorte qu'en cas de PACS ou de concubinage (hétérosexuel ou homosexuel), une adoption plénière de l'enfant de l'un par l'autre n'est guère envisageable car elle ferait disparaître le lien avec le parent par le sang.

Aussi le partenaire ou concubin peut-il envisager une adoption simple, qui permet la coexistence du lien avec les deux parents (l'un par le sang, l'autre par adoption).

Saisie dans le cas de partenariats homosexuels, la Cour de cassation s'y est opposée, motif pris de ce que l'autorité parentale, quant à elle, passe à l'adoptant

■ 1. Civ 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-16401 – L'adoption d'un **majeur incapable** semble donc difficile, mais la CEDH pourrait s'opposer à cet obstacle : v. KRIEF-SEMITKO, *JCP* 2012.doct.1353.

■ 2. Paris, 1^{er} février 1990, *D.* 1990, Inf. rap. 43.

■ 3. V. RAYNAUD, *Un abus de l'adoption : les couples adoptifs*, *D.* 1983.chron.39.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-13996, *Bull. civ. I*, n° 81, *RTD civ.* 2011.529, obs. HAUSER – V. toutefois auparavant, Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 195.

■ 5. Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010, n° 09-66782, *Bull. civ. I*, n° 144.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *Deffrénois* 2002.195, note MASSIP.

■ 7. Pour l'admission entre frère et sœur : Paris, 10 février 1998, *JCP* 1998.II.1031 – Mais pour le refus entre beaux-frères : Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *Deffrénois* 2005.1061, note MASSIP – Et pour le refus d'une adoption par des grands-parents qui bouleverserait l'ordre successoral : Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 12-17183 ; *RJPF* 2013.5/35 note EUDIER. – Sur le cas de la filiation incestueuse, v. *supra*, n° 605.

seul en vertu de l'article 365⁸. Ce motif vaudrait tout autant pour un couple hétérosexuel et n'est donc pas en lui-même discriminatoire, mais il ne vaut que durant la minorité et est-il dépourvu d'artifice et n'est-ce pas à l'homoparentalité que cette jurisprudence entend faire barrage ? Elle a semblé un temps remise en cause par la CEDH⁹ mais finalement ni le Conseil constitutionnel ni la CEDH n'ont condamné l'article 365¹⁰.

Du moins la reconnaissance d'une telle adoption prononcée à l'étranger, même entre concubins homosexuels, n'est pas contraire à notre ordre public international, ce qui est le signe d'un certain assouplissement¹¹, lequel ne s'étend pas à l'adoption plénière¹².

SECTION 2

EFFETS DE L'ADOPTION SIMPLE

TEXTES

Code civil, art. 362 à 369

Art. 362. – Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption simple est mentionnée ou transcrite sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République.

Art. 363. – L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Toutefois, si l'adopté est majeur, il doit consentir à cette adjonction.

Lorsque l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté à celui de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans la limite d'un nom.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Bull. civ. I*, n° 70 et 71 ; *D.* 2007.721, note DELAPORTE-CARRE ; *JCP* 2007.II.10068, note NEYRINCK. – 19 décembre 2007, *D.* 2008.291, note LUXEMBOURG ; *JCP* 2008.II.10046, note FAVIER. – Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 10-10385, *RJPF* 2011-6/39, note GARÉ – V. encore Civ. 1^{re}, 28 février 2018, n° 17-11069, *Dr. fam.* 2018. 131, note FULCHIRON.

■ 9. CEDH, 13 décembre 2007, *Ermonet c/Suisse*, *RTD civ.* 2008.255, obs. MARGUENAUD et 272, obs. HAUSER.

■ 10. Cons. constit., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC ; *D.* 2010.2744, note CHÉNÉDÉ – CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois* ; *JCP* 2012.589, obs. GOUTTENOIRE et SUDRE ; *RTD Civ.* 2012.275 et 306.

■ 11. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 08-21740, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Dr. fam.* 2010, n° 156, obs. FARGE ; *AJ Famille* 2010.387, note MIRKOVIC et HAFTEL – Paris, 27 janvier et 24 février 2011, *AJ Famille* 2011.151 et 207. – D'AVOUT, *D.* 2012.1973 – MILLET, *D.* 212.1975 – Sur la situation dans divers pays, v. *L'homoparentalité*, Table ronde du Centre français de droit comparé, *RIDC* 2012, pp. 7 à 114 et le tableau comparatif annexé aux concl. PETIT, *JCP* 2012.856.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-30261, *JCP* 2012.856, concl. PETIT, note CHENEDE.

Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé et l'ordre des noms adjoints appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté.

Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant ou, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, que l'adopté conservera son nom d'origine. En cas d'adoption par deux époux, le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui de l'un deux, soit les deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Cette demande peut également être formée postérieurement à l'adoption. Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel à cette substitution du nom de famille est nécessaire.

Art. 363-1. – Les dispositions de l'article 363 sont applicables à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets d'une adoption simple, lorsque l'acte de naissance de l'adopté est conservé par une autorité française.

Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où l'acte de naissance est conservé à l'occasion de la demande de mise à jour de celui-ci.

La mention du nom choisi est portée à la diligence du procureur de la République dans l'acte de naissance de l'enfant.

Art. 364. – L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires.

Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.

Art. 365. – L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services du greffe judiciaire du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre premier du titre IX du présent livre. Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté.

Art. 366. – Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.

Le mariage est prohibé :

- 1° entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;
- 2° entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ;
- 3° entre les enfants adoptifs du même individu ;
- 4° entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

Néanmoins, les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves.

La prohibition au mariage portée au 2^o/ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée.

Art. 367. – L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. Les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant. L'obligation de fournir des aliments à ses père et mère cesse pour l'adopté dès lors qu'il a été admis en qualité de pupille de l'État ou pris en charge dans les délais prescrits à l'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles.

Art. 368. – L'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux prévus au chapitre III du titre I^{er} du livre III.

L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant.

Art. 368-1. – Dans la succession de l'adopté, à défaut de descendants et de conjoint survivant, les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants.

Le surplus des biens de l'adopté se divise par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant.

Art. 369. – L'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation.

615 Date d'effet. L'adoption simple prend effet à compter du jour du dépôt de la requête et, comme l'adoption plénière, n'a donc pas d'effet rétroactif.

Ses effets se résument en une double proposition : si l'enfant entre dans la famille de l'adoptant, il conserve des liens avec sa famille d'origine.

616 Les rapports de l'adopté et de l'adoptant. Même simple, l'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté un véritable lien de filiation, qui est de « l'essence » de l'adoption¹³. Devenu enfant de l'adoptant, l'adopté acquiert un droit sur son *nom*, ajouté au sien ou même substitué sur autorisation judiciaire (art. 363)¹⁴. L'adoption confère à l'adoptant tous les droits de l'*autorité parentale*, y compris le droit de consentir à son mariage. Cependant, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, si l'autorité parentale appartient aux deux époux, son exercice reste confié au parent par le sang sous réserve d'une déclaration conjointe en vue de son partage (art. 365). L'autorité est exercée dans les mêmes conditions que si l'enfant était commun (art. 365, al. 2) ; les règles de l'administration légale et de la tutelle sont applicables.

À la mort de l'adoptant, l'autorité parentale est exercée par le conseil de famille, et ne revient pas aux parents par le sang.

Il existe entre l'adoptant et l'adopté une *obligation alimentaire* réciproque (art. 367, al. 1^{er}).

■ 13. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-68504, *Bull. civ. I*, n° 6, qui en déduit qu'une adoption étrangère (Mali) ne créant pas ce lien ne peut être reconnue comme telle.

■ 14. Sur le problème de l'extension de ce changement aux propres enfants de l'adopté, v. HAUSER, *RTD civ.* 2010.524.

Le **mariage** est prohibé entre l'adopté et l'adoptant.

L'adopté et ses descendants ont les mêmes droits dans la **succession** de l'adoptant que si l'adopté était un enfant par le sang¹⁵, même si l'adoptant a des enfants (mais le droit fiscal refuse cette assimilation pour le calcul des droits de succession).

En revanche, si l'adopté meurt sans descendant, sa succession se partage par moitié entre la famille d'origine et la famille adoptive, après que chacune a repris les biens que l'adopté avait reçus d'elle à titre gratuit.

- 617 Rapports entre l'adopté et la famille de l'adoptant.** La loi du 11 juillet 1966 a développé les rapports juridiques entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, ainsi qu'entre celui-ci et la famille de l'adoptant. Ainsi l'adoption crée-t-elle des empêchements à mariage entre l'adoptant et l'adopté et ses descendants ; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; entre les enfants adoptifs d'une même personne ainsi qu'entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. Dans ces deux dernières hypothèses, l'empêchement peut être levé par une dispense du procureur de la République (*supra*, n° 48).

L'adopté (et ses descendants) a des droits *dans la succession des parents de l'adoptant* comme s'il était un enfant par le sang.

Une différence existe cependant : il n'est pas héritier réservataire des ascendants de l'adoptant, qui peuvent l'écartier de leur succession (art. 368).

L'adopté a également des droits dans la succession des collatéraux de l'adoptant et de ses autres descendants.

Il jouit des autres droits qui peuvent être liés à la qualité de descendant, par exemple en matière de bail¹⁶.

Il n'y a pas, en revanche, d'*obligation alimentaire* entre l'adopté et les membres de la famille de l'adoptant.

C'est pourquoi il n'est pas tout à fait exact de dire que l'adopté entre dans la famille de l'adoptant car l'adoption oblige seulement celle-ci à prendre en considération les conséquences de la présence d'un enfant adoptif : elle n'est pas unie à lui par un lien de parenté. Ce lien de parenté n'existe qu'entre l'adoptant, l'adopté et les descendants de celui-ci.

- 618 Rapports de l'adopté et de sa famille d'origine.** « *L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits* » (art. 364, al. 1^{er}).

Il en résulte un certain nombre de conséquences :

— l'adopté simple peut faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une déclaration judiciaire de **filiation** ; l'adoption reste valable ;

— entre l'adopté et les membres de sa famille d'origine, parents ou alliés, les **empêchements à mariage** subsistent dans les conditions des articles 161 à 164 du Code civil.

■ 15. À cette nuance près toutefois que l'adoption ne constitue pas la « *survenance d'enfant* » ouvrant la possibilité de révoquer les donations antérieures (C. civ., art. 960).

■ 16. Cass. 3^e civ., 4 février 1998. *Bull. civ.* III, n° 23.

Deux réserves doivent être apportées au principe, selon lesquelles l'adopté reste dans sa famille par le sang :

— les père et mère de l'enfant ne doivent lui fournir des **aliments** que si l'adoptant, tenu en premier lieu, est dans l'impossibilité de remplir son obligation alimentaire : leur obligation devient donc subsidiaire (art. 367) ou de complément¹⁷ ;

— l'**autorité parentale** est transférée en entier à l'adoptant et, même après décès de celui-ci, elle ne revient pas aux parents par le sang (sauf dans le cas où l'enfant d'un conjoint est adopté par l'autre, où l'autorité parentale est exercée en commun : art. 365).

Les père et mère ne peuvent contester les décisions prises par l'adoptant relativement à l'éducation de l'enfant¹⁸. Ils peuvent cependant demander au tribunal de leur accorder un droit de visite afin de maintenir des relations avec l'enfant.

SECTION 3

RÉVOCACTION DE L'ADOPTION SIMPLE

TEXTES

Code civil, art. 370 à 370-2

Art. 370. – S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant.

Lorsque l'adopté est mineur, la révocation de l'adoption ne peut être demandée que par le ministère public.

Art. 370-1. – Le jugement révoquant l'adoption doit être motivé.

Son dispositif est mentionné en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption, dans les conditions prévues à l'article 362.

Art. 370-2. – La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption, à l'exception de la modification des prénoms.

619 Possibilité de révocation. Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple est révocable, ce qui est souvent contesté dans son principe même¹⁹. Cette révocation ne peut cependant intervenir par consentement mutuel (8)²⁰, mais seulement pour des **motifs graves** : ainsi l'adoptant peut demander sa révocation de l'adoption si l'adopté a une mauvaise conduite ou fait preuve d'indignité. De son côté, l'adopté peut invoquer une conduite coupable de l'adoptant (manquement grave aux devoirs d'autorité parentale par exemple) ou démontrer que l'adoption a été un marché dans lequel les intérêts de l'adopté n'ont pas été suffisamment protégés.

17. Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-12456, *Bull. civ. I*, n° 94.

18. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1977, *JCP* 1977.II.18833, note CARBONNIER.

19. Cf. LE BIHAN-GUENOLE, *La révocation de l'adoption*, *JCP* 1991.I.3539.

20. TGI Paris, 28 mai 1996, *D.* 1997, som. 162, obs. GRANET.

Le tribunal apprécie souverainement la gravité des faits allégués²¹ et la tendance est restrictive²².

Il a été jugé à tort que le caractère frauduleux d'une adoption la rend irrévocable, alors pourtant que la fraude devrait être privée d'effet à l'égard des tiers, mais non sanctionnée par le maintien d'une adoption qui n'est pas une peine²³.

620 Action en révocation. La demande peut être formée par l'adoptant ou l'adopté si celui-ci est majeur. L'action a un caractère personnel et ne peut donc pas être formée, après décès de l'adoptant, par ses héritiers voulant exclure l'adopté du partage²⁴. Mais, si elle a été initiée par l'adoptant lui-même, l'instance peut être poursuivie par ses héritiers²⁵.

Si l'adopté est mineur, l'action n'est plus aujourd'hui ouverte qu'au ministère public, depuis une loi du 14 mars 2016 (art. 370, al. 2).

L'action est portée devant le Tribunal de grande instance du domicile du défendeur, qui rendra un jugement motivé susceptible des voies de recours ordinaires.

Le dispositif de ce jugement, mais non les motifs, sera publié en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption (art. 370-1).

621 Effets de la révocation. La révocation fait cesser, mais pour l'avenir uniquement, les effets de l'adoption : elle n'opère **pas rétroactivement**²⁶. Son effet se situe cependant non pas au jour du jugement, mais au jour de la demande²⁷.

■ 21. V. par exemple : Limoges, 26 novembre 1992, *D.* 1994.207, note BERRY. – Bordeaux, 7 mars 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 83, note MURAT ; *RTD civ.* 2002.797, obs. HAUSER. – Bordeaux, 8 novembre 2006, *JCP* 2007.IV.1393. – Sur le pouvoir souverain des juges du fond : Civ. 5 mai 1937, *D.* 1937.316. – Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1959, *Bull. civ. I*, n° 519. – Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 1973, *JCP* 1974.17689, 5^e esp. – Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1978, *Bull. civ. I*, n° 114.

■ 22. Ne constituent pas des causes de révocation la découverte de la filiation réelle de l'adopté (*RTD civ.* 2006.297), le changement de son nom par l'adopté majeur (Paris, 28 janvier 2010, *Dr. fam.* 2010.81 ; *RTD civ.* 2010.115) ou le rapprochement de l'adopté avec ses parents biologiques (Versailles, 9 septembre 2010, *RTD civ.* 2011.115, obs. HAUSER).

■ 23. Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 316. – 28 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *RTD civ.* 2006.296, obs. HAUSER.

■ 24. Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 477 ; *RTD civ.* 2006.100 ; *JCP* 2007.IV.1393, obs. HAUSER.

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1989, *JCP* 1990.II.21546, note CHARLES ; *D.* 1990.182.

■ 26. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2014, n° 13-19013.

■ 27. Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1989, précité.

CHAPITRE 3

L'ADOPTION INTERNATIONALE

TEXTES

Code civil, art. 370-3 à 370-5

Art. 370-3. – Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant.

Art. 370-4. – Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française.

Art. 370-5. – L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause.

622 Importance croissante. La raréfaction des enfants abandonnés et adoptables en France (due principalement à la maîtrise de la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse, diminuant le nombre des enfants non désirés), jointe à l'importance du « *désir d'enfant* » dans une société économiquement favorisée, a entraîné un fort déséquilibre entre « *l'offre et la demande* ». Comme de nombreux pays étrangers connaissent des situations différentes où les enfants non désirés sont plus nombreux en même temps que les moyens de les élever sont plus difficiles, la

tentation est forte pour des Français en demande d'enfant de se tourner vers ces pays étrangers.

La proportion des adoptions internationales s'est ainsi accrue de façon considérable, passant de 15 % en 1973 à 30 % en 1980, puis à 0 % en 1995 pour dépasser 80 % de nos jours. Ce phénomène, qui concerne environ 4 000 enfants par an, fait de la France le second pays d'accueil après les États-Unis.

623 Esquisse de régulation internationale. Devant le développement du phénomène, une Convention internationale a été signée à La Haye le 29 mai 1993 et est en vigueur depuis 1998 dans de nombreux États (dont la France) imposant l'institution dans chaque État d'une autorité centrale (en France, l'« *Agence française de l'adoption internationale* » relayée par des « *organismes autorisés pour l'adoption* ») ayant pour but d'empêcher les trafics d'enfants¹.

Ces organismes proposent une assistance mais ne sont pas un passage obligé et la démarche individuelle reste majoritaire.

624 Difficultés liées au statut personnel de l'enfant. Il n'y a guère de difficulté lorsque le pays étranger d'où provient l'enfant admet l'adoption : le juge français auquel il est demandé de la prononcer doit simplement s'assurer que les conditions posées par cette loi étrangère sont remplies (âge, qualité des personnes aptes à consentir, situation familiale de l'enfant).

En revanche, certaines lois étrangères ignorent cette institution : c'est le cas en particulier de la plupart des pays de droit musulman. Les multiples hésitations de la jurisprudence² ont provoqué l'intervention d'une loi du 6 février 2001 fixant un régime introduit aux articles 370-3 à 370-5 du Code civil³.

Cette loi distingue deux séries de cas selon que la loi de l'enfant prohibe l'adoption ou non.

625 Cas où la loi de l'enfant prohibe l'adoption. Dans ce cas, l'enfant n'est purement et simplement pas adoptable : « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution* » (art. 370-3 al. 2), cette prohibition cessant toutefois à la majorité⁴.

Certains droits (marocain et algérien notamment) connaissant une institution proche, dite *Kafala*, la Cour de cassation a été appelée à en examiner la nature : elle a jugé qu'il ne s'agit que d'une prise en charge et protection de l'enfant, conférant autorité parentale mais sans lien de filiation (du point de vue successoral notamment), de sorte que l'adoption des enfants en provenance de ces pays n'est

■ 1. Cf. POISSON-DROCOURT, *D.* 2003.295. – MORENO, *JCP* 2003.I.1276.

■ 2. Admettant parfois la possibilité d'adopter ces enfants avec le consentement éclairé de son représentant légal (Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1990, *D.* 1991.105, note BOULANGER. – 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 98 ; *D.* 1995.544, note LARRIBAU-TERNEYRE), puis la refusant (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1997, *JCP* 1997.II.22916, note GARÉ), puis l'admettant de nouveau (Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1997, *JCP* 1998.II.10816, note GARÉ).

■ 3. Cf. comment. POISSON-DROCOURT, *D.* 2001 chr. 1404. – REVILLARD, *Defrénois* 2001.333.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, n° 10-30821, *Bull. civ.* I, n° 73.

pas permise⁵, sans que cela ne heurte ni l'ordre public international français⁶, ni la Convention européenne des droits de l'homme ou la Convention de New York sur les droits de l'enfant⁷. Toutefois, le Conseil d'État autorise alors la délivrance de titres de séjour au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant⁸.

Le texte prévoit cependant une **exception**, pour le cas où l'enfant « *est né et réside habituellement en France* » : il est alors adoptable malgré sa loi nationale, ce qui démontre que ce qui est en cause, c'est l'interdiction d'adopter des enfants en provenance de pays ignorant l'adoption, plutôt que le respect de la loi de leur nationalité.

626 Cas où l'adoption est permise : conditions. Même lorsqu'elle ne tombe pas sous le coup de la prohibition précédente, l'adoption d'un enfant étranger est soumise à certaines conditions posées à l'article 370-3 al. 3 : outre qu'elle doit nécessairement être **gratuite** (mais quelle sanction, autre que pénale ?), elle exige le **consentement** du représentant légal de l'enfant, consentement qui doit être « *libre et éclairé* » en particulier sur les conséquences de l'adoption en droit français, surtout s'il s'agit d'une adoption plénière (mais ici encore, quelle sanction une fois passé le contrôle du juge lors du prononcé de l'adoption ?). La question est actuellement sensible à l'égard des enfants d'Haïti, la jurisprudence soumettant l'adoption plénière à une exigence de « *légalisation* » de l'acte de consentement par les autorités diplomatiques⁹.

■ 5. Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 431 et 432 ; *JCP* 2007.II.10072, note FARGE. – Cf. FULCHIRON, *D.* 2007 chron. 816. – Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *Bull. civ. I*, n° 198. – 28 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 17.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *Bull. civ. I*, n° 292.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 41. – CEDH, 12 octobre 2012, n° 43631/09, *D.* 2012.2392 ; *JCP* 2012.1945, note GONZALEZ. – Sur la *Kafala*, voir *Dr. fam.* 2009. Dossier, études 1 à 12.

■ 8. CE, 30 mars 2011, n° 334553, *D.* 2011.1997, note GOUTTENOIRE.

■ 9. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2012, *Bull. civ. I*, n°s 244 et 245 – 23 mai 2012, *Bull. civ. I*, n° 114 – Cass. 1^{re} civ., 13 avril 2016, n° 15-50018. – Voir SALVAGE-GEREST, *Légalisation du consentement « éclairé » donné à l'étranger en vue d'une adoption plénière en France : chronique d'un fiasco judiciaire*, *RJPF* 2011-12/11. – CADOU, *chron. D.* 2012.2260.

Sous-partie 2

LE DROIT DE L'ÉDUCATION

627 Filiation : effets perpétuels et effets temporaires. Les nombreuses conséquences juridiques que le lien de filiation crée entre parent et enfant sont de deux ordres quant à leur durée. Beaucoup d'entre elles sont perpétuelles, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent indépendamment de l'âge : ainsi notamment de la vocation successorale, ainsi que du « *droit au respect* » énoncé à l'article 371 du Code civil.

Inchangé depuis 1804, ce texte édicte en règle de droit que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ».

Sur le plan philosophique, le principe même, hérité de l'Antiquité et de l'Ancien régime via Bonaparte, n'est pas incontestable : le respect inverse ne serait-il pas plus légitime, de parents qui ont décidé de procréer envers ceux qui n'ont pas demandé à venir au monde ? Mais les lois sont généralement faites par les premiers...

Longtemps archétype du texte « d'affiche », il s'est récemment vu attacher par la jurisprudence, relayée par la loi (nouvel art. 806), la conséquence concrète que l'enfant doit supporter les frais d'obsèques même s'il n'hérite pas et s'il n'a pas connu son parent¹, ce qui paraît difficilement justifiable autrement que par un souci de défaire le service public des funérailles sur un particulier malchanceux.

Mais c'est surtout pendant la période de la minorité que le lien de filiation produit des effets quotidiens, à raison à la fois de l'état de dépendance que sa condition impose au mineur, de la protection que sa faiblesse exige et des devoirs d'éducation que nécessite son cheminement vers la majorité et l'indépendance.

628 Régime général de la minorité. Jusqu'à sa majorité, que le Code civil de 1804 avait fixée à 21 ans mais qui a été ramenée à 18 ans par une loi du 5 juillet 1974, l'individu est dit mineur et placé, à raison de sa jeunesse, sous un régime particulier. Son inexpérience le rend inapte à accomplir seul les actes de la vie juridique et,

■ 1. Les premiers arrêts (Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 140 ; *D.* 1993.247, note ESCHYLLE ; *JCP* 1993.II.22097, note TESTU et 21 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 341) reliaient cette charge à l'obligation alimentaire dont les enfants sont tenus envers leurs parents. Mais Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2009 *Bull. civ. I*, n° 12 ; *Deffrénois* 2009.748, note MASSIP ; *D.* 2009.1927, note RAOUL-CORMEIL) l'a étendue à un enfant posthume ayant dû renoncer à une succession déficitaire ne devant donc à son géniteur que la vie.

bien qu'il puisse être déjà titulaire d'un patrimoine plus ou moins important, il n'est pas placé à la tête de ses propres affaires, mais représenté par autrui : on dit qu'il est frappé d'une incapacité d'exercice, qui prend la forme d'un régime d'administration légale ou de tutelle dont l'étude appartient au domaine des incapacités. C'est pendant longtemps à ce seul aspect que s'est limité le droit de l'enfance.

Il est cependant évident que cette seule mesure négative de protection du mineur contre lui-même dans la vie juridique ne saurait suffire à assurer les besoins de son éducation. Celle-ci exige que soient pris en charge par les adultes, à la place du mineur qui ne peut encore y pourvoir seul, tout à la fois le gouvernement de sa personne (Titre I) et son entretien matériel (Titre II).

TITRE 1

LE GOUVERNEMENT DE L'ENFANT : L'AUTORITÉ PARENTALE

629 **Notion d'autorité parentale.** Il paraît exister un lien naturel entre la filiation et l'éducation des enfants : les géniteurs se voient reconnaître en priorité la mission de pourvoir à cette éducation. Toutefois, cette mission est de moins en moins considérée sous l'aspect d'une prérogative (cas dans les sociétés primitives où l'enfant représente une richesse et une force de travail, et « *appartient* » de droit à ses parents), et de plus en plus comme une fonction dont les parents ont la charge non point dans leur intérêt propre, mais dans celui de l'enfant, ce qui conduit à accroître les cas où l'on pourra dissocier la parenté de l'éducation si les parents ne s'avéraient pas aptes à remplir la fonction d'éducation.

630 **Évolution : de la puissance paternelle à l'autorité parentale.** Le Code civil¹ de 1804 avait reconduit le système patriarcal hérité de Rome, symbolisé par le terme même de « *puissance paternelle* » : c'est le père qui était « *chef de famille* » et avait les enfants sous sa « *puissance* », c'est-à-dire son pouvoir. Certes, l'on concevait bien déjà que ce pouvoir avait pour finalité l'intérêt de l'enfant, et non celui de son titulaire : mais de cet intérêt, c'est le chef de famille qui était premier juge, dans une « *magistrature domestique* » néanmoins soumise à contrôle judiciaire plus qu'à celui de la mère.

Le mouvement refondateur de la seconde moitié du xx^e siècle a été en cette matière particulièrement actif. La loi du 4 juin 1970², réécrivant entièrement ce pan du Code civil, a fait disparaître en même temps la notion de chef de famille et le terme de puissance paternelle, pour faire place à une autorité parentale en principe partagée par les père et mère, du moins dans le cas type d'alors, celui des parents mariés et non séparés.

■ 1. Sur le droit antérieur, v. POUMAREDE, *Les tribulations de l'autorité paternelle de l'Ancien Droit au Code Napoléon* : *Ann. Univ. Toulouse*, 1994.15.

■ 2. Sur laquelle v. COLOMBET, *D.* 1971 chron. I. – HAUSER et ABITBOL, *D.* 1971 chron. 59. – LEGEAIS, *L'autorité parentale* : *Defrénois L.* 1971. – BRAZIER, *JCP* 1970.1.2362.

Mais les autres cas (parents divorcés ou non mariés) échappaient à cette égalité : pour les enfants naturels, le principe était la primauté maternelle ; et en cas de divorce, la « garde » confiée à l'un ou l'autre emportait toute l'autorité parentale.

L'effort des lois du 22 juillet 1987³, puis du 8 janvier 1993⁴ a été d'universaliser l'autorité parentale conjointe, quelle que soit la situation personnelle des parents dans leurs propres rapports : d'où une refonte des effets du divorce sur la situation des enfants et, en l'absence de mariage, une extension des moyens permettant le partage de l'autorité parentale entre le père et la mère.

C'est ce mouvement qu'a voulu parachever la loi du 4 mars 2002.

631 Loi du 4 mars 2002. Procédant à une nouvelle réécriture de la majorité des textes issus de la refonte de 1970 (art. 371 à 387 du Code civil), cette loi a voulu les adapter au principe d'égalité, déjà largement reconnu mais souffrant encore de certaines marques du passé.

Ses trois traits dominants sont les suivants :

— d'abord le maintien du terme d'« *autorité parentale* », là où de nombreux droits étrangers parlent uniquement de « *responsabilité parentale* » (c'est la terminologie employée par le Règlement européen du 27 novembre 2003 : art. 8 et suivants) ; on a voulu par là signifier que si la tâche éducative des parents est pour eux une charge et une responsabilité, il est nécessaire pour leur permettre de l'assurer de mettre entre leurs mains une « *autorité* » ;

— ensuite la poursuite renforcée d'une égalité entre les parents, par le principe parfois dit de coparentalité ;

— enfin la formalisation symbolique de l'égalité entre les enfants quelle que soit leur filiation : non seulement les termes mêmes de filiation « *légitime* » ou « *naturelle* » (qui constituaient encore la *summa divisio*) ont été effacés de la loi (avant même donc la réforme de la filiation), mais encore et surtout, on a purement et simplement déplacé le bloc des règles qui concernaient les effets du divorce sur les enfants pour les transférer dans le régime général de l'autorité parentale sous un intitulé commun concernant les « *parents séparés* », applicable à tout enfant dont les parents ne cohabitent pas⁵.

632 Convention de New York. Dans le même temps, la protection de l'enfance faisait l'objet d'une sensibilisation internationale débouchant sur divers traités, dont le principal est la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990 (publiée par décret du 8 octobre 1990).

Après avoir dans un premier temps jugé que cette Convention ne s'imposait qu'à l'État, la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État,

■ 3. Sur laquelle, v. RAYMOND, *JCP* 1987.1.3299. – MORANCAIS-DEMEESTER, *D.* 1988 chron. 7. – MONEGIER, *RD sanit. Soc.* 1987.315. – LEGAIS, *Defrénois* 1988, art. 34243 p. 265. – DEKEUWER-DEFOSSEZ, *D.* 1988 chron. 137. – NICOLAS-MAGUIN, *D.* 1988 chron. 307. – RUELLAN, *ALD* 1990.32.

■ 4. Sur laquelle, v. FULCHIRON et GOUTTENOIRE-CORNUT, *D.* 1997 chron. 363.

■ 5. Commentaires : BOULANGER, *Modernisation ou utopie ?*, *D.* 2002.1571. – FULCHIRON, *L'autorité parentale rénovée*, *Defrénois* 2002.959. – GOUTTENOIRE-CORNUT et autres, dossier *AJ Famille* 2002.125. – ROCHFELD, *RTD civ.* 2002.377.

l'a véritablement introduite dans le droit positif français en la jugeant directement applicable, et donc de valeur supérieure aux textes internes⁶.

Très complète et détaillée, cette Convention envisage quasiment tous les aspects (civils, administratifs, pénaux, sociaux et sanitaires) de la vie de l'enfant, dont se détachent en particulier :

- le principe de non-discrimination (art. 2) ;
- le principe de la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) ;
- le droit à l'accès à ses origines (art. 7) ;
- le droit aux relations familiales (art. 8) ;
- le droit à ne pas être séparé de ses parents (art. 9) ;
- le droit à la libre circulation et à la sortie du territoire pour les contacts familiaux (art. 10) ;
- le droit d'être entendu sur les décisions (judiciaires ou administratives) le concernant (art. 12) ;
- le droit aux libertés publiques (expression : art. 13 ; pensée et religion : art. 14 ; association et réunion : art. 15) ;
- le droit à protection de la vie privée et familiale (art. 16) ;
- le droit à l'information et à la culture (art. 17) ;
- le principe de coresponsabilité des deux parents (art. 18) ;
- le droit à l'éducation (art. 28 et 29).

Sa pénétration dans le droit interne est croissante⁷.

633 Plan. Qui est investi de cette fonction qu'est l'autorité parentale et comment cette mission doit-elle être assurée ?

Telles sont les deux séries de questions auxquelles il faut répondre successivement.

■ 6. V. COURBE, *L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, D. 2006 chron. 1487. – Cf. CE, 10 mars 1995, D. 1995.617, note BENHAMOU. – 23 avril 1997, D. 1998.15, concl. ABRAHAM. – 22 septembre 1997, JCP 1998.II.10052, note GOUTTENNOIRE. – Cass. 1^{re} civ., 18 mai, 14 juin, 13 juillet et 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 211, 212, 245, 334 et 434. – 7 avril 2006, Bull. civ. I, n° 195. – 13 mars 2007, Bull. civ. I, n° 103. – 25 février 2009, Bull. civ. I, n° 41 – 19 novembre 2014, n° 14-17493, Bull. civ. I, n° 193 – 7 décembre 2016, n° 16-20858.

■ 7. Voir *La Convention de New York vingt ans après*, Dossier Dr. famille 2009.13. – Cf. aussi GOUTTENNOIRE, *La convention internationale dans la jurisprudence de la CEDH*, Mélanges Jacques Foyer, *Economica* 2008.495.

ANNEXE II

DOCUMENT

**Convention relative aux Droits de l'Enfant,
faite à New York le 26 janvier 1990**

Préambule

Les États parties à la présente Convention,

Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ;

Ayant présent à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ;

Reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et dans les Pactes internationaux relatifs aux Droits de l'Homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ;

Rappelant que, dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales ;

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté ;

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ;

Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité ;

Ayant présent à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les Droits de l'Enfant et dans la Déclaration des Droits de l'Enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconvenue dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant ;

Ayant présent à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des Droits de l'Enfant, « l'enfant, en raison de son manque de maturité

physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance » ;

Rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé ;

Reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière ;

Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ;

Reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, et en particulier dans les pays en développement ;

Sont convenus de ce qui suit :

Première partie

Article premier. – Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

Art. 2. -1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Art. 3. – 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Art. 4. – Les États parties s’engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s’il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.

Art. 5. – Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu’ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l’enfant, de donner à celui-ci, d’une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l’orientation et les conseils appropriés à l’exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Art. 6. – 1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

2. Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l’enfant.

Art. 7. – 1. L’enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d’acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d’être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l’enfant se trouverait apatride.

Art. 8. – 1. Les États parties s’engagent à respecter le droit de l’enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu’ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d’entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Art. 9. – 1. Les États parties veillent à ce que l’enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l’intérêt supérieur de l’enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l’enfant, ou lorsqu’ils vivent séparément et qu’une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l’enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1^{er} du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l’enfant séparé de ses deux parents ou de l’un d’eux d’entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l’intérêt supérieur de l’enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l’emprisonnement, l’exil, l’expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu’en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l’un d’eux, ou de l’enfant, l’État partie donne sur demande aux parents, à l’enfant ou, s’il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouve le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation

de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Art. 10. – 1. Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. À cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Art. 11. – 1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. À cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

Art. 12. – 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Art. 13. – 1. L'enfant adroit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui, ou
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Art. 14. – 1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui

sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Art. 15. – 1. Les États parties reconnaissent les Droits de l'Enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

Art. 16. – 1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Art. 17. – Les États parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. À cette fin, les États parties :

a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29 ;

b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales ;

c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants ;

d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire ;

e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

Art. 18. – 1. Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

3. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

Art. 19. – 1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou

mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection comprendront, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Art. 20. – 1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui, dans son propre intérêt, ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une, protection et une aide spéciales de l'État.

2. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la Kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

Art. 21. – Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ;

b) Reconnaisant que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé ;

c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale ;

d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables ;

e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

Art. 22. – 1. Les États parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute personne, bénéficie de la protection et de l'assistance

humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux Droits de l'Homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits États sont parties.

2. À cette fin, les États parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Art. 23. – 1. Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

2. Les États parties reconnaissent le droit des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel.

4. Dans un esprit de coopération internationale, les États parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux États parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Art. 24. – 1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants ;

- b) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires ;
- c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre des soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ;
- d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés ;
- e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information ;
- f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les États parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu dans le présent article. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Art. 25. – Les États parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

Art. 26. – 1. Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale.

2. Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom.

Art. 27. – 1. Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

3. Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et de programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.

4. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à

l'égard de l'enfant vit dans un État autre que celui de l'enfant, les États parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.

Art. 28. – 1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de légalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les États parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Art. 29. – 1. Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies ;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites.

Art. 30. – Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Art. 31. – 1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge, et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique, et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.

Art. 32. – 1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, spirituel, moral ou social.

2. Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les États parties, en particulier :

- a) Fixent un âge minimum ou des âges minimum d'admission à l'emploi ;
- b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi ;
- c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

Art. 33. – Les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, pour protéger les enfants contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes, et pour empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites de ces substances.

Art. 34. – Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États parties prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;
- b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ;
- c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

Art. 35. – Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

Art. 36. – Les États parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être.

Art. 37. – Les États parties veillent à ce que :

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni

l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération de doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans ;

b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ;

c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles ;

d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

Art. 38. – 1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.

2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles, dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.

3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées.

4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

Art. 39. – Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Art. 40. – 1. Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les Droits de l'Homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les États parties veillent en particulier :

a) À ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas

interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises ;

b) À ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

i) Être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie,

ii) Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense,

iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux,

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable ; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparaison et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité,

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi,

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée,

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les Droits de l'Homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

Art. 41. – Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des Droits de l'Enfant qui peuvent figurer :

a) Dans la législation d'un État partie ; ou

b) Dans le droit international en vigueur pour cet État.

Deuxième partie

Art. 42. – Les États parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

Art. 43. – 1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des Droits de l'Enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le Comité se compose de dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les États parties. Chaque État partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.

4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les États parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les États parties qui les ont désignés, et la communiquera aux États parties à la présente Convention.

5. Les élections ont lieu lors des réunions des États parties, convoquées par le secrétaire général au siège de l'Organisation des Nations Unies. À ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des États parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des États parties et votants.

6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le Président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'État partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des États parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments

prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale.

Art. 44. – 1. Les États parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits :

a) Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les États parties intéressés ;

b) Par la suite, tous les cinq ans.

2. Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les États parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré.

3. Les États parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa b du paragraphe I du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués.

4. Le Comité peut demander aux États parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans à l'assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

6. Les États parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

Art. 45. – Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes compétents qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité ;

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistances techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication ;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les Droits de l'Enfant ;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout État partie intéressé et portées

à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des États parties.

Déclarations et réserve de la République française à la Convention de New York du 26 janvier 1990

1. Le Gouvernement de la République déclare que la présente Convention, notamment l'article 6, ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

2. Le Gouvernement de la République déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française, que l'article 30 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République.

3. Le Gouvernement de la République interprète l'article 40, paragraphe 2, b, v, comme posant un principe général auquel la loi peut apporter des exceptions limitées. Il en est ainsi, notamment, pour certaines infractions relevant en premier et dernier ressort du tribunal de police ainsi que pour les infractions de nature criminelle. Au demeurant les décisions rendues en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de cassation qui statue sur la légalité de la décision intervenue.

CHAPITRE 1

LA DÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

634 Rôle naturel de la famille. Par un principe qui est quasiment de droit naturel, cette autorité est dévolue aux parents. C'est ce qu'énonce d'emblée aujourd'hui l'article 371-1 du Code civil : « *elle appartient aux père et mère* ». Et la Convention de New York de 1990 sur les droits de l'enfant exprime ce caractère familial en imposant aux États de respecter « *le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie... ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* » (art. 5).

C'est dire qu'est repoussée l'idée de certaines théories collectivistes de *communautariser* l'éducation des enfants.

Mais comme il s'agit d'un « *droit* » tourné vers la protection de l'enfant et non les intérêts de son titulaire, son exercice est entouré d'attentions légales particulières.

635 Nuance entre la titularité et l'exercice de l'autorité. On sait qu'en toutes matières, ce n'est pas toujours la même chose que d'être titulaire d'un droit ou investi de son exercice, c'est-à-dire de sa mise en œuvre concrète. Cette différence se retrouve à l'égard de l'autorité parentale, avec toutefois quelques particularités qui tiennent au fait que cette autorité parentale est moins un droit qu'une mission, de sorte qu'en être titulaire sans en avoir l'exercice n'a pas beaucoup de contenu : d'où ce constat que la distinction est peu perceptible et souvent occultée : les textes eux-mêmes, qui prennent pourtant soin le plus souvent de parler de l'« *exercice* » de l'autorité parentale, abandonnent parfois cette rigueur pour l'ambiguïté (ainsi pour la délégation : bien que l'article 377 indique bien qu'il s'agit de déléguer tout ou partie de « *l'exercice de l'autorité parentale* », l'article 377-1 parle de la délégation « *de l'autorité parentale* »).

La distinction a pourtant une réalité : même lorsqu'il n'en a pas « *l'exercice* », le titulaire de l'autorité parentale conserve certaines prérogatives : le droit d'entretenir des relations avec l'enfant, d'être informé de son éducation et de la surveiller

(art. 373-2-1), celui de consentir à son adoption (art. 377-3) ou à un changement de nom¹.

SECTION 1

TITULAIRES DU DROIT D'AUTORITÉ PARENTALE

636

Droit de fond donnant vocation à l'exercice. Comme on vient de le dire, l'autorité parentale est un droit de fond qui donne vocation à son exercice, mais qui peut en être séparé dans certains cas en raison des circonstances : la séparation des parents, un empêchement ou une délégation de l'autorité parentale pourront priver le titulaire de l'exercice de ce droit, sans pour autant faire disparaître son droit sous-jacent. L'existence même de celui-ci se maintiendra, lui conservant certaines prérogatives (information et surveillance, consentement à une adoption ou un changement de nom) et surtout lui conservant la vocation à redevenir titulaire de l'exercice, en cas de nouveau changement de circonstances.

§ 1.

DÉVOLUTION INITIALE

TEXTE

Code civil, art. 371-1

Art. 371-1. – L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

637

Père et mère. En disposant que l'autorité parentale « *appartient aux père et mère* », l'article 371-1 en fait une conséquence directe et automatique de l'établissement du lien de filiation : même si les conditions de cet établissement influenceront parfois sur son exercice (cf. *infra*, n° 653), le droit lui-même est dévolu du fait même de cet établissement.

Si la filiation est établie à la fois dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, l'autorité parentale aura donc deux titulaires. S'il n'est établi que dans une seule ligne, il n'y a en conséquence qu'un seul titulaire. Si aucun lien de filiation n'est établi, il y a lieu à ouverture d'une tutelle (art. 390, al. 2).

■ 1. CE, 27 juillet 2005, n° 265340 ; *JCP* 2005.IV.3150.

§ 2. CHANGEMENTS ULTÉRIEURS

TEXTE

Code civil, art. 365

Art. 365. – L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre I^{er} du titre IX du présent livre.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté.

638 Décès d'un parent. Le décès d'un des parents laisse l'autorité parentale entre les seules mains de l'autre : même si ce dernier n'en avait pas l'exercice (après divorce, séparation ou empêchement), il a vocation à retrouver cet exercice, sauf aménagement judiciaire contraire (cf. art. 373-3).

639 Adoption. L'adoption de l'enfant modifie la dévolution même de l'autorité parentale à son égard.

S'il s'agit d'une adoption plénière, c'est la conséquence même de la rupture de tout lien de sang et de la substitution d'une filiation pleine et exclusive envers l'adoptant (art. 356).

S'il s'agit d'une adoption simple, l'article 365 impose le même transfert de l'autorité parentale à l'adoptant, malgré le maintien du lien par le sang.

Dans les deux cas, il y a exception si l'adoption concerne **l'enfant du conjoint** : les deux parents (par le sang et adoptif) sont alors titulaires de l'autorité parentale, dont l'exercice reste aux mains du parent par le sang (ce qui peut se révéler précieux en cas de divorce ultérieur), sauf déclaration conjointe pour un exercice commun (art. 365).

§ 3. RETRAIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 378 à 381

Art. 378. – Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent.

Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Art. 378-1. – Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une conduite notoire ou des comportements délictueux notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7. L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le tribunal de grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant, soit par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance auquel l'enfant est confié.

Art. 379. – Le retrait total de l'autorité parentale prononcé en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ; à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.

Il emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait.

Art. 379-1. – Le jugement peut, au lieu du retrait total, se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie. Il peut aussi décider que le retrait total ou partiel de l'autorité parentale n'aura d'effet qu'à l'égard de certains des enfants déjà nés.

Art. 380. – En prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Elle pourra prendre les mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet du retrait total de l'autorité parentale prononcé contre l'autre.

Art. 381. – Les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1 pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés.

La demande en restitution ne pourra être formée qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale est devenu irrévocable ; en cas de rejet, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption.

Si la restitution est accordée, le ministère public requerra, le cas échéant, des mesures d'assistance éducative.

640 **Cas.** Le retrait de l'autorité parentale, dénommé « *déchéance* » jusqu'à une réforme purement terminologique du 5 juillet 1996, apparaît véritablement comme une *sanction* à l'encontre des titulaires de cette autorité, qui stigmatise leur comportement fautif envers l'enfant.

Tout d'abord, le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé par la juridiction pénale qui porte une condamnation à l'encontre des père et mère condamnés comme auteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant² ou commis par celui-ci, ou encore, depuis un ajout de la loi du 9 juillet 2010 sur les violences conjugales, d'un crime commis sur la personne de l'autre parent (art. 378). Le juge civil dispose du même pouvoir si la condamnation pénale n'a pas été assortie de cette peine accessoire³.

En outre, en dehors de toute condamnation pénale des parents et à titre non plus de sanction, mais de mesure de protection⁴, le retrait de leur autorité parentale peut être prononcé par la juridiction civile dans deux sortes de cas : mise en péril de l'enfant et désintérêt manifeste.

— En premier lieu, il peut en être ainsi lorsque les père et mère, par des mauvais traitements ou par un usage habituel d'alcool ou de stupéfiants, une inconduite notoire ou des comportements délictueux, ou encore par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant **en péril**⁵.

— En second lieu, il peut en être de même lorsqu'une mesure d'assistance éducative ayant été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère se sont volontairement abstenus pendant *plus de deux ans* d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laisse la loi en présence d'une telle mesure, ce qui traduit un **désintérêt manifeste**⁶.

Il semble que ces cas doivent être appliqués de façon étroite, sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte qu'il faut une « *exigence primordiale répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant* » pour justifier la mesure⁷.

641 **Action en retrait.** L'action en retrait de l'autorité parentale est portée devant le Tribunal de grande instance soit par le ministère public considéré traditionnellement comme le défenseur des intérêts de l'enfant, soit par tout membre de la famille. Le tribunal peut prendre une *décision modulée* : il peut prononcer le **retrait total** ou limiter la sanction à un **retrait partiel** des droits du titulaire de l'autorité parentale, précisant les attributs de l'autorité parentale qu'il retire aux parents.

■ 2. La condamnation pour abandon de famille répond-elle à cette définition ? V. Crim., 11 décembre 1984, *Gaz. Pal.* 1985.654 (pour la négative).

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 16 février 1988, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1988.373, note MASSIP.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125.

■ 5. Sur la nécessité de ce péril, v. Cass. 1^{re} civ., 23 avril 2003, *JCP* 2004.II.10058, note BOURRAT-GUEGUEN.

■ 6. Sur la nécessité du caractère volontaire du désintérêt, v. Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 1998, *Dr. fam.* 1998.97, note MURAT.

■ 7. V. CEDH, 7 août 1996, *D.* 1997 som. 210, obs. FRICERO. — D'où il n'y a pas « *condamnation* » s'il y a eu dispense de peine : Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1999, *Bull. civ. I*, n° 234.

642 Effets. Le retrait emportera que l'autorité parentale sera entièrement attribuée à l'autre parent ou, si les deux parents ont été condamnés, selon les modalités habituelles (désignation d'un tuteur et d'un conseil de famille).

Le retrait total de l'autorité parentale conduit, le plus souvent, à l'*adoption*. Il permet, en effet, de se dispenser du consentement des parents pour cette adoption (C. civ., art. 348-2). C'est là son principal intérêt. En effet, dans de telles hypothèses, il est souhaitable que les personnes qui assurent, en fait, l'éducation de l'enfant puissent voir leur situation juridiquement consacrée par une adoption. L'absence de cette adoption par le refus de prononcer à l'encontre des parents par le sang une mesure de retrait laisse ouverte la possibilité de difficultés futures causées par la brusque volonté d'un parent par le sang de reprendre son enfant après plusieurs années de désintérêt.

Qu'il y ait ou non adoption, le retrait fait en outre disparaître pour l'avenir toute **obligation alimentaire** de l'enfant envers le parent déchu, sauf si le Tribunal en dispose autrement (art. 379, al. 2).

643 Révocation. Si l'enfant n'a pas encore été adopté ou s'il n'a même pas encore été placé en vue de l'adoption, les parents peuvent, s'ils justifient de **circonstances nouvelles**, solliciter que soit rapportée la mesure de retrait. Cette demande en restitution de leurs droits ne peut être formée qu'**un an** au moins après le jugement prononçant le retrait (art. 381). Elle ne sera accueillie que si la restitution est conforme à l'intérêt de l'enfant.

644 Retrait partiel. À titre de diminutif et pour moduler la mesure, la loi permet au juge, dans les mêmes cas, de ne retirer au parent fautif que certains des attributs de l'autorité parentale (par exemple le droit de garde. C. civ., art. 379-1). Il est évident qu'en cette hypothèse, l'enfant ne peut pas être adopté par un tiers sans le consentement du parent non déchu de cette prérogative particulière.

§ 4. LA FIN DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 413-1 à 414

Art. 413-1. – Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

Art. 413-2. – Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus.

Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y en a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.

Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Art. 413-3. – Le mineur resté sans père ni mère pourra de la même manière être émancipé à la demande du conseil de famille.

Art. 413-4. – Lorsque, dans le cas de l'article précédent, aucune diligence n'ayant été faite par le tuteur, un membre du conseil de famille

estimera que le mineur est capable d'être émancipé, il pourra requérir le juge des tutelles de convoquer le conseil pour délibérer à ce sujet. Le mineur lui-même pourra demander cette convocation.

Art. 413-5. – Le compte de l'administration, le cas échéant, ou de la tutelle est rendu au mineur émancipé dans les conditions prévues respectivement par les articles 387-5 et 514.

Art. 413-6. – Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile.

Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé.

Art. 413-7. – Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère.

Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation.

Art. 413-8. – Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé.

Art. 414. – La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à compter de cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

645 Déchéance ou majorité. Hors le cas de retrait ou de déclaration judiciaire de délaissement (v. *supra*, n° 601), l'autorité parentale sur le mineur prend fin normalement par la *survenance de la majorité*, aujourd'hui à l'âge de 18 ans depuis une loi du 5 juillet 1974 (art. 414).

646 Émancipation. Mais il est parfois possible que le mineur voie son incapacité écartée avant d'atteindre l'âge de la majorité : tel est l'objet de l'*émancipation*⁸. Cette émancipation peut avoir deux causes.

Elle intervient tout d'abord de plein droit, par le simple effet de la loi et sans qu'aucune décision de justice ne soit nécessaire en cas de *mariage* du mineur. En pratique, aujourd'hui, cela suppose le cas d'une dispense puisqu'en principe, on ne peut se marier avant l'âge de 18 ans. Il est tout à fait naturel que les époux, qui constituent un foyer autonome, ne demeurent pas soumis à l'autorité parentale de leurs parents. Tout particulièrement dans l'hypothèse où ils auraient des enfants avant l'âge de 18 ans, on ne saurait admettre qu'ils puissent eux-mêmes exercer l'autorité parentale sur ces enfants, tout en étant soumis à celle de leurs propres parents.

L'émancipation qui résulte du mariage est *définitive* : elle subsiste même si le mariage vient à être dissous par décès ou par divorce avant que l'intéressé n'ait atteint l'âge de 18 ans⁹.

L'émancipation peut également résulter d'une *décision de justice* si le mineur a atteint l'âge de 16 ans.

647 Procédure. La demande d'émancipation peut être faite soit par les deux parents de l'enfant, soit par l'un d'eux seulement, le juge devant, dans ce dernier cas,

⁸ V. MOREAU, *L'émancipation, rajeunissement ou déclin*, JCP 1975.I.2718.

⁹ V. TALLON, *Y a-t-il deux régimes d'émancipation ?*, JCP 1972.I.2482.

entendre l'autre parent. Si le mineur n'a pas de parent, la demande émane du conseil de famille.

Le *juge des tutelles* est compétent pour apprécier si la demande d'émancipation est ou non fondée sur de justes motifs, après audition de l'intéressé (art. 413-2). Il en sera ainsi notamment lorsque le mineur a déjà une certaine autonomie, d'habitation ou de profession. Le juge des tutelles doit s'assurer que l'émancipation n'est pas pour les parents un moyen de se décharger de leur responsabilité. Il y aura un certain nombre de cas où cette émancipation sera profitable à l'ensemble de la famille : ainsi, lorsqu'un mineur âgé de 16 à 18 ans constitue, par la suite de la disparition de l'un de ses parents, le soutien matériel de la famille, et qu'il sera souhaitable de lui donner les moyens juridiques pour assurer cette mission de soutien.

648 Effets de l'émancipation. L'émancipation met fin à l'autorité parentale. Le mineur émancipé cesse d'être soumis à l'autorité de ses parents. Il acquiert une pleine indépendance quant à sa personne.

Sur le plan patrimonial, son incapacité est écartée. Cependant, il existe des points sur lesquels l'émancipation ne confère pas au mineur émancipé des droits semblables à ceux d'un majeur : il ne peut consentir seul soit à son *mariage*, soit à son *adoption* ; il ne peut non plus acquérir la *qualité de commerçant* (art. 413-6). On considère en effet que la vie des affaires exige une expérience toute particulière et que le mineur âgé de moins de 18 ans, même s'il fait preuve d'une maturité suffisante pour être émancipé quant à sa vie civile, ne doit pas être laissé sans protection à l'égard de la vie commerciale.

SECTION 2

TITULAIRES DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

649 **Notion : gouvernement de la vie quotidienne.** À l'opposé du droit d'autorité parentale lui-même, qui est fixe pour toute la minorité de l'enfant (sauf événements très graves comme l'adoption ou le retrait), l'attribution de l'« *exercice* » de ce droit-fonction peut connaître diverses fluctuations, au gré des évolutions de la situation : c'est qu'il s'agit de savoir qui sera en charge de la direction quotidienne de la vie et de l'éducation de l'enfant et qu'au cours de la durée de l'enfance, les changements affectant la situation tant des parents que de l'enfant lui-même peuvent faire varier l'opportunité de confier cette mission à tel ou tel attributaire.

650 **Conséquence : caractère essentiellement provisoire.** Il en découle que l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale est par essence provisoire : qu'elle procède de la loi, d'un accord ou d'une décision de justice, cette attribution peut toujours être modifiée à tout moment à raison de circonstances nouvelles. Ni le principe de la force obligatoire des conventions, ni celui de l'autorité de la chose jugée ne peuvent faire obstacle à cette modification (cf. *infra*, n° 668).

651 Variété des possibilités et procédure de choix. Rompant avec la vision traditionnelle de la famille conçue comme une cellule sociale organisée de façon quasi-militaire sous l'autorité unique d'un chef (vision héritée de Rome, reprise par Bonaparte et qui a encore perduré pendant la majorité du ^{xx}^e siècle), le droit contemporain, initié par les lois du 22 juillet 1987 et 8 janvier 1993 et consacré par la refonte du 4 mars 2002, a ouvert un éventail de possibilités dominé par l'idée de souplesse dans l'intérêt de l'enfant. Et dès lors que plusieurs variétés sont possibles, il a fallu organiser une procédure de choix.

S/SECTION 1

LES VARIETES POSSIBLES**§ 1.** L'EXERCICE CONJOINT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 372, 373-2, 373-2-6 et 373-2-9

Art. 372. – Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.

L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.

Art. 373-2. – La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

[...]

Art. 373-2-6. – Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Il peut notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette interdiction de

sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République.

Art. 373-2-9. – En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

À la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être, par décision spécialement motivée, exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge.

Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.

652 Variété prioritaire. Dès lors que les deux parents sont vivants et ne sont pas atteints d'incapacité ou d'empêchement, la primauté est donnée à un exercice conjoint de l'autorité parentale.

L'article 18-1 de la Convention de New York (supra, n° 632) pose le « principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ».

Introduit dans un premier temps pour les seuls parents mariés et non séparés (loi du 4 juin 1970 substituant l'autorité parentale à l'antique « *puissance paternelle* »), ce principe a été ensuite étendu aux cas où les parents ne sont pas ou plus mariés et constitue aujourd'hui la norme de droit commun : quelle que soit la situation juridique des parents entre eux, elle doit en principe rester sans influence sur le rapport direct entre l'enfant et chacun d'eux. C'est ce qu'exprime fortement l'article 373-2 : « *La séparation des parents est sans incidence* » sur l'exercice de l'autorité parentale.

Cette dissociation est consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰.

653 Dérogations. Ce principe connaît cependant deux exceptions :

— *une exception légale* dans le cas où la filiation n'est établie envers le second parent que plus d'un an après la naissance (art. 372, al. 2) ; on présume alors que ce second parent, qui a tardé à reconnaître l'enfant ou même qu'il a fallu contraindre judiciairement, ne lui porte pas un intérêt suffisant pour garantir son éducation ; mais l'exercice conjoint peut être rétabli, soit par déclaration conjointe des deux parents au greffe du Tribunal, soit par décision du juge aux affaires familiales (ni

■ 10. CEDH, 3 décembre 2009, *JCP* 2010, note 399, BOULANGER (condamnant la loi allemande permettant à la mère de refuser l'autorité conjointe). Mais la CJUE est en retrait, qui admet une loi (Irlande) discriminant entre enfants naturels et légitimes : CJUE, 5 octobre 2010, *RTD civ.* 2011.116, obs. HAUSER.

l'une ni l'autre n'étant intangibles et une modification pouvant toujours être plus tard demandée au juge en contemplation de l'intérêt de l'enfant) ;

— *une exception judiciaire* lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant commande d'attribuer l'exercice de l'autorité parentale à un seul parent (*infra*, n° 655).

654 Organisation en cas de parents séparés. Lorsque les parents (mariés ou non) cohabitent, la question de la résidence de l'enfant ne se pose pas (et les divergences ponctuelles qui peuvent surgir peuvent en théorie être portées devant le juge aux affaires familiales, mais il est alors improbable que la cohabitation se pérennise...). Mais ce n'est évidemment pas la même chose lorsque les parents sont séparés : il faut alors fixer la résidence de l'enfant.

Qui le fait ? Les parents eux-mêmes, s'ils s'accordent sur ce point ; à défaut, le juge, soit accessoirement au divorce¹¹, soit par une décision autonome à la demande d'un parent ou du ministère public (qui peut lui-même être saisi par tout intéressé, y compris l'enfant lui-même : *infra*, n° 664).

Que peut-il décider ? Soit une **résidence habituelle** chez l'un des parents¹², soit une **résidence alternée**, système inventé par la pratique, prohibé dans un premier temps par la jurisprudence mais légalisé en 2002 sans que l'accord des parents soit nécessaire et éventuellement après une période d'essai (art. 373-2-9)¹³. Toutes les autres prérogatives parentales restent partagées entre les parents séparés ou divorcés, lesquels continuent d'avoir un **rôle égal** dans toutes les décisions à prendre quant à son éducation (loisirs, vacances, inscriptions scolaires, activités diverses) sous l'arbitrage du juge aux affaires familiales en cas de divergence.

Dans tous les cas, la prise de cette décision (qui est révisable à tout moment en cas de changement de circonstances) doit être faite en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, qui prévaut sur les intérêts, même légitimes, des parents¹⁴.

Le parent qui n'a pas la résidence habituelle de l'enfant demeure libre d'avoir tout contact avec lui. Il en a même le devoir (art. 373-2). Dans sa décision, le juge organise son droit de visite (art. 373-2-9, al. 3). Et l'exercice conjoint de l'autorité parentale lui maintient le droit de participer à toutes les décisions relatives à l'éducation (*infra*, n° 670 et s.).

■ 11. Le juge a alors le devoir de fixer cette organisation, même si cela ne lui est pas demandé : Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-23391 ; D. 2012.636 note B.V.

■ 12. Qui emporte la présomption de responsabilité de l'article 1384 alinéa 4 : Crim., 6 novembre 2012, n° 11-86857.

■ 13. V. MULON, *La résidence alternée*, *Gaz. Pal.* 16 mars 2012, p. 7 et s. – L'alternance n'exige pas un partage de temps rigoureusement égal : Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, *Bull. civ.* I, n° 156 ; *RTD civ.* 2007.560, obs. HAUSER. – Sur le partage fiscal qui en résulte, voir Cass. 1^{re} civ., 9 septembre 2015, n° 14-23687.

■ 14. Cass. 1^{re} civ., 13 avril 2016, n° 14-24841, *Dr. fam.* 2016.122, note FULCHIRON.

§ 2. L'EXERCICE EXCLUSIF DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 373-1 et 372-2-1

Art. 373-1. – Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité.

Art. 373-2-1. – Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves.

Lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.

Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2.

655 Cas. Compte tenu de la priorité faite à l'exercice conjoint, l'autorité parentale n'est exercée par un seul parent que dans deux séries de cas :

— soit par la force des choses, lorsque la filiation n'est pas établie à l'égard de l'autre, ou l'a été tardivement (*supra*, n° 653), lorsque l'autre parent est décédé ou empêché (art. 373 et 373-1) ou a été purement et simplement déchu de l'autorité elle-même (*supra*, n° 646) ;

— soit lorsque le juge (à l'occasion du divorce ou d'une demande autonome) décide de déroger au principe de l'exercice conjoint pour confier l'exercice à un seul parent, ce qu'il ne peut faire que « *si l'intérêt de l'enfant le commande* » (art. 373-2-1) et à condition de motiver sa décision par référence à cet intérêt¹⁵.

656 Droits de l'autre parent. L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents implique pour lui le droit et l'obligation d'*élever l'enfant chez lui*, de pourvoir à son *éducation quotidienne* et de prendre seul les décisions correspondantes. Cependant, cela ne doit pas conduire à la rupture totale de l'enfant avec son autre parent. Même si celui-ci ne peut plus « *exercer* » l'autorité parentale, il n'est pas privé du droit en lui-même et il importe que le lien soit maintenu entre l'enfant et lui. Celui-ci dispose donc à la fois d'un *droit de visite* et d'un *droit de surveillance* sur l'éducation des enfants.

■ 15. Cass. 2^e civ., 31 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 165 – 17 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 232 – 18 juin 1997, *Bull. civ. II*, n° 190 – 14 novembre 2010, n° 09-15165 – Pour un exemple : Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 10 ; *JCP* 2006.II.10177, note BOULANGER (non-respect par le père d'une décision précédente, source d'angoisse pour l'enfant).

Le droit de visite et d'hébergement est le droit de recevoir l'enfant pendant un certain temps à intervalles réguliers. En pratique, le droit de visite est, le plus souvent, organisé pendant un week-end sur deux et pendant la moitié des vacances scolaires, ce qui n'exclut pas d'autres formes de contact entretemps¹⁶.

L'article 373-2-1, alinéa 2, précise que ce droit de visite ne saurait être retiré¹⁷ au parent non gardien que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸. Le juge ne peut pas le subordonner à un accord de l'enfant lui-même¹⁹.

Le parent non gardien dispose, de plus, d'un **pouvoir de surveillance sur l'éducation de l'enfant**. L'article 373-2-1 précise qu'à cette fin il doit être « *informé des choix importants* » concernant l'éducation.

Ainsi doit-il être consulté sur le choix d'un établissement scolaire²⁰.

S'il ne les approuve pas, il dispose d'un recours judiciaire, de la compétence du juge aux affaires familiales (C. civ., art. 373-2-6 et s.).

L'exercice effectif de ces droits dépend en grande partie du lieu d'habitation de l'enfant. C'est pourquoi tout **changement de résidence** d'un des parents pouvant modifier les modalités de contact de l'autre avec l'enfant doit faire l'objet d'une information préalable, donnée en temps utile pour qu'un juge puisse éventuellement être saisi afin d'adapter les modalités (art. 373-2, al. 3). Cette obligation est pénalement sanctionnée (C. pén., art. 227-6).

Une interdiction de sortie du territoire peut être décidée (art. 373-2-6), mais elle doit être motivée²¹.

657

Sanctions. Le parent gardien est tenu par la loi de laisser l'autre parent exercer son droit de visite et peut y être condamné sous astreinte²². Toute opposition de sa part constituerait un délit pénal dénommé « *délit de non-représentation d'enfant* », réprimé par l'article 227-5 du Code pénal d'une peine pouvant aller jusqu'à un emprisonnement d'un an et une amende de 15 000 euros. La jurisprudence a été amenée à préciser que si l'impossibilité d'exercice du droit de visite est due au **refus de l'enfant** lui-même, le parent gardien doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour convaincre cet enfant, et ce n'est que dans les hypothèses exceptionnelles

■ 16. Le juge ne peut pas limiter les appels téléphoniques, sauf s'il y va de l'intérêt supérieur de l'enfant : Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2005, n° 14-16511.

■ 17. Ou réduit : Civ 1^{re}, 9 février 2011, n° 09-12119, D. 2011.1999, note GOUTTENOIRE.

■ 18. CEDH, 2 avril 2015, n° 27148/12, *Ribic c/Croatie* – CEDH, 28 avril 2016, n° 2016/135 – Ni le refus des enfants eux-mêmes, ni une contribution irrégulière à leur entretien ne sont des motifs graves (Cass. 2^e civ., 29 avril 1998, *Bull. civ. II*, n° 133) pas plus que l'homosexualité du parent (Poitiers, 28 avril 1999, *JCP* 2002.IV.305). Mais des pratiques religieuses ou assimilées (sectes) peuvent l'être (Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, D. 2001.422, note COURTIN. – 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 262. – V. toutefois CEDH, 16 décembre 2003, D. 2004.1261, note BOULANGER ; *JCP* 2004.II.10122, note GOUTTENOIRE), tout comme le meurtre par le père de ses propres parents (Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2007, *Dr. fam.* 2007.205).

■ 19. Cass. 2^e civ., 7 octobre 1987, *Bull. civ. II*, n° 190 – Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 103 – 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31 ; D. 1995.226 – Cass. 2^e civ., 22 octobre 1997, *JCP* 1997.II.10014, note GARÉ – Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276 ; *JCP* 2009.II.10032, note GARÉ.

■ 20. Paris, 25 octobre 1991, *JCP* 1992.IV.203.

■ 21. Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2010, n° 09-15165.

■ 22. Rennes, 18 mars 1982, D. 1983, Inf. rap. 449.

où il apparaît que ce refus est véritablement invincible que le parent gardien échappe à la répression pénale²³.

Il va de soi que le parent non gardien qui exerce son droit de visite et qui, à l'issue de la période fixée, ne restitue pas l'enfant encourt la même peine.

658 Enlèvement international. Une difficulté particulièrement épineuse concerne le cas où cette non-représentation présente un caractère international. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 a mis en place dans les États signataires des « *autorités centrales* » chargées de lutter contre la politique du fait accompli²⁴. Elle donne lieu cependant à un contentieux abondant du fait de ses solutions nuancées : dans la première année qui suit le déplacement²⁵, le retour doit automatiquement être ordonné, sauf risque grave pour l'enfant ou refus de sa part s'il est doté d'une maturité suffisante (art. 13)²⁶ et un juge ne peut pas statuer sur le fond avant exécution de ce retour²⁷ ; au-delà, il appartient au pays saisi d'apprécier si l'intégration de l'enfant justifie qu'il soit fait échec au retour²⁸. La conciliation est délicate avec l'intérêt supérieur de l'enfant²⁹.

§ 3. L'EXERCICE DÉLÉGUÉ DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 376 à 377-3

Art. 376. – Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

Art. 376-1. – Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

Art. 377. – Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a

■ 23. Crim., 17 juin 1992, *Bull. crim.* n° 245 – 4 octobre 1995, *Gaz. Pal.* 1996.1 chron. 14 par DOUCET.

■ 24. Cf. notamment GARÉ, *Mél. Mouly* 1999.299 – Dossier *AJ Famille* octobre 2002.313.

■ 25. Et non sa connaissance : Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *Bull. civ. I*, n° 194.

■ 26. Pour un exemple : Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 545.

■ 27. Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 36.

■ 28. V. F. BOULANGER, *Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite, Dr. fam* 2015, étude 16. Pour un exemple, v. Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 544.

■ 29. V. CEDH, 7 mars 2013, 10131/11, *JCP* 2013.819 n° 13, note GOUTTENNOIRE – Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013, n° 11-28424, *Bull. civ. I*, n° 12.

recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.

Dans ce dernier cas, le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation. Le cas échéant, le ministère public est informé par transmission de la copie du dossier par le juge des enfants ou par avis de ce dernier.

Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants.

Art. 377-1. – La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales.

Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.

Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11.

Art. 377-2. – La délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles.

Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le juge aux affaires familiales met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien.

Art. 377-3. – Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué.

659 **Notion.** En principe, l'autorité parentale, de par sa nature de droit-fonction, ne peut pas faire l'objet d'une cession de la part des personnes qui en sont investies (art. 376).

Cependant, un tempérament est apporté à cette règle par l'article 377 du Code civil qui prévoit deux cas dans lesquels l'exercice de l'autorité parentale peut être délégué à un autre que son titulaire légal. Cette délégation jouera le rôle d'un diminutif de l'adoption, étant plus souple notamment en ce qu'elle peut être provisoire ou seulement partielle.

660 **Délégation volontaire.** La délégation volontaire est possible sur un mineur qui a été remis à un particulier « *digne de confiance* », à un établissement agréé ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance (art. 377). En ce cas, le ou les titulaires de l'autorité parentale peuvent déléguer volontairement cette autorité parentale au profit de la personne exerçant, en fait, les pouvoirs d'éducation de l'enfant.

Cependant, compte tenu de la gravité de cet acte, une *intervention judiciaire* est nécessaire. La délégation n'aura pas effet par le simple acte de volonté du titulaire, mais il faudra un *jugement* rendu à la demande d'un parent ou des deux « *lorsque*

les circonstances l'exigent», ce qui confère au juge un pouvoir de contrôle (art. 377). L'effet de cette délégation sera que le délégataire se trouvera investi de tout ou partie des prérogatives attachées à l'autorité parentale.

Cette délégation volontaire, assez rare, trouve une application contemporaine dans le cas de couples homosexuels : s'il est refusé que les enfants de l'un soient adoptés par l'autre, la jurisprudence récente admet qu'une délégation à cet autre permette au couple d'élever ensemble ces enfants³⁰.

L'obligation d'entretenir les enfants, qui n'est pas nécessairement liée à l'autorité parentale, continuera d'incomber aux parents.

661 Délégation forcée. La délégation de l'autorité parentale peut être forcée en cas d'empêchement des parents ou encore en cas de désintérêt manifeste, la loi de 2002 ayant supprimé l'exigence antérieure d'une durée d'un an (art. 377, al. 2). Il peut alors y avoir partage de l'autorité parentale entre les parents et le délégataire, les conflits éventuels relevant du juge aux affaires familiales (art. 377-1). La jurisprudence a précisé qu'il fallait entendre cette expression comme un comportement **volontaire** et les tribunaux se montrent exigeants pour prononcer une telle délégation, considérant qu'il s'agit d'une sanction à l'encontre des parents. Cette exigence n'est d'ailleurs pas toujours de bon aloi car elle conduit à refuser la délégation en présence de comportements des parents qui sont à la limite du désintérêt et qui ne justifient pas de leur donner la préférence pour l'éducation de l'enfant sur des personnes qui se sont matériellement et moralement dévouées pour assurer en fait cette éducation.

662 Effets de la délégation. Dans tous ces cas, la délégation de l'autorité parentale n'a que des *effets limités*. Outre qu'elle ne permet jamais en elle-même de conduire à l'adoption du mineur, puisqu'il appartient toujours aux titulaires initiaux de l'autorité parentale de consentir à cette adoption (seule la déchéance les privera de ce droit), la délégation présente, en toute occurrence, un *caractère provisoire*. Il sera toujours possible au tribunal de mettre fin à la délégation ou de la transférer à un autre délégataire par une nouvelle décision s'il est justifié de circonstances nouvelles. Les parents peuvent donc présenter à tout moment une demande de restitution à condition de justifier que les conditions qui avaient fondé la décision de délégation ont été depuis modifiées.

De plus, cette délégation n'interdit pas d'octroyer aux parents un droit de visite³¹.

En outre, le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué, de sorte qu'il appartiendra toujours aux titulaires initiaux de l'autorité parentale.

■ 30. Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 101 ; *D.* 2006.897, note VIGNEAU. – 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 106 (délégation à la compagne de la mère décédée).

■ 31. Cass. 1^{re} civ., 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 77.

§ 1. ORGANISATION CONVENTIONNELLE

TEXTE

Code civil, art. 373-2-7

Art. 373-2-7. – Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.

663 **Nécessité d'un contrôle judiciaire.** L'exercice de l'autorité parentale est une fonction qui ne peut être abandonnée à la liberté contractuelle : la protection de l'enfant à laquelle elle répond lui confère un caractère d'ordre public.

Certes, des accords de fait interviennent spontanément entre les deux parents, même s'ils ne cohabitent pas : ils produiront effet tant qu'ils sont volontairement exécutés et tant qu'ils ne créent pas une situation de danger pour l'enfant, justiciable d'une assistance éducative (*infra*, n° 678). Ils peuvent concerner tous les éléments de l'autorité parentale : résidence, scolarité, activités, etc.

Mais le caractère indisponible de cette autorité s'oppose à ce qu'elle fasse l'objet de véritables conventions par lesquelles les parents se lieraient pour l'avenir en dehors d'un contrôle judiciaire.

C'est pourquoi l'article 373-2-7 soumet de telles conventions à une homologation par le juge aux affaires familiales, lequel doit vérifier, d'une part, si elles ont été librement consenties, d'autre part, si elles ne sont pas contraires à l'intérêt de l'enfant. Ces conventions peuvent intervenir dans une procédure de divorce, qu'il s'agisse d'un divorce par consentement mutuel faisant l'objet d'une convention globale (art. 232 ; *v. supra*, n° 267 et s.) ou d'une autre forme de divorce dans lequel des accords ponctuels peuvent intervenir (art. 268 ; *v. supra*, n° 376). Mais l'article 373-2-7 permet d'envisager les mêmes conventions en dehors d'une procédure de divorce, soit que les parents ne soient pas mariés, soit qu'ils ne le soient plus, soit même qu'ils le soient encore mais séparés de fait.

Une fois homologuée, cette convention lie les parents comme si c'était le juge qui en avait pris les dispositions : on suit le même modèle juridique que pour le divorce sur requête conjointe et c'est d'ailleurs très souvent en accompagnement d'un tel divorce qu'interviendra ce type de convention relative aux enfants.

La force obligatoire de la convention homologuée ne lui confère évidemment pas un caractère immuable : tout comme celle résultant d'un jugement, l'organisation conventionnelle peut être modifiée ou complétée par la suite selon l'évolution de la situation (*v. infra*, n° 668).

§ 2. ORGANISATION JUDICIAIRE

TEXTES

Code civil, art. 373-2-8, 373-2-10 à 373-2-12 et 388-1

Art. 373-2-8. – Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

[...]

Art. 373-2-10. – En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

Art. 373-2-11. – Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1°/la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

2°/les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ;

3°/l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;

4°/le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

5°/les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ;

6°/les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre.

Art. 373-2-12. – Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale.

Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

[...]

Art. 388-1. – Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son

choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

664 Saisine du juge. Hormis le cas de convention, c'est au juge aux affaires familiales qu'il reviendra d'organiser l'exercice de l'autorité parentale, s'il est saisi en ce sens (ce qui sera en pratique toujours le cas à l'occasion d'un divorce, mais de façon occasionnelle seulement entre parents non mariés ou mariés mais seulement séparés de fait).

La *saisine* du juge peut émaner soit d'un des parents, soit du Ministère public, lequel peut lui-même être alerté par un tiers, parent ou non de l'enfant (art. 373-2-8), voire par l'enfant lui-même (*infra*, n° 667). Mais un tiers ne peut pas saisir le juge lui-même, par exemple pour demander que l'enfant lui soit confié³².

665 Office du juge. La loi fournit au juge des indications sur la façon dont il doit remplir son office, toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La *méthode* qu'il doit suivre est essentiellement conciliatrice et peut, dans cet esprit, proposer et même imposer aux parents une mesure de médiation familiale (art. 373-2-10)³³.

Les *éléments de décision* qui sont privilégiés par la loi sont énumérés par l'article 373-2-11 du Code civil :

— *la pratique ou les accords antérieurs des parents* : l'idée est qu'il est raisonnable de présumer que ce qui avait été établi par les parents du temps de leur entente ne peut être remis en cause que pour des motifs expliqués ;

— *les sentiments exprimés par les enfants eux-mêmes* lorsqu'ils sont entendus par le juge (sur cette audition, voir *infra*, n° 666) ; sans être tenu de suivre ce sentiment et en pouvant passer outre à un refus³⁴, le juge peut le faire et en toute occurrence doit indiquer dans quelle mesure il en tient compte³⁵ ;

— *l'aptitude de chaque parent à assumer ses devoirs dans le respect des droits de l'autre* : l'idée, introduite par la loi de 2002, est qu'il est tellement essentiel pour l'enfant de conserver un lien avec chaque parent qu'il doit pouvoir le faire « en paix », et que toute attitude « confiscatrice » d'un parent doit faire hésiter à lui confier la cohabitation quotidienne avec l'enfant ;

— les résultats des mesures d'expertise (psychologique) ou d'enquête sociale ordonnées par le juge.

■ 32. Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 28.

■ 33. V. JUSTON, *L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant*, *Dr. fam.* 2008, étude 10.

■ 34. Cass. 2^e civ., 25 mai 1993, *Bull. civ. II*, n° 185 – Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, *Dr. fam.* 1999.136, note GOUTTENNOIRE. – Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, n° 04-19180 – Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, n° 07-19676 – Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-22770 – Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-16511, *D.* 2016. 679.

■ 35. Cass. 2^e civ., 20 novembre 1996, *D.* 1997.192, note BENHAMOU ; *Defrénois* 1997.987, obs. MASSIP. – Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *JCP* 1005.II.10081 et 10115, note CHABERT. – 6 décembre 2005, *D.* 2006.2149, note HERZOG-EVANS. – 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 276 – CEDH, 1^{er} juillet 2014, n° 54443/10, *Blage c/Roumanie*.

Le juge doit encore veiller à ne pas séparer les *fratries* : tel est le fruit d'une loi du 30 décembre 1996 adoptée à l'initiative du « Parlement des enfants » (art. 371-5)³⁶, sauf si l'intérêt supérieur des enfants justifie cette séparation³⁷.

En définitive, le juge doit bien décider lui-même et ne peut pas abandonner cette décision à un accord des enfants, même grands³⁸.

666 Enquête sociale. Le juge peut ordonner pour être éclairé une *enquête sociale* (art. 373-2-12)³⁹. Il a, en effet, la faculté d'ordonner, dès les premières phases de la procédure (c'est-à-dire dès l'ordonnance de non-conciliation dans le cadre d'un divorce), qu'une enquête sociale soit réalisée. Cette enquête est confiée à un travailleur social et a pour objet de recueillir toutes les informations susceptibles de permettre au juge d'apprécier où est l'intérêt de l'enfant. Il est à noter que les informations ainsi recueillies ne peuvent être utilisées que pour la décision relative aux enfants et ne pourront, en aucun cas, servir dans le débat sur la cause même du divorce : on veut que le rapport soit le plus objectif possible et il ne faut pas que l'auteur du rapport se trouve gêné par la perspective que ce qu'il écrit pourra être utilisé contre l'un des époux dans le débat sur le divorce lui-même (C. civ., art. 373-2-12)⁴⁰.

Sur demande d'un des époux, une contre-enquête ne peut être refusée⁴¹.

667 Audition des enfants et avocats d'enfants. Cesser de regarder l'enfant comme un « enjeu-objet » du désaccord des parents a conduit peu à peu à envisager son audition personnelle par le juge.

La loi du 8 janvier 1993 a introduit à cette fin dans le Code un article 388-1, plusieurs fois remanié depuis. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas une audition systématique⁴², la Cour de cassation a décidé, par application directe de la Convention de New York (art. 3 et 12), que le juge ne peut refuser la demande en ce sens de l'enfant⁴³, ce qu'a consacré la loi du 5 mars 2007 (art. 388-1, al. 2).

Un décret du 20 mai 2009 a organisé les modalités de cette audition (art. 338-1 et suivants du Code de procédure civile)⁴⁴.

En outre, a été prévue l'assistance de l'enfant par un avocat et, pour que ce droit à un avocat ne reste pas lettre morte faute de moyens matériels (ou ne soit pas dévoyé au profit du parent qui finance), la même loi lui a ouvert automatiquement

■ 36. V. REVET : *RTD civ.* 1997, 229 – DAVID-BALESTRERIO, *L'unité de la fratrie*, *Mél. Goubeaux*, 2009, p. 71 et s. – La Cour européenne des droits de l'homme a consacré ce souci au sujet du placement d'enfants dans plusieurs familles d'accueil : CEDH, 26 février 2002, *Kutzner c/Allemagne*.

■ 37. Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 2009, n° 09-68179 ; *Dr. fam.* 2010, n° 24, note MURAT.

■ 38. Civ 1^{re}, 8 octobre 2014, n° 13-25632.

■ 39. GARÉ, *L'enquête sociale dans la désunion des parents* : *RTD civ.* 1987.692. – GOUDON, *L'enquête sociale, constat d'une situation ou d'un reflet d'une médiation ?*, *Gaz. Pal.* 1988, doct. 752.

■ 40. Civ 1^{re}, 13 décembre 2017, n° 16-25256 – Pour l'extension de ce texte à une enquête médico-psychologique : Versailles, 11 mars 2010, n° 09/01058.

■ 41. Cass. 1^{re} civ., 6 février 1996, *Bull. civ. I*, n° 59 ; *D.* 1996.621, note MASSIP.

■ 42. CEDH, 8 juillet 2003, *JCP* 2004.I.107 n° 5.

■ 43. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 212.

■ 44. V. HAYAT et FRICERO, « *La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès* », *RJPF* 2009.10-10.

le bénéfice de l'aide juridictionnelle (art. 9-1 de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique).

L'enfant doit être informé de ces possibilités (art. 388-1, dernier al.) et sa demande ne peut être rejetée que pour défaut de discernement⁴⁵ ou si elle apparaît contraire à son intérêt⁴⁶. Et les parties doivent être avisées du résultat de cette audition⁴⁷ mais sous forme de simple compte rendu (CPC, art. 388-12). L'entrée concrète de cette disposition dans les mœurs judiciaires se fait avec prudence⁴⁸.

668 Modification de la décision. L'ensemble des éléments ayant conduit à la décision initiale est extrêmement conjoncturel. Il en résulte que cette *décision est essentiellement provisoire*. Elle n'est pas prise une fois pour toutes, mais elle est à tout moment susceptible d'être modifiée.

Il est à souligner que cette possibilité de modification existe même dans le cas où l'organisation a été effectuée non par le juge, mais par la convention des époux (art. 373-2-13).

Cette modification exige des *circonstances nouvelles*, notion assez souple qui peut résulter simplement de l'âge de l'enfant. Les hypothèses les plus fréquentes en pratique sont liées à un déménagement, un changement d'emploi, voire un nouveau compagnon ou des difficultés d'exécution⁴⁹.

On voit souvent des cas où la modification est la conséquence d'une inexécution de la décision initiale, qui s'était heurtée à une vive hostilité de la part des enfants qui, en fait, demeureraient chez l'autre parent. L'intérêt de l'enfant peut être que, malgré le caractère choquant que puisse avoir cette opposition ouverte à l'exécution d'une décision de justice, l'hostilité en cause ne soit pas exacerbée par une mesure de contrainte matérielle et que l'attribution de la garde soit modifiée pour en tenir compte⁵⁰. En outre, des mesures d'assistance éducative pourront toujours, en cas de danger, amener le **juge des enfants** à modifier la situation (*infra*, n° 680).

Cette modification peut enfin être faite par une convention des parents mais soumise elle-même à homologation⁵¹.

■ 45. Que le jeune âge ne suffit pas à faire présumer : Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11392 (9 ans).

■ 46. CPC, art. 338-4. Mais Cass. 1^{re} civ. 18 mars 2015, précité, déclare ce motif « impropre ».

■ 47. Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 279 – Un compte rendu oral à l'audience suffit : Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 11-19377.

■ 48. Après quelques arrêts l'exigeant (Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2010, n° 09-14939 – Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67468, la Cour de cassation semble en recul (Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23502 ; *RTD civ.* 2011.757, obs. HAUSER – Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-19674 – 15 mai 2013, n° 12-12224 – 12 juin 2013, n° 12-13402).

■ 49. Pour des panoramas, v. BARBÉ, *LPA* 5 janvier 2015, p. 6 – Lafon et autres, *Dr. fam.* mai 2016.

■ 50. Cf. GARÉ, note *JCP* 1996.II.22566 – En ce sens, CEDH, 1^{er} février 2018, n° 51312/16, *K c/Grèce*, *Dr. fam.* 2018.96, note FULCHIRON.

■ 51. Cass. 2^e civ., 26 juin 1996, *Bull. civ. II*, n° 184.

CHAPITRE 2

LA MISSION D'AUTORITÉ PARENTALE

669 **Conception générale.** L'autorité parentale (à l'époque la puissance paternelle) a été le premier des exemples mis en avant au soutien de la notion de **droit-fonction** mise en lumière par Josserand et il n'est plus discuté aujourd'hui qu'elle confère à ses titulaires une mission et non un pouvoir subjectif : c'est un ensemble de droits et devoirs, c'est-à-dire de prérogatives qui doivent être exercées non pas dans l'intérêt de leur titulaire, mais dans celui de l'enfant, au besoin sous contrôle pénal¹. L'article 371-1 lui assigne « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* » et en définit le contenu comme étant de « *protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, assurer son éducation et permettre son développement* ».

Cette conception générale explique que le contenu de l'autorité parentale normalement reconnu aux titulaires (Section 1) puisse faire l'objet d'un contrôle et de limitations (Section 2).

SECTION 1

CONTENU DE L'AUTORITÉ PARENTALE

TEXTES

Code civil, art. 371-1, 371-3 et 371-4

Art. 371-1. – L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

■ 1. V. AMBROISE CASTEROT, *Les infractions parentales*, D. 2013, chron. 1846.

Art. 371-3. – L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Art. 371-4. – L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables.

670 Droit de devoir de garde. Le terme de garde de l'enfant était ambigu : employé pour désigner lequel des parents aura, en cas de désunion, la charge matérielle de l'enfant, il recouvrait non seulement la garde matérielle, mais encore les autres prérogatives de l'autorité parentale qui y sont annexées. C'est pourquoi la loi du 22 juillet 1987 y a substitué l'expression d'exercice de l'autorité parentale. Mais, au sein même de l'autorité parentale, la garde constitue un attribut spécifiquement lié à la présence physique du mineur.

Le droit de garde investit les parents du droit de fixer le domicile du mineur, étant précisé qu'en cas de domiciles distincts, ce domicile se trouve à l'endroit où réside effectivement le mineur (art. 108-2). Cette décision des parents s'impose au mineur comme aux tiers : le mineur « *ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale* » (art. 371-3) et les tiers qui l'entraîneraient ailleurs, même avec son accord, seraient coupables du délit de détournement, anciennement dit rapt de séduction, puni par les articles 227-7 et suivants du Code pénal. La force publique peut être appelée pour ramener le mineur à la maison. Seule une décision judiciaire confiant l'enfant à un tiers ou décidant une mesure d'assistance éducative permet au juge de retirer l'enfant à ses parents (*infra*, n° 677 et s.).

La garde constitue réciproquement un devoir parce qu'elle implique protection : le parent qui abandonne l'enfant sans le confier à une autorité sociale commet le délit d'exposition ou délaissement d'enfant ou d'abandon de famille (C. pén., art. 227-1 et s.). Mais il est bien sûr possible aux parents de placer l'enfant chez un tiers (pension, séjour à l'étranger, etc.) par l'intermédiaire de qui ils continuent d'exercer la garde².

671 Droit et devoir de surveillance. L'autorité parentale investit son titulaire du droit de surveiller les activités et relations de l'enfant. Ainsi, est-il maître d'interdire ou d'autoriser les visites et fréquentations de l'enfant, ainsi que de contrôler sa correspondance³.

■ 2. V. LEROYER, *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale*, RTD civ. 1998.587.

■ 3. V. note GARÉ, D. 1991.286.

C'est, d'une manière générale, la *vie privée* du mineur qui se trouve entre les mains des parents : ceux-ci contrôlent la diffusion de son image⁴ ou de faits relatifs à sa vie sentimentale⁵.

Les parents doivent encore autoriser tout traitement médical, sauf grave danger (C. santé publique, art. L. 1111-4)⁶, ou un prélèvement d'organe (C. santé publique, art. L. 1211-2). Cela ne signifie pas que le mineur ne soit pas appelé à donner lui aussi son consentement, évidemment nécessaire. En ce qui concerne l'usage de contraceptifs et le recours à l'avortement, le Code de la santé publique organise le secret à l'égard des parents (art. L. 5134-1 et L. 2212-4).

L'évolution des mœurs qui tend à une autonomie plus grande de l'enfant conserve des limites en législation : ainsi est toujours pénalement punissable celui qui entretient des relations charnelles avec un enfant de moins de 15 ans, même consentant (C. pénal, art. 227-27)⁷.

Enfin, les usages tolèrent encore au profit des parents, mais non des enseignants⁸, un droit raisonnable de correction corporelle – au-delà de quoi commence le délit de coups et blessures.

La surveillance de l'enfant constitue non seulement un droit mais une charge pour les parents, ce qui justifie qu'ils soient responsables des **faits dommageables** commis par leurs enfants (art. 1384, al. 4), responsabilité que la Cour de cassation a alourdi en décidant, d'une part, qu'elle ne cédaient que devant la force majeure, d'autre part, qu'elle continuait de jouer même lorsque l'enfant est hébergé chez un autre parent ou un tiers au cours d'un droit de visite : il s'agit de rendre obligatoire en pratique l'assurance de « *responsabilité civile chef de famille* »⁹.

672 Éducation de l'enfant. Il appartient aux parents de choisir et d'assurer l'éducation de l'enfant sans se livrer à des conceptions excessives¹⁰. Ils choisissent la voie scolaire ou professionnelle qu'il suivra – sous réserve de respecter l'obligation légale de scolarité jusqu'à 16 ans – ainsi que l'établissement où il sera inscrit¹¹. Ils

■ 4. Paris, 2 juin 1976, *D.* 1977.365, note LINDON. – 3 octobre 1986, *D.* 1987, somm. 137, obs. LINDON. – Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 72 – 12 décembre 2000, *D.* 2001, Inf. rap. 183. – Sur la diffusion d'une photographie de l'enfant décédé, v. TGI Metz, 18 mai 1998, *D.* 1999.694, note HOCQUET-BERG. – Sur les modalités concrètes de l'autorisation, v. Paris, 14 février 2002, *D.* 2002.2004, note RAVANAS ; *RTD civ.* 2002.487 – Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 274.

■ 5. Paris, 8 juillet 1970, *JCP* 1970.16550, note LINDON (affaire *Russier*, à propos de la diffusion d'un livre sur les relations d'un mineur avec une enseignante).

■ 6. Sauf cas de danger grave, v. TOUZELIN, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un mineur en danger de mort*, *JCP* 1974.I.2672.

■ 7. On ne peut manquer de citer ici la savoureuse décision (par sa rédaction) du trib. corr. Châlons-sur-Marne, *Gaz. Pal.* 1982.673, note DOUCET.

■ 8. V. Cass. crim., 21 février 1967, *Bull. crim.* n° 73. – V. toutefois TGI Paris, 24 mai 1972, *Gaz. Pal.* 1972.2.560.

■ 9. Cass. 2^e civ., 19 février 1997, *Bull. civ. II*, n° 55 et 56 ; *D.* 1997.265, note JOURDAIN ; *JCP* 1997. II.22848, concl. KESSOUS, note VINEY. – Cf. RADÉ, *D.* 1997, chron. 279 et PHILIPPE, note *JCP* 1998. II.10150. – V. *Les obligations*, n° 569 et s.

■ 10. Les traitements dégradants (privation de repas, enfermements, douches froides) ne sont pas éducatifs : Crim., 2 décembre 1998, *Bull. crim.* n° 327.

■ 11. V. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1977, *JCP* 1978.II.18833, note CARBONNIER.

choisissent également, ce qui a donné lieu à de nombreux conflits, l'éducation religieuse¹².

En cas de conflit, le juge arbitre dans la seule considération de l'intérêt de l'enfant¹³ et pourra éventuellement tenir compte de son opinion¹⁴.

673 Relations avec grands-parents et tiers. Depuis un certain temps, le rôle des **grands-parents** dans le développement de l'enfant est reconnu et l'article 371-4 consacre leur droit à des relations « *personnelles* » (c'est-à-dire soustraites au contrôle des parents)¹⁵. Cela joue tout spécialement en cas de divorce ou décès, pour maintenir les liens avec les parents du défunt, au besoin malgré un nouveau conjoint¹⁶.

Seuls des motifs tirés de l'intérêt de l'enfant permettent d'y faire obstacle, et non par exemple un conflit entre parents et grands-parents¹⁷.

Plus récemment, la question a été étendue à **d'autres tiers** : par exemple, le conjoint ou concubin d'un parent qui s'est occupé un temps de l'enfant¹⁸, des ex-grands-parents après une adoption plénière¹⁹, une tante²⁰ ou des « parrains »²¹ ou encore d'un père dont le titre de filiation a été ensuite annulé²². Et la question est vivement débattue d'un quasi-statut pour le beau-parent, esquissé par l'alinéa 2 ajouté à l'article 371-4 par la loi du 17 mai 2013²³ et qui, dans le dernier état, pourrait prendre la forme d'un « mandat d'éducation quotidienne » conféré au conjoint, partenaire ou concubin du parent ayant la résidence habituelle, mais avec le consentement des deux parents²⁴.

674 Droits accessoires du parent non « gardien ». Dans les hypothèses où l'autorité n'est exercée que par un seul parent, il est reconnu à l'autre parent certaines prérogatives accessoires (art. 373-2-1) : un droit de visite et d'hébergement qu'il peut faire fixer par le juge si l'accord amiable est impossible, mais qui peut être

■ 12. V. BREDIN, *La religion de l'enfant*, D. 1960, chron. 73. – BARBIER, *Les limites de l'autorité parentale en matière religieuse*, *Gaz. Pal.* 1971, doct. 268. – CARBONNIER, notes, D. 1963.52 et D. 1965.704. – Paris, 15 octobre 1971, *Gaz. Pal.* 1972.121. – NERSON, *RTD civ.* 1972.764. – Sur un conflit relatif à la conversion du mineur pour laquelle le juge a souverainement apprécié qu'il convenait d'attendre la majorité, v. Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, D. 1991.521, note MALAURIE. – Cf. Rennes, 18 février 1993, *JCP* 1994. II.22210, note CHEVALLIER.

■ 13. Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 404 (scolarité) – 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 103 (résidence).

■ 14. Par ex. pour un baptême à l'âge de 6 et 7 ans : Cass. 1^{re} civ., 23 septembre 2015, n° 14-23724.

■ 15. V. REKAND-POURIAS, *Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002*, *JCP* 2003.I.100 – Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 2 – Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, D. 2010, 1906, note GOUTTENOIRE.

■ 16. Voir BOURASSIN et COUTANT-LAPALUS, *Les droits des grands-parents*, éd. Dalloz, 2012.

■ 17. Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 2017, n° 17-19319.

■ 18. Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 475 – Rennes, 11 mai 2000, *RTD civ.* 2001.869 – Pau, 18 février 2006, *JCP* 2007.IV.2528 (ex-concubine homosexuelle). TGI Briey, 21 octobre 2010, D. 2011.1060, note BONNET.

■ 19. Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, D. 1986.496, note MASSIP. – 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 235.

■ 20. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 346.

■ 21. Une « charte du parrainage » a été publiée par arrêté du 11 août 2005 (cf. Cass. 1^{re} civ., 15 février 2012, n° 11-10344 ; *RJPF* 2012, 5/29, note EUDIER).

■ 22. CEDH, 16 juillet 2015, n° 39438/13, D. 2016.675.

■ 23. V. CICIK-DELFOSE, *Le beau-parent*, *Mél. Champenois*, 2012, 189 et s.

■ 24. Cf. nouvel art. 373-2-1-1 voté à l'Assemblée nationale le 17 juin 2014.

refusé pour motif grave²⁵ ou adapté aux circonstances²⁶ (comp. *supra* n° 656), ainsi qu'un droit de surveillance, qui lui permet non pas de s'immiscer dans l'exercice de l'autorité, mais de saisir le juge en cas de difficulté. C'est par exemple pour le mettre en mesure d'exercer ce droit que les informations scolaires doivent être adressées en pareil cas aux deux parents. On admet aussi que le parent gardien doit consulter l'autre avant un changement, afin que ce dernier puisse faire trancher un éventuel différend sans être mis devant le fait accompli (art. 373-2, al. 3).

675 Attributs patrimoniaux. C'est encore le titulaire de l'autorité parentale qui est chargé de veiller aux intérêts patrimoniaux de l'enfant : il a « l'administration légale » des biens du mineur²⁷ et effectue donc pour un compte les actes que son incapacité lui interdit de faire lui-même.

Cette administration, qui constitue une charge (susceptible d'engager la responsabilité de son titulaire à la demande de l'enfant une fois devenu majeur), a pour contrepartie un droit dit de « *jouissance légale* » jusqu'aux 16 ans de l'enfant : le titulaire perçoit *personnellement* les revenus des biens du mineur, à charge de l'entretenir (cf. *infra* n° 690 et s.).

SECTION 2

CONTRÔLE ET LIMITATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

676 Diversité. Pendant son exercice, l'autorité parentale peut faire l'objet de limitations. Il existe, en effet, des hypothèses où le pouvoir ainsi conféré au titulaire de l'autorité parentale n'est pas exercé conformément à sa finalité, c'est-à-dire dans le meilleur intérêt de l'enfant. Une intervention de l'autorité publique se justifie alors et elle peut prendre plusieurs formes. Elle peut tout d'abord se limiter à une remise provisoire de l'enfant à un tiers. Mais elle peut aussi prendre des mesures d'*assistance éducative*. En présence de manquements plus graves de la part des titulaires de l'autorité parentale à leurs obligations, les tribunaux peuvent aussi prendre une mesure de *déchéance* de cette autorité (*supra*, n° 640).

Il existe, en dehors de ces mesures, des *contrôles administratifs* qui permettent précisément de découvrir les cas où de telles mesures sont nécessaires. Certaines autorités administratives ont reçu le pouvoir de s'assurer de l'exécution de l'obligation scolaire ; les organismes de Sécurité sociale peuvent faire vérifier les conditions dans lesquelles sont élevés les enfants ou dans lesquelles sont utilisées les prestations familiales. Ce sont les *assistantes sociales* qui effectueront sur le terrain les mesures de vérification nécessaires. À cet égard, il convient de souligner que, bien que cette possibilité soit ignorée par beaucoup, n'importe qui, ayant

■ 25. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 103 – 26 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 31 ; D. 1995.226 – 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 147.

■ 26. Pour les visites d'un enfant de 4 ans à son père incarcéré, v. Aix, 30 mars 1993, *JCP* 1993.IV.2565.

■ 27. Tous les biens du mineur, sauf ceux que lui auraient été donnés avec désignation d'un tiers comme administrateur (C. civ., art. 389-3 al. 3 – v. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-26728).

connaissance d'un traitement « *peu approprié* » infligé à un enfant, peut avertir l'assistance sociale localement compétente pour déclencher ainsi de sa part une mesure de visite qui pourra éventuellement déboucher sur des mesures plus importantes. Bien mieux, l'article 434-3 du Code pénal fait obligation à toute personne qui aurait connaissance de sévices ou privations infligées à un enfant de moins de 15 ans d'en informer les autorités administratives, et ce nonobstant tout secret professionnel (cela vise donc le médecin, notamment), à peine d'encourir des sanctions pénales. En outre, la loi du 5 mars 2007 a créé une « *aide à la gestion du budget familial* » pour les prestations familiales (C. civ., art. 375-9-12 et 375-9-2).

§ 1. REMISE PROVISOIRE DE L'ENFANT À UN TIERS

TEXTES

Code civil, art. 373-3 et 373-4

Art. 373-3. – La séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui.

Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11.

Dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié.

Art. 373-4. – Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

Le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

677 Retrait de l'enfant avec maintien de l'autorité parentale. Dans des « *circonstances exceptionnelles* », le juge peut, « *si l'intérêt de l'enfant l'exige* », confier l'enfant à un tiers. Cette décision peut être prise « *notamment* » (c'est-à-dire pas seulement) lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale et se trouve subir un empêchement alors qu'il apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant de laisser l'autre exercer cette autorité. Le juge du divorce peut même à l'avance prévoir ce cas (art. 373-3, al. 3)²⁸.

²⁸ Un tiers ne peut pas demander lui-même cette mesure : Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 38 (pour des grands-parents).

Le choix du tiers appartient au juge, auquel la loi conseille seulement de le choisir « *de préférence dans sa parenté* ».

Ce tiers n'est pour autant pas investi de l'exercice de l'autorité parentale qui « *continue d'être exercée par les père et mère* » : sa tâche consiste seulement à accomplir « *tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation* » (art. 373-4). Autrement dit, les décisions d'orientation et de choix restent entre les mains des parents.

La mesure est essentiellement provisoire. Mais le juge peut donner au tiers mission de requérir l'ouverture d'une tutelle (art. 373-4, al. 2).

§ 2. L'ASSISTANCE ÉDUCATIVE

TEXTES

Code civil, art. 375 à 375-9

Art. 375. – Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.

Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale.

La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée.

Cependant, lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir.

Un rapport concernant la situation de l'enfant doit être transmis annuellement, ou tous les six mois pour les enfants de moins de deux ans, au juge des enfants.

Art. 375-1. – Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative.

Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant.

Art. 375-2. – Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en

milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement.

Lorsqu'il confie un mineur à un service mentionné au premier alinéa, il peut autoriser ce dernier à lui assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à condition que ce service soit spécifiquement habilité à cet effet. Chaque fois qu'il héberge le mineur en vertu de cette autorisation, le service en informe sans délai ses parents ou ses représentants légaux ainsi que le juge des enfants et le président du conseil départemental. Le juge est saisi de tout désaccord concernant cet hébergement.

Le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat ou d'exercer une activité professionnelle.

Art. 375-3. – Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier.

1° À l'autre parent ;

2° À un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;

3° À un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;

4° À un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;

5° À un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps.

Le procureur de la République peut requérir directement le concours de la force publique pour faire exécuter les décisions de placement rendues en assistance éducative.

Art. 375-4. – Dans les cas spécifiés aux 1°, 2°, 4° et 5° de l'article précédent, le juge peut charger, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant.

Dans tous les cas, le juge peut assortir la remise de l'enfant des mêmes modalités que sous l'article 375-2, troisième alinéa. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant.

Art. 375-5. – À titre provisoire mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le

juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents, sauf à les réserver si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Lorsqu'un service de l'aide sociale à l'enfance signale la situation d'un mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, selon le cas, le procureur de la République ou le juge des enfants demande au ministère de la justice de lui communiquer, pour chaque département, les informations permettant l'orientation du mineur concerné.

Le procureur de la République ou le juge des enfants prend sa décision en stricte considération de l'intérêt de l'enfant, qu'il apprécie notamment à partir des éléments ainsi transmis pour garantir des modalités d'accueil adaptées.

En cas d'urgence, dès lors qu'il existe des éléments sérieux laissant supposer que l'enfant s'apprête à quitter le territoire national dans des conditions qui le mettraient en danger et que l'un des détenteurs au moins de l'autorité parentale ne prend pas de mesure pour l'en protéger, le procureur de la République du lieu où demeure le mineur peut, par décision motivée, interdire la sortie du territoire de l'enfant, il saisit dans les huit jours le juge compétent pour qu'il maintienne la mesure dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 375-7 ou qu'il en prononce la mainlevée. La décision du procureur de la République fixe la durée de cette interdiction, qui ne peut excéder deux mois. Cette interdiction de sortie du territoire est inscrite au fichier des personnes recherchées.

Art. 375-6. – Les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.

Art. 375-7. – Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants.

Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure.

Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs en application de l'article 371-5.

S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également, par décision spécialement motivée, imposer que le droit de visite du ou des parents ne

peut être exercé qu'en présence d'un tiers qu'il désigne lorsque l'enfant est confié à une personne ou qui est désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié. Les modalités d'organisation de la visite en présence d'un tiers sont précisées par décret en Conseil d'État.

Si la situation de l'enfant le permet, le juge fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement et peut décider que leurs conditions d'exercice sont déterminées conjointement entre les titulaires de l'autorité parentale et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié, dans un document qui lui est alors transmis. Il est saisi en cas de désaccord.

Le juge peut décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci. Si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil.

Lorsqu'il fait application de l'article 1183 du Code de procédure civile, des articles 375-2, 375-3 ou 375-5 du présent code, le juge peut également ordonner l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant. La décision fixe la durée de cette interdiction qui ne saurait excéder deux ans. Cette interdiction de sortie du territoire est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République.

Art. 375-8. – Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie.

Art. 375-9. – La décision confiant le mineur, sur le fondement du 5° de l'article 375-3, à un établissement recevant des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, est ordonnée après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement, pour une durée ne pouvant excéder quinze jours.

La mesure peut être renouvelée, après avis médical conforme d'un psychiatre de l'établissement d'accueil, pour une durée d'un mois renouvelable.

678 **Législation.** Ce sont de lois du xx^e siècle, un décret-loi de 1935, puis une ordonnance du 23 décembre 1958, le tout modifié par la loi du 5 mars 2007, qui ont introduit, dans notre droit positif, l'assistance éducative. Cette mesure a remplacé l'ancien *droit de correction* qui appartenait au père et lui permettait de placer un enfant difficile en maison de correction, voire en prison, mesure dont l'inefficacité sur le plan de la réadaptation sociale n'était guère douteuse.

679 **Conditions.** Le juge des enfants a reçu des pouvoirs très étendus pour prendre toutes les mesures qui s'avèrent utiles afin d'améliorer les conditions d'éducation de l'enfant. L'intervention du magistrat peut être effectuée dans les cas où la *santé*, la *sécurité*, la *moralité* ou les *conditions d'éducation* ou de *développement physique, affectif, intellectuel ou social* de l'enfant apparaissent *compromises*. Une modification a ajouté le terme « *gravement* » au texte afin que l'intervention ne soit possible que dans des cas sérieux. Cela souligne le caractère exceptionnel que l'on a voulu conférer aux mesures d'assistance éducative (art. 375).

Il n'est pas possible de dresser une liste de ces hypothèses qui sont laissées à l'appréciation des tribunaux²⁹, lesquels doivent cependant motiver leur décision de façon circonstanciée pour faire ressortir le danger couru : la simple considération d'une meilleure éducation possible ne suffit pas³⁰.

680 Procédure. Le magistrat compétent est le juge des enfants (art. 375-1). Il peut être saisi par les parents ou titulaires de l'autorité parentale, qui se rendent compte eux-mêmes des difficultés qu'ils éprouvent à mener à bien leur tâche éducative. Mais le juge peut être également saisi par toute personne s'occupant en fait de l'enfant³¹ ou même par le mineur lui-même (et c'est une hypothèse qui n'est pas si rare qu'on pourrait le penser : près de 900 saisines par an sont effectuées par les mineurs eux-mêmes)³². Le juge peut également être saisi par le Ministère public : c'est ce qui se produira à chaque fois qu'un rapport d'assistance sociale ou que tout autre document, notamment policier, aura mis en évidence les mauvaises conditions d'éducation d'un enfant dont les parents n'entendent pas pour autant se soumettre à un contrôle judiciaire. Le juge peut même se saisir d'office à titre exceptionnel s'il a été informé directement de telles conditions nécessitant des mesures d'assistance éducative.

Le juge doit entendre le mineur, sauf impossibilité³³.

681 Pouvoirs du juge. Les pouvoirs du juge des enfants sont extrêmement larges et priment ceux du juge aux affaires familiales³⁴. Notamment, il peut modifier les dispositions d'un jugement de divorce, même sans fait nouveau³⁵. Mais les textes précisent la manière dont le juge doit s'efforcer de remplir sa mission. Il doit éviter d'imposer des mesures qui seraient directement génératrices d'hostilité de la part du milieu familial. Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée (C. civ., art. 375-1). Ainsi, c'est plus une sorte de **collaboration et d'assistance**, comme le terme même de l'institution l'indique, qui doit être apportée aux parents, qu'une mesure de sanction. Et la Cour européenne vient d'indiquer que le but de l'assistance éducative doit être de maintenir le lien de l'enfant avec ses parents³⁶.

L'article 375-2 dispose que chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être *maintenu dans son milieu actuel*. Le juge doit s'efforcer, en effet, d'éviter une brusque rupture et doit essayer, tout en maintenant le mineur dans son milieu, de désigner des personnes qualifiées pour suivre l'éducation de celui-ci et « *apporter*

■ 29. P. ROBERT, *L'assistance éducative à travers la jurisprudence*, JCP 1970.I.2312. – CHAZAL, *La notion du danger couru par l'enfant dans l'assistance éducative* in *Mél. AnceI*, Dalloz, p. 327.

■ 30. Cass. 1^{re} civ., 26 février 1975, *D.* 1975, somm. 62. – Civ., 26 janvier 1972, *D.* 1972.553, note MASSIP. – 25 juin 1991, *D.* 1992.51, note MASSIP.

■ 31.

■ 32. D'où la déduction que le mineur peut personnellement faire appel d'une décision rendue en cette matière : Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 1995, *D.* 1996.420, note GOUTTENORE.

■ 33. À peine de cassation : Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 236, p. 192. – 25 juin 1991, *D.* 1992.51, note MASSIP.

■ 34. Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390 ; *D.* 2010.2343, note HUYETTE.

■ 35. Cass. 1^{re} civ., 12 janvier et 23 février 1994, JCP 1994.II.22341, note BERNIGAUD.

■ 36. CEDH, 26 novembre 2009, n° 28499/05, § 72.

aide et conseil à la famille afin de surmonter les difficultés matérielles et morales qu'elle rencontre » (C. civ., art. 375-2).

Ce n'est que dans les cas les plus graves, si le maintien s'avère impossible pour sauvegarder les conditions d'éducation de l'enfant, que le *placement* de celui-ci hors de sa famille sera ordonné. Diverses possibilités sont alors offertes au juge, qui peut confier l'enfant à un particulier, notamment un membre de sa famille ou un tiers digne de confiance, ou le placer dans un établissement d'éducation ordinaire et spécialisé. Le juge conserve alors le droit de choisir l'établissement, même administratif³⁷, tout en devant éviter l'éloignement géographique (art. 375-7, modifié par la loi « anti-exclusion » du 29 juillet 1998).

682 **Évolution de la situation.** Dans tous les cas, le juge ne doit pas se borner à une intervention ponctuelle sans suite. Il doit, au contraire, suivre l'évolution qui va être la conséquence de sa décision. Il doit se faire rendre compte des résultats de celle-ci. Les mesures qu'il prend présentent un caractère par essence *provisoire* de sorte qu'à tout moment il peut les *modifier* (art. 375-6) et que des rapports annuels doivent lui être remis (art. 375). Cette possibilité, qui écarte toute idée d'autorité de chose jugée dans une telle matière, assure la souplesse nécessaire à l'intervention judiciaire. Les mesures ne doivent en effet pas durer au-delà de l'état de danger qui les motive et l'enfant doit être aussitôt restitué³⁸. Et, pour éviter qu'une mesure perdure par inertie, une loi de 1986 a imposé que la durée des mesures soit fixée au maximum à deux ans, quitte à décider ensuite d'un renouvellement (art. 375, al. 3), ce maximum étant toutefois écarté en cas de difficultés « *graves, sévères et chroniques* » (al. 4, ajouté en 2007).

683 **Incidence sur l'autorité parentale.** L'assistance éducative, même lorsqu'elle implique de manière sous-jacente une certaine réprobation sur la manière dont les titulaires de l'autorité parentale exerçaient leur office, ne leur enlève pas cette autorité parentale. Le maintien de cette autorité et de tous ses attributs, du moins en ce qu'ils ne sont pas incompatibles avec les mesures d'assistance qui ont été prises, est expressément prévu par l'article 375-7 du Code civil qui précise, de plus, que les parents ont, en toute occurrence, le droit de conserver, si l'enfant a été placé hors de chez eux, *un droit de correspondance et un droit de visite* sur celui-ci (sauf suspension provisoire au cas où l'exercice de ces droits s'avérerait contraire à l'intérêt de l'enfant)³⁹.

De plus, parce que l'obligation des enfants incombe aux parents en toute occurrence, les *frais d'entretien et d'éducation* de l'enfant continuent d'être à leur charge, même s'ils sont placés en dehors de leur famille. Le juge peut cependant moduler les conditions matérielles dans lesquelles cette contribution se réalisera.

■ 37. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, *JCP* 1991.II.21666. – Il doit organiser lui-même le droit de visite des parents, et non le laisser au service d'hébergement : Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998, *D.* 1999.123, note HUYETTE ; *Defrénois* 1999.309, obs. MASSIP.

■ 38. Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 1986, *Bull. civ.* I, n° 235.

■ 39. Ainsi les parents conservent-ils qualité pour représenter l'enfant en justice : Cass. 1^{re} civ., 18 novembre 1986, *Bull. civ.* I, n° 264.

TITRE 2

L'ENTRETIEN MATÉRIEL DE L'ENFANT

684 **Charge liée à la procréation.** L'obligation de subvenir aux besoins matériels de l'enfant tant qu'il ne peut se prendre en charge lui-même est un devoir que la société – qui a vocation à en être débiteur subsidiaire par la prise en charge sociale – attache tout naturellement à la parenté et au droit de jouissance légale qui s'y attache. Mais il faut bien voir que ce n'est pas une contrepartie à l'autorité parentale, même si le plus souvent les deux sont liés : même quand ils sont privés de cette autorité, les parents demeurent tenus d'assumer l'entretien matériel de l'enfant ou d'y contribuer.

Le devoir d'entretien n'est autre que la mise en œuvre du vieil adage « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* » (Loysel). Et notre droit connaît même un mécanisme allant plus loin, en chargeant d'une obligation de subsides celui qui a simplement peut-être fait l'enfant.

CHAPITRE 1

LE DEVOIR D'ENTRETIEN DES PARENTS

TEXTES

Code civil, art. 373-2-2 à 373-2-5

Art. 373-2-2. – En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 373-2-7 ou, à défaut, par le juge. Cette convention ou, à défaut, le juge peut prévoir le versement de la pension alimentaire par virement bancaire ou par tout autre moyen de paiement.

Cette pension peut en tout ou partie prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant.

Elle peut être en tout ou partie servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation.

Lorsque le parent débiteur de la pension alimentaire a fait l'objet d'une plainte déposée à la suite de menaces ou de violences volontaires sur le parent créancier ou l'enfant ou d'une condamnation pour de telles menaces ou violences ou lorsque de telles menaces ou violences sont mentionnées dans une décision de justice, le juge peut prévoir que cette pension est versée au directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales.

Art. 373-2-3. – Lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie, sous les modalités et garanties prévues par la convention homologuée ou par le juge, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus.

Art. 373-2-4. – L'attribution d'un complément, notamment sous forme de pension alimentaire, peut, s'il y a lieu, être demandé ultérieurement.

Art. 373-2-5. – Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut

demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant.

685 Devoir d'entretien : définition. Il existe entre tous ascendants et descendants une obligation alimentaire de droit commun, que nous étudierons plus tard (v. *infra*, n° 714). Mais cette obligation, qui est réciproque, se limite au strict nécessaire afin de mettre en œuvre la solidarité et que l'un des membres du groupe familial ne puisse pas, alors qu'il en a les moyens matériels, abandonner un autre dans un état de besoin. Beaucoup plus forte est l'obligation que l'on reconnaît à la charge des parents d'entretenir et d'élever leurs enfants. Cette obligation qui a toujours été admise (« *Qui fait l'enfant doit le nourrir* », disait déjà Loysel) repose sur la constatation pure et simple que l'enfant, pendant la période de son jeune âge, n'est pas en mesure de subvenir lui-même à ses propres besoins sur le plan matériel et qu'il doit donc disposer, à cet égard, d'une créance à l'encontre de ses parents.

L'obligation d'entretien a un objet plus large qu'une simple obligation alimentaire. C'est l'ensemble des besoins d'**entretien** et d'**éducation** de l'enfant qui doit être pris en charge et si le Code civil (art. 204) précise expressément que l'enfant n'a point d'action contre ses parents en vue de son établissement (entendez par là pour l'obtention d'un capital lui permettant d'acquérir certains biens en vue, par exemple, de l'exercice d'une profession), il n'est plus douteux, à l'heure actuelle, qu'entrent dans l'obligation d'entretien les frais nécessités par la formation professionnelle¹.

Le régime de cette obligation a été regroupé par la loi du 4 mars 2002 aux articles 373-2-2 et suivants du Code civil. Il faut ajouter qu'elle est **d'ordre public**, en ce sens que non seulement l'enfant lui-même ne saurait y renoncer, mais encore qu'un parent ne peut en être affranchi par l'autre dans une quelconque convention, même homologuée par erreur². Pas davantage elle ne peut être forfaitisée par un montant qui serait immuable³.

686 Bénéficiaires et débiteurs. Cette obligation existe envers tous les enfants, dès lors que leur lien de filiation est établi, et ce quel que soit le mode d'établissement.

Ce devoir trouvant sa source dans la parenté subsiste même si le parent est privé de l'autorité parentale ou de son exercice. L'article 375-8 le précise en cas d'assistance éducative et cette règle est implicite dans les autres cas. Un parent non gardien ne peut donc pas s'y soustraire en n'offrant une contribution que si l'enfant cohabite avec lui⁴.

Les **deux parents** sont également tenus du devoir d'entretien. Ce droit étant d'ordre public, l'un d'entre eux ne saurait en dispenser l'autre, tout accord en ce

■ 1. Cass. 2^e civ., 19 octobre 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 8.

■ 2. Cass. 2^e civ., 2 mai 2001, *Bull. civ.* II, n° 80 pour une clause d'exonération dans la convention de divorce sur requête conjointe – Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 2012, n° 11-19779, pour une renonciation ou versement d'arriérés.

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 312.

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1980, *Bull. civ.* I, n° 245.

sens étant nul⁵. Ils doivent y contribuer à proportion de leurs ressources respectives⁶, mais à l'égard de l'enfant, chacun est pleinement tenu, à charge pour celui qui assume cet entretien d'exercer son recours contre l'autre.

On admet que le devoir d'entretien des parents prime les autres obligations alimentaires dont peut disposer l'enfant et qu'il ne pourra s'adresser par exemple à ses **grands-parents** qu'en cas de défaillance préalable de ses parents⁷.

687 **Durée.** La question qui a soulevé le plus de difficultés dans les années récentes est celle de la période pendant laquelle dure cette obligation d'entretien. Il n'a jamais été contesté qu'elle durait pendant toute la minorité de l'enfant, et qu'à ce titre elle peut rétroagir depuis la naissance même si le lien de filiation n'est établi que plus tard⁸. Mais l'évolution récente des mœurs tend à prolonger les études. Jointe à l'abaissement de l'âge de la majorité à 18 ans, cette tendance conduit à ce qu'un grand nombre de jeunes majeurs ne se trouvent pas encore en mesure de pourvoir seuls à leurs besoins. Peuvent-ils demander à leurs parents de continuer de les entretenir pendant la période encore nécessaire pour achever leur formation ?

Pendant un certain temps, la jurisprudence a entendu strictement l'obligation d'entretien et considéré qu'elle prenait fin avec la survenance de la majorité. Mais un revirement s'est opéré et la jurisprudence qui s'est alors instaurée et s'est depuis amplement développée décide que le devoir d'entretien ne **cesse pas** nécessairement avec la survenance de la **majorité** et porte, en réalité, sur l'ensemble de la formation et de l'éducation des enfants, de sorte que, si les besoins de cette éducation exigent un entretien prolongé, notamment en cas d'études supérieures, les parents ne peuvent refuser cette prolongation. Le plus souvent, la question se pose dans les termes suivants : les parents étant divorcés, le parent anciennement gardien continue de pourvoir aux besoins de l'enfant après la survenance de sa majorité, mais se heurte au refus de l'autre de continuer à verser une pension alimentaire contribuant à cet entretien. La jurisprudence a admis que, pourvu que la poursuite des études apparaisse raisonnable et justifiée par les antécédents de l'intéressé, cet autre parent devait poursuivre sa contribution⁹. Cette jurisprudence a été généralisée par la loi du 4 mars 2002 : l'article 371-2 précise que l'obligation « *ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* ». Un enfant peut donc lui-même, une fois sa majorité survenue, imposer à ses parents qui s'y refuseraient de continuer à pourvoir à son entretien. Naturellement, la durée de cette survie du devoir d'entretien doit s'apprécier dans chaque espèce selon les circonstances : il convient de prendre en considération les capacités de l'enfant, les ressources financières des parents et les raisons pour lesquelles le jeune majeur ne peut subvenir à ses besoins.

■ 5. Par exemple lors d'un divorce sur requête conjointe : Cass. 2^e civ., 2 mai 2001, *Bull. civ.* II, n° 80.

■ 6. L'impécuniosité de l'un peut même justifier qu'il soit dispensé de toute contribution : Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2008, *Bull. civ.* I, n° 218.

■ 7. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1990, *JCP* 1991.II.21664, note GARÉ. – Versailles, 29 septembre 1989, *D.* 1992.67, note GARÉ. – 3 octobre 1996, *D.* 1998, somm. p. 30, obs. GARÉ.

■ 8. Cf. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, *Bull. civ.* I, n° 128.

■ 9. PRADEL, *L'obligation pour les parents d'entretenir un enfant au-delà de la majorité pour lui permettre de continuer ses études* : *JCP* 1966.I.2038. – GEBLER, *L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent leurs études* : *D.* 1976, chron. 131.

Les tribunaux n'admettent pas que soient à la charge des parents l'entreprise de nouvelles études après un haut diplôme¹⁰ ou le choix d'une nouvelle voie après plusieurs échecs¹¹ ou encore le refus de travailler en raison de troubles bénins¹². Un retard dû à des troubles psychologiques peut au contraire justifier la poursuite de l'entretien¹³. Il semble que la charge de la preuve pèse sur celui qui demande la poursuite de la contribution lorsque le jeune majeur ne cohabite pas avec lui¹⁴.

Le parent amené à poursuivre son devoir d'entretien est en droit d'être informé sur l'évolution des études¹⁵ mais non d'exiger une cohabitation¹⁶.

La conséquence de cette survie est très claire dans le cas où une pension avait auparavant été fixée en justice : la survenance de la majorité n'y met pas fin de plein droit¹⁷ et c'est au parent qui entend s'y soustraire de demander une modification de la décision antérieure en établissant le fait nouveau justifiant sa demande¹⁸.

688 **Mise en œuvre.** Le devoir d'entretien s'exécute le plus souvent en nature, à l'occasion de la vie quotidienne¹⁹. Toutefois, il en ira différemment en cas de non-cohabitation entre l'enfant et l'un des parents (parents séparés ou divorcés, enfant placé chez des tiers au titre de l'assistance éducative ou après déchéance, ou encore enfant majeur vivant en indépendance). Le devoir d'entretien prendra alors essentiellement la forme d'une **pension alimentaire**, versée soit à l'enfant lui-même s'il est majeur²⁰, soit au parent ou à la personne qui en a la charge et expose quotidiennement les dépenses (nouvel article 373-2-5). Ce dernier cas est le plus fréquent et la jurisprudence admet le recours du parent qui a supporté seul les frais d'éducation de manière de plus en plus large : le recours est admis même si l'enfant ne cohabite pas avec ce parent²¹, et peut avoir un effet rétroactif pour obtenir remboursement de dépenses passées²², la Cour de cassation ayant expressément

■ 10. Cass. 2^e civ., 26 novembre 1970, *Bull. civ. II*, n° 327.

■ 11. TGI SAINT-BRIEUC, 16 novembre 1971, *D.* 1971, somm. 227.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 1979, *Bull. civ. I*, n° 183.

■ 13. Paris, 22 février 1983, *D.* 1983, Inf. rap. 450.

■ 14. Cass. 2^e civ., 26 septembre 2002, *Bull. civ. II*, n° 191 – Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2009, n° 08-13161 ; *D.* 2010.1447, note GRANET.

■ 15. Montpellier, 5 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, somm. 334.

■ 16. Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1980, *Bull. civ. I*, n° 245.

■ 17. Cass. 2^e civ., 8 février 1989, *Bull. civ. II*, n° 32 ; *D.* 1990, somm. 115 et les obs. – Crim. 9 juin 1993, *JCP* 1993.IV.2264 et 2265 – 11 mars 1997, *JCP* 1997.IV.1421 – Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 08-21112.

■ 18. Cass. 2^e civ., 29 mai 1996, *Bull. civ. II*, n° 116 – 2 avril 1997, *Bull. civ. II*, n° 116 – 2 avril 1997, *Bull. civ. II*, n° 104 – 27 janvier 2000, *Bull. civ. II*, n° 17 – Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 94 – 14 février 2006, *Bull. civ. I*, n° 64 – 12 décembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 543 – 9 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 1.

■ 19. V. par exemple, décidant que les soins donnés par le père dentiste n'ouvrent pas droit aux prestations de Sécurité sociale : Soc., 17 décembre 1972, *D.* 1972, somm. 145.

■ 20. Les juges peuvent décider qu'une partie de la contribution sera versée à l'enfant directement (Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 141), et ce même en l'absence de demande en ce sens du jeune majeur lui-même (Cass. 1^{re} civ., 11 février 2009, *Bull. civ. I*, n° 26).

■ 21. Cass. 2^e civ., 22 octobre 1980, *Bull. civ. II*, n° 215 – 22 janvier 1992, *Bull. civ. II*, n° 27 – 26 septembre 2002, *Defrénois* 2003.613, note MASSIP.

■ 22. Cass. 2^e civ., 28 avril 1980, *Bull. civ. II*, n° 90 ; *D.* 1981, Inf. rap. 72, note BRETON – Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 388.

exclu en cette matière la vieille règle « *Aliments n'arréragent pas* »²³ (sur cette règle, v. *infra*, n° 731).

Le montant de cette pension ne fait pas l'objet d'un barème obligatoire²⁴ et est donc dans la dépendance de l'appréciation judiciaire des ressources et charges respectives des parents²⁵.

La loi du 4 mars 2002 a entendu élargir les modes d'exécution de ce devoir : la pension peut être, en tout ou partie, remplacée par une prise en charge directe de certains frais (art. 373-2-2), ou encore par l'abandon d'un usufruit ou de biens productifs de revenus (art. 373-2-3 inspiré, malgré leur insuccès, des modalités des prestations compensatoires : v. *supra*, n° 385) ou même par une simple jouissance gratuite d'un logement²⁶ laquelle peut ainsi constituer une modalité d'exécution du devoir d'entretien excluant ou diminuant l'indemnité d'occupation à la charge du parent avec qui l'enfant cohabite²⁷.

Enfin les tiers particuliers, ou organismes publics, qui auraient été amenés à exposer des dépenses pour le mineur (soins, etc.), sont en droit de se retourner contre les parents pour en obtenir remboursement.

689 **Modification et adaptation.** Comme toute décision relative à l'autorité parentale et aussi comme toute décision portant sur une pension alimentaire, la fixation du devoir d'entretien est essentiellement modifiable, au gré de l'évolution à la fois des charges et ressources des parents²⁸ et des besoins de l'enfant selon son âge et son activité. Ni l'autorité de la chose jugée ni la force obligatoire des conventions ne peuvent faire obstacle à ces adaptations.

■ 23. Cass. 2^e civ., 29 octobre 1980, *Bull. civ. I*, n° 226 ; *D.* 1981, Inf. Rap. 272 et les obs.

■ 24. Une « *table de référence* » a été mise en place à titre indicatif (cf. *JCP* 2010.860, p. 1595) sans dispenser d'un examen concret par le juge (Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2010, n° 09-70870) – 23 octobre 2013, n° 13-1225301, *D.* 2014.564, obs. CAPITAINE.

■ 25. Il n'y a pas à tenir compte des ressources du conjoint ou concubin de l'un des parents (Cass. 1^{re} civ., 21 octobre 2015, n° 14-25132), sauf dans la mesure où il en résulte un allègement de charges (Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2008, n° 06-21168). Selon un arrêt étrange, il n'y aurait pas lieu non plus de prendre en compte la prestation compensatoire perçue par un parent, qui pourtant a précisé pour objet d'améliorer ses ressources : Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 2014, n° 13-23732.

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2011, n° 10-27070 – 6 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 61 – 13 avril 1999, *Bull. civ. I*, n° 126.

■ 27. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-14884 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2017, n° 16-11599.

■ 28. Sur l'incidence d'un remariage, v. Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 142.

CHAPITRE 2

L'ADMINISTRATION ET LA JOUISSANCE DES BIENS DES ENFANTS

TEXTES

C. civ., art. 382 à 386

Art. 382. – L'administration légale appartient aux parents. Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale.

Art. 382-1. – Lorsque l'administration légale est exercée en commun par les deux parents, chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant sur les biens du mineur.

La liste des actes qui sont regardés comme des actes d'administration est définie dans les conditions de l'article 496.

Art. 383. – Lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique ou, selon le cas, des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. À défaut de diligence des administrateurs légaux, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office.

Lorsque les intérêts d'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés.

Art. 384. – Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.

Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.

Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer.

Art. 385. – L’administrateur légal est tenu d’apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur.

Art. 386. – L’administrateur légal est responsable de tout dommage résultant d’une faute quelconque qu’il commet dans la gestion des biens du mineur.

Si l’administration légale est exercée en commun, les deux parents sont responsables solidairement.

L’État est responsable des dommages susceptibles d’être occasionnés par le juge des tutelles et le directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance dans l’exercice de leurs fonctions en matière d’administration légale, dans les conditions prévues à l’article 412.

L’action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l’intéressé ou de son émancipation.

690 Patrimoine du mineur. Il est assez rare de nos jours que l’enfant ait la propriété de biens importants, ce qui peut en réalité provenir soit d’une succession, soit de donations ou legs, soit de son activité personnelle ; cette situation qui était plus fréquente au temps où nombre de parents mouraient jeunes a toujours donné lieu à des règles liées à l’autorité parentale, qui comportent deux volets : l’administration des biens du mineur et la jouissance de leurs revenus.

691 L’administration légale. La charge d’administrer les biens du mineur est attribuée par la loi aux titulaires de l’autorité parentale (art. 382). C’est dire qu’en principe, cette autorité appartenant aux deux parents, même séparés, l’administration légale est exercée par eux deux (les actes courants, dits d’administration, pouvant être faits par l’un ou l’autre, les autres exigeant le consentement des deux : art. 382-1). Les règles gouvernant cette administration ont été un peu simplifiées par une ordonnance du 15 octobre 2015, qui a eu surtout pour objectif de diminuer les cas où il fallait une autorisation du juge¹, les cas de conflits d’intérêts entre parents et enfants donnant lieu à nomination d’un administrateur particulier (art. 383).

Échappent à l’administration légale des parents les biens qui ont été donnés ou légués à l’enfant sous condition d’être administrés par un tiers (art. 384)², cette condition ne pouvant pas être écartée au prétexte de l’intérêt supérieur de l’enfant³.

692 Droit de jouissance légale. Le droit de jouissance légale confère aux parents qui exercent l’administration légale du patrimoine de leur enfant le droit d’en percevoir les revenus *pour leur compte personnel*. C’est en quelque sorte que contre partie des charges qu’ils supportent. Parmi ces charges, figure d’ailleurs celle d’entretenir l’enfant et de l’éduquer « *selon sa fortune* » (ce qui peut ainsi dépasser le niveau du devoir d’entretien mesuré aux ressources des parents, mais a surtout pour objectif d’écarter la tentation d’un profit égoïste des parents d’enfants devenus personnellement riches par les circonstances).

■ 1. V. Commentaires BATTEUR et DOUVILLE, *D.* 2015.2330 – PETERKA, *JCP* 2015.1160.

■ 2. Si le tiers désigné refuse, le juge doit en désigner un autre. Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 17-40035, *RTD civ.* 2017.611, obs. HAUSER.

■ 3. Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 11-25946 – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18856, *RTD civ.* 2015.668, obs. GRIMALDI.

Échappent à cette jouissance légale les biens que l'enfant acquiert par son activité personnelle, ou les indemnités compensant un préjudice (art. 386-4), ce qui n'écarte pas pour autant l'administration par les parents.

Ce droit de jouissance légale cesse lorsque l'enfant atteint l'âge de 16 ans, c'est-à-dire avant sa majorité, l'administration légale subsistant jusqu'à celle-ci.

CHAPITRE 3

L'ACTION À FINS DE SUBSIDES

TEXTES

Code civil, art. 342 à 342-8

Art. 342. – Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception.

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité.

L'action est recevable même si le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code.

Art. 342-1. – (abrogé)

Art. 342-2. – Les subsides se règlent, en forme de pension, d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci.

La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant, s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute.

Art. 342-3. – (abrogé)

Art. 342-4. – Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant.

Art. 342-5. – La charge des subsides se transmet à la succession du débiteur suivant les règles de l'article 767.

Art. 342-6. – Les articles 327 alinéa 2, et 328 ci-dessus sont applicables à l'action à fins de subsides.

Art. 342-7. – Le jugement qui alloue les subsides crée entre le débiteur et le bénéficiaire, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, les empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code.

Art. 342-8. – La chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité.

L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur.

693 Définition. L'action « à fins de subsides » est une action alimentaire ouverte en l'absence de filiation paternelle (et donc en l'absence d'obligation d'entretien paternelle) à l'encontre de celui ou ceux qui ont eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception et envers lesquels il existe donc une possibilité de paternité.

694 Survivance historique. Dans l'Ancien Droit, la mère de l'enfant naturel pouvait obtenir de l'homme qu'elle désignait comme le père une condamnation à l'entretien de l'enfant ; cette condamnation ne valait qu'à titre provisoire, sans emporter de lien de filiation.

Devant la sévérité du Code civil, prohibant sans distinction l'action d'état et l'action alimentaire, la jurisprudence aurait dû compenser en validant les promesses d'entretien de l'enfant faites par le père naturel et en accordant des dommages et intérêts à la fille séduite sur le fondement de l'article 1382.

Ces solutions jurisprudentielles aboutirent à la loi du 15 juillet 1955 qui accorda aux enfants adultérins une action alimentaire, étendue par la suite aux enfants naturels simples¹.

En 1972, le législateur maintint l'essentiel de la réglementation antérieure sur l'action en recherche de paternité naturelle (toujours soumise à des conditions rigoureuses), mais institua une *action à fins de subsides* compensant le défaut d'établissement d'un lien légal².

Cette innovation était cependant vouée à un destin éphémère : l'essentiel de son intérêt lui a été enlevé d'abord en 1993 par l'élargissement de l'action en recherche de paternité (par la suppression des « cas d'ouverture » et l'allongement des délais), ensuite et surtout par les progrès de la preuve scientifique permettant de déterminer s'il y a filiation (auquel cas elle est établie et il y a lieu à obligation d'entretien) ou non (auquel cas il n'y a même pas lieu à subsides).

La réforme de 2005-2009 aurait donc pu supprimer purement et simplement l'action à fins de subsides. Si elle a été maintenue, c'est pour des cas exceptionnels : ceux où il est interdit d'établir le lien de filiation (inceste, procréation médicalement assistée³, enfant placé en vue d'une adoption plénière) et ceux où la mère ne souhaite pas établir la filiation (et donc l'autorité parentale et le nom) envers celui qui refuse sa paternité (par exemple en cas de viol).

695 Fondement : paternité possible. Conçue dans un premier temps comme une sorte d'action en responsabilité envers la mère (qui lui était en conséquence refusée en cas d'inconduite notoire), l'action s'est ensuite recentrée sur son seul véritable fondement : la possibilité de paternité ouvrant à l'enfant lui-même (dont la mère

■ 1. Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1969, D. 1969.427, concl. LINDON.

■ 2. Cf. CATALA DE ROTON, *L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux*, RTD civ. 1990.1 – GONON, *Le rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité*, JCP 1998.1.158.

■ 3. Selon Paris, 5 mai 1998 (D. 2000, somm. 160, obs. GRANET), l'action pourrait être exercée contre le tiers qui a eu des relations avec la mère ayant fait l'objet d'une insémination artificielle.

n'est que le représentant légal) le droit à des subsides pour son entretien et son éducation.

De ce fondement unique découle la nature juridique de l'action : c'est une action relative à la filiation, par conséquent soumise au régime général de ces actions (*supra*, n° 482 et s.) et en particulier à l'expertise biologique de droit⁴.

696 Conditions. Les conditions de l'action sont aujourd'hui au nombre de trois.

— Il faut d'abord que l'enfant n'ait pas de **filiation paternelle** : s'il existe un lien de filiation établi en effet, non seulement le devoir d'entretien pèse sur ce père, mais encore et surtout ce lien, tant qu'il n'a pas été détruit en justice, exclut juridiquement la paternité même simplement possible d'un tiers. On peut s'interroger toutefois sur le cas de l'enfant adopté : l'adoption (simple ou plénière) n'opérant pas rétroactivement, la condition d'absence de filiation semble remplie pour la période antérieure à l'adoption.

— Il faut ensuite que l'enfant ait à l'inverse une **filiation maternelle** établie : c'est la condition pour que l'on puisse établir la condition suivante quant à la preuve de relations intimes avec cette mère pendant la période de conception.

— Il faut enfin que soit rapportée la preuve de ces relations à l'époque de la conception (la période légale, qui va de 180 à 300 jours avant la naissance, pouvant être combattue ou affinée par toute preuve médicale : cf. *supra*, n° 531).

Aucune autre condition n'est requise : peu importe notamment le statut matrimonial des parents, et notamment le fait que l'un d'eux soit marié (art. 342, alinéa 3 : si c'est le cas de la mère, cela suppose que la présomption de paternité ne joue pas ou ait été renversée : cf. *supra*, n° 531 et s.).

697 Procédure. L'action n'appartient qu'à l'enfant qui, pendant sa minorité, est représenté par sa mère, laquelle peut agir seule même si elle est elle-même mineure (art. 342-6 renvoyant aux articles 327, alinéa 2, et 328).

Quant à son délai, elle peut être exercée non seulement durant la minorité de l'enfant mais encore pendant les dix ans qui suivent sa majorité : en fait donc jusqu'à ses 28 ans (art. 342, alinéa 2), ce qui correspond à la survie du devoir d'entretien au-delà de la majorité (*supra*, n° 687).

L'action est exercée contre celui qui a entretenu des relations avec la mère ; s'il est décédé, contre ses héritiers ; s'il est mineur en présence de ses parents ou représentants légaux⁵.

Comme elle est fondée sur une paternité éventuelle, l'action est soumise à l'expertise biologique de droit (*supra*, n° 695), ce qui permet au défendeur d'établir s'il y a lieu qu'il n'est pas le père. Mais il peut aussi rapporter cette preuve par tous moyens (art. 342-4), dans le cas où cette expertise est écartée (*supra*, n° 495).

698 Objet de l'action : les « subsides ». Les subsides sont des versements à effectuer pour subvenir à l'entretien et à l'éducation, versements qui prennent la forme d'une pension (art. 342-2).

■ 4. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 253 et 254 – 6 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 478.

■ 5. Cf. Paris, 6 mai 1977, *D.* 1978.145, note MASSIP.

Cette pension suit le régime de celle qui est fixée au titre du devoir d'entretien (*supra*, n° 688) : évaluée d'après les mêmes paramètres (besoins de l'enfant, ressources du débiteur et de la mère), elle peut pareillement survivre à la majorité et est évidemment susceptible d'être révisée à tout moment selon la variation de ces paramètres.

Quoique la loi n'en dise rien, on peut penser que les subsides ne prennent pas effet seulement au jour de l'action, mais peuvent remonter jusqu'à la naissance (comme le devoir d'entretien). Et s'ils cessent d'être dus dans le cas où la filiation vient ensuite à être établie envers un tiers (art. 342-8, al. 2), on peut pareillement penser que les sommes versées sont alors restituables.

699 Absence d'effets d'ordre personnel. La condamnation aux subsides ne produit aucun effet dans les rapports personnels entre l'enfant et le défendeur, si ce n'est des empêchements à mariage. Reposant sur la simple preuve des relations sexuelles, l'action n'aboutit jamais à établir un lien de filiation entre le défendeur et l'enfant. C'est pourquoi le jugement n'a aucune incidence sur le **nom** de l'enfant ou l'exercice de l'**autorité parentale** ; le débiteur condamné aux subsides ne peut obtenir un **droit de visite** que dans les mêmes conditions qu'un tiers, soit dans des circonstances exceptionnelles (art. 371-4, al. 2). Il résulte de ce principe que la chose jugée sur l'action à fins de subsides n'est pas une fin de non-recevoir à une action ultérieure en recherche de paternité ; de même, l'allocation de subsides n'empêche pas un tiers de reconnaître l'enfant (art. 342-8).

700 Exception : les empêchements à mariage. L'article 342-7 prévoit que le jugement qui alloue les subsides crée entre le défendeur et le bénéficiaire ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du Code, ce qui inclut curieusement un empêchement à mariage entre la mère de l'enfant et le défendeur. On y a vu une maladresse de rédaction, mais le législateur n'a sans doute pas voulu autoriser un tel mariage où curieusement la femme serait la mère de l'enfant et le mari ne serait que son père possible (il semble vouloir que le défendeur reconnaisse d'abord l'enfant pour éviter l'application de l'article 342-7 ; il pourra alors se marier avec la mère et partager avec elle l'autorité parentale).

En revanche, il n'y a pas d'empêchement à mariage avec les alliés autres que le conjoint.

L'existence de ces empêchements à mariage se justifie dans le cadre d'une condamnation de subsides, bien qu'il n'y ait pas de filiation établie, *pour éviter la simple possibilité d'un mariage incestueux*. Cependant, comme la condamnation ne sera pas transcrite sur les registres de l'état civil, l'empêchement risque souvent d'être ignoré en pratique.

TROISIÈME PARTIE

LA SOLIDARITÉ FAMILIALE

701 Diversité des effets du lien familial. Qu'il soit issu de la parenté ou de l'alliance, le lien familial crée une certaine *solidarité* entre les membres du cercle familial. Cette solidarité ne peut pas rester sans reflet dans l'ordre juridique.

Il serait difficile de dresser un inventaire de ces conséquences, extrêmement variées. À titre d'exemples, on peut signaler que l'existence d'un lien familial sera prise en considération pour la composition du conseil de famille, pour la détermination des proches parents subissant un préjudice lors du décès d'un être cher, pour l'appréciation des personnes à charge ouvrant droit à une protection particulière sur le plan de la législation des baux d'habitation¹, pour doter d'un régime particulier les « *souvenirs de famille* »², pour le régime des funérailles et sépultures (v. *supra* n° 222), pour l'organisation de la défense du nom ou de la mémoire des défunts, pour des immunités pénales³, et pour la protection de la vie familiale en général. La Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à toute personne le droit au respect de sa vie familiale (art. 8), ce qui interdit par exemple d'expulser un étranger qui a toute sa vie familiale en France⁴. On observe en particulier une émergence d'un droit des frères et sœurs⁵.

■ 1. Ainsi un parent, même éloigné, n'étant pas un tiers, peut être hébergé par un locataire sans qu'il y ait violation des obligations relatives au bail : Cass. 3^e civ., 14 décembre 1994, *Bull. civ.* III, n° 210. – Mais pour un **droit d'usage et d'habitation**, on restreint ce groupe dont on exclut les collatéraux : Cass. 3^e civ., 14 novembre 2007, *Bull. civ.* III, n° 211.

■ 2. Cf. *Les contrats spéciaux*, n° 29. – *Adde* : Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2007, n° 05-14258, *LPA* 7 avril 2008, note BARBIERI (un bijou de famille ne peut être donné à un tiers).

■ 3. V. P. MOUSSERON, *Les immunités familiales*, *Rev. sc. crim.* 1998, 291. – CLEMENT, *L'immunité générale d'ordre patrimonial*, *Mél. J.H. Robert*, Lexis Nexis 2012.107.

■ 4. CE 19 avril 1991, *Belgacem*, *JCP* 1991.II.21757, note NGUYEN VAN TUONG. – 11 juin 1999, *D.* 1999, *Inf. rap.* p. 236 ; CEDH, 7 août 1996, *D.* 1997 somm. p. 210. – 26 septembre et 21 octobre 1997, *D.* 1998 somm. p. 210. – Sur l'incidence des attaches familiales pour déterminer le domicile d'une personne au sens du droit de la nationalité, v. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 307.

■ 5. V. TARDY, *Les fraternités intrafamiliales et le droit*, *LPA*, 2 novembre 1999, p. 7.

Mais, à titre principal, cette solidarité familiale se traduit dans le régime du nom de famille et dans deux institutions d'ordre patrimonial : d'une part, le *droit successoral*, d'autre part, l'*obligation alimentaire*.

Le droit des successions, droit très élaboré mais technique, faisant l'objet d'ouvrages particuliers, seuls les régimes du nom et de l'obligation alimentaire seront ici étudiés.

CHAPITRE 1

LA SOLIDARITÉ PAR LE NOM : LE NOM DE FAMILLE

702 Triple fonction du nom. Signe premier de l'existence de l'être dans ses rapports avec autrui, le nom est traité par le droit à titre principal comme une **institution de police civile**, permettant d'identifier le citoyen : cette fonction exige stabilité, ce qui commande les principes d'indisponibilité et d'immutabilité. Dans cette fonction, qui ne concerne que chaque individu isolément, il est étranger au droit de la famille et relève du droit des personnes : que son attribution initiale ait été ou non liée à des liens familiaux est ici indifférent.

Puis, parce qu'il est si étroitement lié à son porteur qu'il en reflète la personnalité, il est compris comme un élément de cette personnalité : d'où, au fur et à mesure de la consécration des **droits de la personnalité**, une dimension subjective du « *droit au nom* », entendu comme prérogative permettant d'en défendre l'honneur et l'intégrité, de la même façon que le droit à l'image. Sous cet aspect encore, il s'agit d'une fonction individualiste qui relève encore du droit des personnes, comme les autres droits extrapatrimoniaux.

Enfin, dans les sociétés où son attribution dépend des liens familiaux de l'intéressé – ce qui n'est pas universel – le nom devient le symbole d'un **rattachement familial**, traduisant (trahissant ?) les liens de parenté et d'alliance de son porteur : c'est le « *nom de famille* » (classiquement dit patronyme en raison de la priorité patriarcale qui en domine l'attribution), l'individualisation personnelle étant le fait du prénom.

C'est sous ce dernier aspect seul qu'il intéresse directement le droit de la famille.

703 Évolution : de l'immémorial à la loi du 4 mars 2002. De façon curieuse, le droit du nom avait échappé aux mouvements refondateurs ayant bouleversé la famille depuis cinquante ans (v. *supra*, n° 15). On avait conservé sans remous des règles empreintes du patriarcat le plus marqué, si immuables que la plupart n'avaient même pas été inscrites dans le Code civil tant elles paraissaient évidentes : le nom du mari est porté par la femme et se transmet aux enfants et, en l'absence de mariage, à chaque fois que c'est possible, il y a aussi priorité au nom de leur père.

Pourtant, il n'y a pas d'élément plus symbolique que le « *nom de famille* » pour traduire la représentation collective qu'on se fait de cette famille, la conception que l'on a de l'importance respective de l'individu d'une part et du groupe familial d'autre part : le port d'un même nom est le « *signe extérieur* » de l'« *appartenance* » au même groupe¹ et le choix de ce nom reflète, par un symbole très fort, la désignation de celui qui est au centre du groupe, qui donne ou transmet son propre nom.

Penser, comme on l'a fait jusqu'alors, que les rapports familiaux peuvent être profondément remaniés dans leur seul contenu, sans remettre en cause ce symbole, relève sans doute d'une vue un peu trop abstraite et intellectuelle. La vie quotidienne reste marquée par ce signe de rattachement et, sinon de prédominance, du moins de prévalence. Le port usuel du nom du mari, la transmission impérative du nom du père, constituent un reste important de la notion de « *chef de famille* », du « *pater familias* » dans l'inconscient collectif. Si le mariage ne déclenche plus depuis longtemps l'incapacité générale de la femme mariée, il entraînait toujours une incapacité spéciale : celle de transmettre son nom à sa descendance, ce que la femme ne pouvait faire qu'hors mariage. Et même en ce cas, la priorité paternelle se marquait encore : quand la filiation est établie simultanément envers les deux parents, c'est le nom du père qui s'imposait.

Il était donc dans la logique des choses que cette primauté finisse par être touchée à son tour par le mouvement d'égalité et de rejet de toute hiérarchie. Ce qui est plutôt surprenant, c'est la tardiveté de cette remise en cause, comme si l'on attendait d'avoir transformé l'édifice de l'intérieur avant d'en retoucher la façade (peut-être de peur de heurter de front l'inconscient profondément conservateur qui fait l'instinct de tout corps social). La Cour européenne des droits de l'homme est restée très prudente².

Les premiers signes avant-coureurs d'une remise en question datent seulement des années 1980³, et encore avec timidité.

- C'est d'abord la pratique croissante des femmes mariées de conserver leur nom, pour l'exercice de leur profession ; encore faut-il observer que cette pratique se limite le plus souvent aux seuls actes professionnels, qu'elle se cantonne majoritairement aux professions « *à clientèle* » et qu'elle s'est longtemps tournée vers le port du double nom plus que vers la conservation pure et simple du nom « *sec* ».

- Il s'agit ensuite des motifs d'un arrêt important de la Cour de cassation du 16 novembre 1982⁴ ayant, dans le cas bien particulier des enfants alors naturels, indiqué que le juge pouvait les autoriser non seulement à substituer le nom du père à celui de la mère, mais également l'inverse ; mais l'observation ne figurait que dans les motifs car tel n'était pas l'objet du procès et la substitution dans ce sens n'a connu, semble-t-il, aucun développement en pratique.

■ 1. De sorte que la protection du nom peut être demandée par tout membre de la famille, même s'il ne le porte pas personnellement (Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2009, n° 08-10045).

■ 2. Si elle a condamné un système de transmission du nom fondé sur le sexe de l'enfant (22 février 1994, D. 1995.5, note MARGUENAUD), elle a en revanche laissé les États libres quant à la transmission du nom de la mère (27 septembre 2001, n° 36797/97).

■ 3. Sur cette remise en cause aux États-Unis, v. SUTTON, *Le nom aux États-Unis*, RTD civ. 1990.427.

■ 4. JCP 1983.II.19954, rapport. PONSARD, note GOBERT.

• Il s'agit enfin d'une loi du 23 décembre 1985 qui a autorisé quiconque à « ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien », c'est-à-dire en fait le nom de la mère pour tous les enfants légitimes et pour la plupart des enfants naturels ; mais il faut observer que cette loi – imposée par le Parlement malgré l'opposition du Gouvernement – est assez peu utilisée et surtout n'a d'effet que pour une génération, le nom « d'usage » n'étant pas transmissible à la suivante.

704 Loi du 4 mars 2002. C'est en 2001 que l'Assemblée nationale a voté une proposition de loi supprimant la dernière marque de prévalence patriarcale, s'inspirant de l'exemple d'autres pays européens : certains autorisent les parents à choisir celui de leurs deux noms qui sera transmis (Allemagne, Danemark, Pays-Bas, Finlande) ; d'autres organisent la double transmission, avec choix de l'ordre qui déterminera la transmission ultérieure à la seconde génération (Espagne, Portugal).

Son économie était empreinte de liberté et d'égalité : libre aux parents de choisir le nom transmis, voire les deux noms accolés ; en l'absence d'accord, le double nom était retenu, selon l'ordre alphabétique.

Mais les réticences du Sénat (jointes à la volonté d'aboutir d'un gouvernement en fin de course) ont vidé ce texte de son aspect égalitaire pour n'en conserver que la liberté, ce qui a débouché sur la loi du 4 mars 2002 (jumelle donc de celle qui a réformé l'autorité parentale), retouchée en 2003 et 2005 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁵.

Ce n'est qu'en 2013 que, par certaines dispositions accessoires de la loi du 17 mai sur le « mariage pour tous », le système égalitaire a pu aboutir⁶.

SECTION 1

L'ATTRIBUTION INITIALE DU NOM

TEXTES

Code civil, art. 311-21, 311-23, 311-24 et 311-24-1

Art. 311-21. – Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard

■ 5. V. commentaires MASSIP, *Defrénois* 2005.272. – CORPART, *La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille*, D. 2003.2845. – J. FOYER, *Mél. Decocq*, Litec, 2004, 241. – Sur la complexité du système, voir Dossier et tableaux *AJ Famille* 2009.192 et s.

■ 6. V. LE DOUJET-THOMAS, *Le nom et l'égalité des sexes*, *Mél. Dekeuwer-Défossez*, LGDJ 2012.257.

au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant.

Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs.

Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants.

Art. 311-23. – Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent.

Lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance. En cas d'empêchement grave, le parent peut être représenté par un fondé de procuration spéciale et authentique.

Toutefois, lorsqu'il a déjà été fait application de l'article 311-21, du deuxième alinéa du présent article ou de l'article 357 à l'égard d'un autre enfant commun, la déclaration de changement de nom ne peut avoir d'autre effet que de donner le nom précédemment dévolu ou choisi. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire.

Art. 311-24. – La faculté de choix ouverte en application des articles 311-21 et 311-23 ne peut être exercée qu'une seule fois.

Art. 311-24-1. – En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger. Toutefois, au moment de la demande de transcription, les parents peuvent opter pour l'application de la loi française pour la détermination du nom de leur enfant, dans les conditions prévues à la présente section.

705 Cas de filiation unilatérale. L'enfant qui est déclaré à sa naissance sans qu'aucun lien de filiation soit établi se voit attribuer par l'officier d'état civil « *trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille* » (art. 57). Si un lien de filiation vient à être ultérieurement établi, le nom qui en résulte se substituera à ce nom initialement attribué, sous réserve de l'accord de l'intéressé s'il est majeur (art. 61-3, al. 2).

Quant à celui dont la filiation n'est établie que dans une seule ligne (le plus souvent maternelle), il reçoit le nom de son seul parent (art. 311-23).

L'établissement ultérieur du lien de filiation dans l'autre ligne pourra éventuellement donner lieu à un changement de nom consécutif (cf. *infra*, n° 709).

La loi du 4 mars 2002 a supprimé le mécanisme de la **dation de nom** par lequel l'enfant sans filiation paternelle pouvait recevoir le nom du mari de sa mère, même hors adoption (ancien art. 334-5).

706 Cas de filiation bilatérale simultanée. C'est le cas le plus fréquent : cela concerne presque tous les enfants nés d'une femme mariée (sauf quand la présomption de paternité ne joue pas : *supra*, n° 532) ainsi que les enfants hors mariage reconnus simultanément par les deux parents⁷ et encore les enfants adoptés par deux époux en même temps.

C'est là que joue l'innovation de la loi de 2002 (art. 311-21) par un choix laissé aux deux parents qui peuvent, par déclaration conjointe à l'état civil, attribuer à l'enfant :

- soit le nom de l'un d'eux ;
- soit leurs deux noms accolés dans l'ordre qu'ils choisissent⁸.

En cas de désaccord, la loi du 17 mai 2013 a remplacé la compétence du juge pour décider selon l'intérêt supérieur de l'enfant⁹ par une règle légale : l'enfant prend les deux noms, accolés dans l'ordre alphabétique. Cette règle joue également en l'absence de toute déclaration des parents, où elle remplace la primauté subsidiaire auparavant laissée au nom paternel.

À la première génération, ce système ne comporte pas de restriction (même si le nom d'un des parents est un nom double, hérité d'un parent unique).

À partir de la deuxième génération au contraire, et pour éviter un allongement indéfini, chaque parent ne peut transmettre qu'un seul des deux noms qu'il a lui-même reçus. Mais il le choisit librement (ce n'est pas forcément celui qui est en tête de son nom composé).

La liberté de choix ainsi ouverte ne concerne que le **premier enfant commun** : le choix fait pour lui (ou l'absence de choix) vaudra pour ses frères et sœurs.

Cette contrainte, inspirée par le souci de faire apparaître la « *fratrie* » (à l'heure pourtant où la parenté collatérale produit de moins en moins d'effets), a constitué un sérieux frein à la **disposition transitoire** prévue à l'article 23 de la loi du 4 mars 2002. Dans les dix-huit mois de l'entrée en vigueur (soit jusqu'au 1^{er} juillet 2006), les enfants nés avant cette entrée en vigueur et âgés de moins de 13 ans pouvaient se voir attribuer un diminutif du nouveau régime, à savoir un double nom par adjonction du second nom. Mais ce bénéfice, qui se faisait par déclaration conjointe des

■ 7. La notion de reconnaissances « simultanées » donne lieu à des divergences lorsqu'elles sont du même jour à quelques heures ou minutes d'intervalle, favorisant des manipulations, quelques arrêts s'attachent à cet intervalle (Toulouse, 28 mars 1995, *D.* 1996, somm. 152, obs. GRANET. – Paris, 21 janvier 1999, *D.* 1999, somm. 197 ; *RTD civ.* 1999.357, obs. HAUSER) ; d'autres admettent alors plus justement la simultanéité (Reims, 30 janvier 1997, *Defrénois* 1998.301, note MASSIP. – Nîmes, 6 février 2002, *Dr. fam.* 2002.82, note MURAT). – Pour le cas de deux reconnaissances **prénatales**, v. Bordeaux, 17 mars 2010, *RJPF* 2010-10/14 (la première primerait).

■ 8. Une circulaire administrative du 6 décembre 2004 imposant le « *double tiret* » a été déclarée sans valeur normative : TGI Lille, 3 juillet 2008, *Defrénois* 2008.2064, note MASSIP ; *RTD civ.* 2009.90, obs. HAUSER puis annulée (CE, 4 décembre 2009, n° 315818 ; *Dr. fam.* février 2010, p. 2, chron. MURAT).

■ 9. Cass. avis, 13 septembre 2010, n° 10-00004 ; *RTD civ.* 2010.759 (sur le fondement de l'art. 331).

parents à l'état civil, était fermé aux enfants ayant des frères et sœurs (germains) de plus de 13 ans. Il semble que cette faculté n'ait quasiment pas été utilisée¹⁰.

En fait, il apparaissait en 2012 que le nom du père était choisi dans 82 % des cas et le double nom dans presque 10 %.

SECTION 2

LE CHANGEMENT DE NOM

TEXTES

Code civil, art. 60 à 61-4

Art. 60. – Toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. S'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, la demande est remise par son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut également être demandée.

Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis.

La décision de changement de prénom est inscrite sur le registre de l'état civil.

S'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République. Il en informe le demandeur. Si le procureur de la République s'oppose à ce changement, le demandeur, ou son représentant légal, peut alors saisir le juge aux affaires familiales.

Art. 61. – Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom.

La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré.

Le changement de nom est autorisé par décret.

Art. 61-1. – Tout intéressé peut faire opposition devant le Conseil d'État au décret portant changement de nom dans un délai de deux mois à compter de sa publication au Journal officiel.

Un décret portant changement de nom prend effet, s'il n'y a pas eu d'opposition, à l'expiration du délai pendant lequel l'opposition est recevable ou, dans le cas contraire, après le rejet de l'opposition.

Art. 61-2. – Le changement de nom s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans.

Art. 61-3. – Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation.

L'établissement ou la modification du lien de filiation n'emporte cependant le changement du nom de famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement.

■ 10. D'autant que le délai de 18 mois a été strictement appliqué : Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-13032.

Art. 61-3-1. – Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre État peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre État. Lorsque la personne est mineure, la déclaration est effectuée conjointement par les deux parents exerçant l'autorité parentale ou par le parent exerçant seul l'autorité parentale, avec son consentement personnel si elle a plus de treize ans.

Le changement de nom est autorisé par l'officier de l'état civil, qui le consigne dans le registre de naissance en cours.

En cas de difficultés, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République, qui peut s'opposer à la demande. En ce cas, l'intéressé en est avisé.

Saisi dans les mêmes conditions, le procureur de la République du lieu de naissance peut ordonner lui-même le changement de nom.

Le changement de nom acquis dans les conditions fixées aux quatre premiers alinéas s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans.

Art. 61-4. – Mention des décisions de changement de prénoms et de nom est portée en marge des actes de l'état civil de l'intéressé et, le cas échéant, de ceux de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité et de ses enfants.

De même, les décisions de changement de prénoms et de nom régulièrement acquises à l'étranger sont portées en marge des actes de l'état civil sur instructions du procureur de la République.

Les dispositions des articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de prénoms et de nom.

707 Faux changement : nom d'usage. Il ne faut pas prendre pour un changement de nom la simple autorisation d'usage qui résulte :

— de la coutume aujourd'hui légalisée au profit de chaque époux sur le nom de son conjoint (*supra*, n° 123) ;

— de la loi du 23 décembre 1985 (non abrogée mais peu usitée) permettant à toute personne d'ajouter au nom transmis par l'un de ses parents celui de son autre parent¹¹.

Dans ces hypothèses, même si l'intéressé ne porte en fait que le nom d'usage (comme c'est fréquent encore pour les femmes mariées, bien qu'une loi du 4 août 2014 ait imposé aux administrations d'utiliser leur seul nom « de jeune fille » ; *v. supra* n° 123), son seul nom véritable demeure celui qui lui a été initialement attribué : c'est en particulier celui-là seul qu'il pourra transmettre.

■ 11. Peu de jurisprudence, et disparat : on a permis à la mère investie de l'autorité parentale de décider seule d'adjoindre son propre nom à celui que son fils avait reçu de son père (Cass. 2° civ., 17 mai 1995, *Bull. civ.* II, n° 138 ; *Defrénois* 1996, 320, note MASSIP) ; mais l'exercice conjoint de l'autorité parentale impose le double consentement (Cass. 1° civ., 3 mars 2009, *Bull. civ.* I, n° 42) ; on a aussi refusé au père d'origine d'un enfant adopté simplement l'adjonction de son nom à celui de la mère adoptive donné lors de l'adoption (Cass. 1° civ., 9 janvier 1996, *D.* 1996.600, note MASSIP).

§ 1. CHANGEMENTS CONSÉCUTIFS À UNE MODIFICATION D'ÉTAT CIVIL

708

Rupture d'un lien de filiation. L'hypothèse directe est que le lien de filiation avec le parent qui avait transmis son nom vient à être rompu, par exemple par une contestation de paternité, ou une annulation de reconnaissance. Mais il existe aussi une hypothèse indirecte : celle de la rupture du lien affectant la génération supérieure (par exemple celui dont la reconnaissance est annulée a déjà des enfants auxquels il a transmis le nom hérité à tort).

En principe, la disparition du lien emporte par voie de conséquence disparition du nom qui avait été transféré. Toutefois, l'article 61-3 du Code civil prévoit, depuis une loi de 1993, que ce changement n'affecte automatiquement que les enfants mineurs, sous réserve toutefois de l'appréciation judiciaire de leur intérêt supérieur¹² : pour ceux qui sont déjà majeurs lors de ce changement, leur propre nom ne changera que s'ils y consentent¹³.

709

Établissement d'un lien de filiation. L'hypothèse est que, plus ou moins tardivement, un nouveau lien de filiation vient à être établi. Ce peut être en *remplacement* d'un lien antérieur annulé, ce qui revient au cas précédent. Mais ce peut être aussi par établissement d'un *nouveau lien* là où il n'y en avait pas ou par adjonction d'un second là où il n'y en avait qu'un (seconde reconnaissance, rétablissement de la présomption de paternité, constatation d'une possession d'état). Ce peut être encore par *modification* pour l'avenir de l'état antérieur (cas de l'adoption ou de la légitimation).

Ici encore, le changement peut être direct ou dû à un effet de cascade¹⁴.

Il est des cas où ce nouvel état *commande* le changement de nom. L'article 61-3 ne requiert alors en principe le consentement des enfants que lorsqu'ils sont majeurs (al. 2). Mais certains textes spéciaux vont plus loin et exigent ce consentement dès l'âge de 13 ans (art. 363 pour l'adoption simple).

Mais ce nouvel état peut seulement *permettre* un changement de nom qui reste facultatif : c'est le cas en présence de l'établissement postérieur du second lieu de filiation. L'article 311-23 permet aux deux parents de substituer le nom du second, par déclaration conjointe à l'état civil, ce que le juge peut toutefois refuser au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵. Le consentement de l'enfant est requis à partir de l'âge de 13 ans.

Une harmonisation par choix d'un seuil d'âge unique serait bienvenue.

■ 12. Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, n° 08-14169 ; *Dr. fam.* 2010.102, note MURAT ; *RTD civ.* 2010.521, obs. HAUSER.

■ 13. Voir par ex. Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, *Bull. civ.* I, n° 293. Le seuil de majorité s'apprécie au jour de la décision qui modifie l'état : Cass. 1^{re} civ., 5 septembre 2018, n° 17-21140.

■ 14. Pour le changement résultant pour un petit-fils de l'établissement tardif de la filiation par possession d'état de son grand-père : Toulouse, 20 juin 2002, *D.* 2002.131, note MIRABAIL et 2019, obs. GRANET ; *RTD civ.* 2002.269, obs. HAUSER.

■ 15. Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 15-17185, *Dr. fam.* 2016.139, note PANET (curieux cas où les deux parents étaient d'accord mais où le juge, saisi à l'occasion d'une action en recherche de paternité, a refusé d'office l'adjonction du nom du père).

§ 2. CHANGEMENT DE NOM SANS MODIFICATION DE L'ÉTAT

710

Procédure administrative. Le principe d'immutabilité du nom, établi par une célèbre loi du 6 fructidor an II, exige qu'aucun changement volontaire ne se fasse en dehors d'une procédure administrative, aujourd'hui organisée par les articles 61 et suivants du Code civil (et un décret du 20 janvier 1994).

Il faut un *intérêt légitime*, apprécié par le ministre de la Justice sous le contrôle des juridictions administratives¹⁶, intérêt qui peut être *négalif* (nom ridicule, à consonance étrangère ou confessionnelle, nom déshonoré) ou *positif* (reprendre le nom d'un parent proche menacé d'extinction). Les tiers intéressés peuvent faire opposition à la procédure.

La loi du 18 novembre 2016 a en outre permis d'obtenir directement de l'état civil la mise en concordance du nom avec celui porté à l'étranger.

S'il est autorisé, le changement s'étend de plein droit aux enfants de moins de 13 ans¹⁷ et aux autres seulement s'ils y consentent (art. 61-3).

§ 3. CHANGEMENT DE PRÉNOM

711

Procédure d'état civil. La loi « Justice 21 » a inséré au Code civil un article 60 qui permet à quiconque (ou aux parents d'un mineur, mais avec son consentement personnel s'il a plus de 13 ans) de demander à l'officier d'état civil de changer de prénom. Le changement peut être refusé s'il ne « *revêt pas un intérêt légitime* », sous l'arbitrage d'abord du ministère public et ensuite du juge aux affaires familiales.

L'intérêt légitime peut être lié à des circonstances diverses : ridicule ; connotation ethnique, religieuse ou culturelle¹⁸ ; usage prolongé d'un autre prénom ; changement de sexe, etc.

■ 16. Par un revirement du 31 janvier 2014, le Conseil d'État a décidé d'exercer un contrôle plein sur les décisions de refus et notamment d'admettre les motifs affectifs (C.E. 31 janvier 2014, n° 362444, RETTERER, AJDA 2014, p. 444 note BRETONNEAU et LESSI) – Par ex. en faveur de la reprise du nom maternel : CE, 8 juin 2016, n° 392393, AJDA 2016.1816, concl. DOMINO.

■ 17. Il faut donc l'accord des deux parents : CE, 27 juillet 2005, RTD civ. 2005.753.

■ 18. Ce qui peut jouer soit vers une francisation, soit à l'inverse vers un retour à une communauté ou une culture : voir toutefois les réticences de Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-10240, JCP 2010.1237, note GARÉ ; RTD civ. 2011.97, obs. HAUSER.

CHAPITRE 2

LA SOLIDARITÉ PAR L'ENTRAIDE : L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

712 Définition et divers aspects. L'obligation alimentaire est l'expression même de la solidarité familiale. C'est l'obligation que la loi impose de venir en aide, sur le plan matériel, à autrui dans un état de nécessité.

Cette obligation se développe sous une terminologie souvent variée : ainsi parle-t-on du devoir de secours ou de la contribution aux charges du mariage entre les époux, du devoir d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants, ou encore des subsides qui doivent être versés par le père possible d'un enfant sans filiation paternelle établie. Mais, en dehors des hypothèses précises qui viennent d'être rappelées et qui ont été étudiées à propos de chacune des institutions auxquelles elles se rapportent, le Code civil a établi une sorte de droit commun de l'obligation alimentaire. C'est ce droit commun qui constitue l'objet de ce chapitre.

Il convient de distinguer l'*obligation alimentaire* elle-même, qui existe le plus souvent à l'état latent, à titre de vocation, de la *pension alimentaire* qui constituera la forme matérielle de mise en œuvre de l'assistance lorsque le besoin s'en fera sentir.

SECTION 1 | LA VOCATION AUX ALIMENTS

713 Plan. Il s'agit de déterminer entre quelles personnes peut exister un lien alimentaire, qui ne prendra matériellement corps que si l'une de ces personnes vient à se trouver dans un état de nécessité et l'autre à disposer de ressources suffisantes pour lui venir en aide.

La vocation à une aide alimentaire suppose une solidarité qui n'est admise, dans notre droit, que dans un cercle familial assez restreint (§ 1). En outre, il est parfois possible que cette vocation soit supprimée à l'encontre de l'un des intéressés à titre de déchéance (§ 2).

§ 1. LE CERCLE DE SOLIDARITÉ FAMILIALE

TEXTES

Code civil, art. 203 à 206

Art. 203. – Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Art. 204. – L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement.

Art. 205. – Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin.

Art. 206. – Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.

714 Les parties au droit alimentaire. Le droit français retient une conception assez restrictive du cercle de solidarité familiale. Il ne reconnaît d'obligation alimentaire qu'*entre époux et pacsés*, d'une part, et *entre parents et alliés en ligne directe*, d'autre part.

En ce qui concerne les **époux et pacsés**, les formes que prend cette obligation alimentaire (tant pendant l'union qu'après le veuvage) ont déjà été étudiées.

Entre **parents en ligne directe**, c'est-à-dire entre ascendants et descendants, il existe toujours une obligation alimentaire (C. civ., art. 205). Peu importe le degré de parenté et la nature du lien de parenté : la filiation par le sang ou la filiation adoptive (sous réserve que l'adoption simple ne crée de lien qu'entre l'adoptant et l'adopté) font naître une obligation alimentaire identique.

Entre **alliés en ligne directe**, l'obligation alimentaire est plus restreinte : elle ne concerne que les rapports des gendres ou belles-filles avec leur beau-père et belle-mère (art. 206). Il n'y a donc pas d'obligation alimentaire entre un conjoint et les autres ascendants de son époux¹, ni entre un conjoint et les enfants ou descendants de son époux (car un beau-fils n'est pas un gendre) même s'il y a eu vie commune dans le cadre d'une famille « *recomposée* »².

L'obligation alimentaire ainsi créée par le lien d'alliance subsiste autant que le mariage. Après dissolution de celui-ci, cette obligation alimentaire s'éteint en principe, sauf dans le cas où le mariage a été dissous par décès et où survivent des enfants issus de ce mariage, qui continuent à créer l'alliance entre le conjoint survivant et les grands-parents de ses enfants³.

Là se limite le cercle de solidarité familiale. Le **PACS** ne créant pas de lien d'alliance, il n'y a pas d'obligation alimentaire entre chaque partenaire et les enfants de l'autre. En outre, contrairement à beaucoup d'autres droits, notre

■ 1. Angers, 5 février 1974, *D.* 1974.585, note MARTIN. – *Contra* : Paris, 31 octobre 1980, *Defrénois* 1981.370, note MASSIP (pour les conjoints des petits-enfants).

■ 2. Cf. Douai, 3 février 1994, *RTD civ.* 1994.835, obs. HAUSER. – Paris, 19 mai 1992, *D.* 1993 somm. p. 47, obs. GRANET.

■ 3. Lyon, 25 janvier 1967, *D.* 1967.443. – Pour l'extinction en cas de divorce : Orléans, 7 octobre 1964, *Gaz. Pal.* 1964.409, mais non durant l'instance en divorce : Bordeaux, 4 mai 1972, *Gaz. Pal.* 1972.567.

législation ne consacre aucune obligation alimentaire *entre collatéraux*, même entre frères et sœurs. Cependant, la jurisprudence admet assez facilement qu'il puisse exister une obligation naturelle de venir en aide à ses frères et sœurs, et applique donc le régime des obligations naturelles⁴, mais sans déductibilité fiscale⁵.

715 Les deux degrés du droit alimentaire. En résumé, on peut souligner que notre droit, sans le lire expressément, fait application d'une sorte de distinction qui est officiellement reconnue par un grand nombre de droits étrangers. Cette distinction établit *deux cercles familiaux* dans lesquels l'intensité de la solidarité est différente. Il y a un premier cercle, généralement limité au conjoint et aux enfants mineurs, au sein duquel existe une *obligation alimentaire renforcée*, qui n'a pas pour simple objet de permettre la survie du bénéficiaire, mais doit conduire à une sorte de mise en commun des ressources. C'est ce que consacre notre droit par le moyen de l'obligation de contribuer aux charges du mariage et du devoir de secours entre époux, et de l'obligation d'entretien des parents à l'égard des enfants mineurs ou jeunes majeurs. Un second cercle de solidarité existe à l'égard d'autres parents, mais qui est moins exigeant, dans la mesure où il ne conduit à fournir que des aides strictement nécessaires. C'est ce second cercle que notre droit applique entre ascendants et descendants et entre beaux-parents et gendres et brus.

La jurisprudence récente paraît consacrer cette dualité à un double titre :

— d'abord par une **priorité** : on ne peut s'adresser par exemple aux grands-parents qu'à titre subsidiaire, après s'être d'abord adressé aux parents⁶, aux parents par le sang qu'après avoir sollicité les adoptants simples⁷, aux descendants qu'après le conjoint⁸ ;

— ensuite, par une **différence d'intensité** : les devoirs du premier cercle ne peuvent pas faire l'objet d'une déchéance comme ceux du second (*infra*, n° 717).

716 Réciprocité du droit alimentaire. La solidarité étant, par nature, un lien de réciprocité, l'obligation alimentaire existant entre ces personnes est *réciproque* (art. 207). Cela signifie que la vocation à venir en aide est mutuelle : chacun des deux intéressés peut, selon les revers de fortune successifs, être amené à verser une aide à l'autre, ou à en recevoir une de lui.

Cependant, à titre exceptionnel, il arrive que le comportement de l'un des membres du groupe familial le prive du bénéfice à se voir ainsi secourir.

■ 4. Req., 7 mars 1911, *D.* 1913.1.404.

■ 5. CE, 23 mars 1966, *Rec. CE*, 950. – 31 janvier 1969, *Rec. CE*, 801.

■ 6. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1990, *JCP* 1991.II.21664, note GARÉ. – Versailles, 29 septembre 1989, *D.* 1992.67, note GARÉ. – Même pour un complément : Versailles, 3 octobre 1996, *D.* 1998 somm. 30, obs. GRANET.

■ 7. C. civ., art. 367, al. 2.

■ 8. Cass. 1^{re} civ., 4 novembre 2010, n° 09-16839, *Bull. civ. I*, n° 226. – Douai, 28 juillet 1953, *D.* 1954.477, note R. SAVATIER.

§ 2. DÉCHÉANCE EXCEPTIONNELLE DE LA VOCATION AUX ALIMENTS

TEXTE

Code civil, art. 207

Art. 207. – Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. Néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire.

717 Faute du créancier envers le débiteur. Pendant très longtemps, la règle de la réciprocité de la vocation aux aliments n'a subi aucune exception. La solidarité résultait du lien de famille en lui-même et il n'y avait pas à tenir compte du comportement antérieur de l'intéressé se trouvant dans un état de besoin : la constatation objective de cet état de besoin suffisait à fonder l'obligation pour ses proches de lui venir en aide, sans qu'il puisse être déchu de cette vocation par des fautes qu'il aurait antérieurement commises.

Mais cette conception chrétienne s'est trouvée peu à peu abandonnée. Elle trouve aujourd'hui une exception importante en cas de *faute* de l'un des intéressés. On admet que celui des parents qui a lui-même gravement manqué à ses devoirs envers l'un de ses proches se prive ainsi de la possibilité de lui réclamer ensuite des secours alimentaires. Cette solution, d'abord instaurée de manière ponctuelle dans certains cas précis, a été généralisée par la loi du 3 janvier 1972 instaurant, dans l'article 207, alinéa 2, du Code civil, le principe selon lequel le juge, en cas de manquement de l'un des intéressés à ses devoirs envers l'autre, peut *supprimer ou diminuer* l'obligation alimentaire. Il y a donc lieu à une appréciation du juge qui devra tenir compte tout à la fois de la gravité du manquement invoqué et du degré de l'état de nécessité où se trouve le demandeur. On considère, en quelque sorte, que cette ingratitude ou ce manquement a porté une atteinte au lien de solidarité et que cela peut permettre jusqu'à la rupture de ce lien de solidarité. La plus fréquente application de cette règle visera le parent qui, après avoir divorcé ou abandonné son conjoint avec ses enfants mineurs et ne pas avoir satisfait à ses obligations envers eux pendant leur jeune âge, viendra, une fois âgé et sans ressources, leur demander une aide alimentaire⁹. On remarque d'ailleurs que c'est la même idée qui explique qu'en ce qui concerne le père possible qui a été condamné à verser des subsides à un enfant, il n'existe aucune obligation alimentaire en sens inverse à la charge de l'enfant une fois devenu majeur.

Si la faute pouvant provoquer la déchéance peut être de toute nature¹⁰, il faut en revanche qu'elle soit grave¹¹.

■ 9. V. pour une femme ayant abandonné ses jeunes enfants pour aller vivre avec le mari de sa fille aînée : TI Villeurbanne, 19 juillet 1977, *Gaz. Pal.* 1^{er} juin 1978.

■ 10. Il n'est pas nécessaire qu'elle concerne elle-même le devoir alimentaire : un défaut d'affection et d'éducation joue le même rôle (Amiens, 1^{er} juillet 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 111), tout comme des propos injurieux : Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 2012, n° 11-20140.

■ 11. Cf. par ex. Versailles, 14 mai 1998, *RTD civ.* 1999.612, obs. HAUSER. – Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n° 25 (violences).

Il convient de souligner que la faute qui prive ainsi la personne nécessiteuse n'est que celle qu'elle a pu commettre *envers* le prétendu créancier lui-même : toute autre faute est sans incidence, même si elle est à l'origine du besoin (par exemple les excès qui ont causé la maladie, etc.).

Cette exception ne peut jouer que pour l'obligation alimentaire simple. Elle ne s'applique pas à l'obligation d'**entretien** due aux enfants¹², mais s'applique **entre époux** séparés de corps (art. 303, al. 2)¹³, mais peut-être pas durant l'instance en divorce¹⁴ ni après décès¹⁵.

SECTION 2

MISE EN ŒUVRE : LA PENSION ALIMENTAIRE

718

Conditions de mise en œuvre. L'obligation alimentaire n'existe, le plus souvent, qu'à l'état latent, à titre de vocation. Elle ne prendra corps que si l'un des parents ayant cette vocation se trouve réellement dans un état de nécessité matérielle, et si un autre de ses parents, lié à lui par un lien tel que ceux que nous avons décrits, dispose de ressources suffisantes pour lui venir en aide. Alors l'obligation alimentaire se matérialisera par une aide effective, qui peut d'ailleurs se poursuivre lors du décès par la prise en charge des **frais d'obsèques**¹⁶.

La jurisprudence admet toutefois que l'aide apportée à un enfant majeur sans état de nécessité peut correspondre à une obligation naturelle : elle n'est pas obligatoire mais si elle a été volontairement fournie, il n'y a pas lieu à restitution¹⁷.

■ 12. Cass. 2^e civ., 17 juillet 1985, *Gaz. Pal.* 1987.175, note MASSIP ; *Bull. civ.* II, n^o 139. – Mais peut jouer contre un enfant devenu adulte : Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n^o 25 ; *RTD civ.* 2007.328, obs. HAUSER.

■ 13. Cass. 2^e civ., 11 février 1981, *Gaz. Pal.* 1982.105, note MASSIP.

■ 14. Sur cette question, cf. HAUSER : *RTD civ.* 1992.367.

■ 15. Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995, *JCP* 1995.II.22407 et la note ; *D.* 1995, somm. p. 329, obs. GRIMALDI ; *RTD civ.* 1995.348 et 1996.458.

■ 16. L'entreprise qui a exposé ces frais peut donc agir contre les débiteurs d'aliments du défunt, peu important qu'ils aient renoncé à la succession : Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1992, *Bull. civ.* I, n^o 140 ; *D.* 1993.247, note ESCHYLE ; *JCP* 1993.II.22097, note TESTU. – 21 septembre 2005, *Bull. civ.* I, n^o 341. – *Adde supra*, n^o 627.

■ 17. Cf. pour l'hébergement d'un fils : Cass. 1^{re} civ., 5 avril 1993, *Bull. civ.* I, n^o 141. – Cf. aussi Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1994, *Bull. civ.* I, n^o 253.

§ 1. FIXATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE

TEXTES

Code civil, art. 208 à 211

Art. 208. – Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

Le juge peut, même d'office, et selon les circonstances de l'espèce, assortir la pension alimentaire d'une clause de variation permise par les lois en vigueur.

Art. 209. – Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

Art. 210. – Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments.

Art. 211. – Le juge aux affaires familiales prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire.

719 **Éléments de détermination.** La pension alimentaire est fixée en considération de deux éléments eux-mêmes variables, qui constituent des paramètres : d'une part, il s'agit de l'état de besoin du créancier ; d'autre part, il s'agit du montant des ressources dont dispose le débiteur.

720 **Situation du demandeur.** Il n'y a pension alimentaire effective que si le créancier est dans un *état de besoin*. C'est là qu'intervient la différence de degré de l'obligation (v. *supra*, n° 715) : en cas d'obligation « renforcée » (devoir de secours entre époux et devoir d'entretien envers les enfants), une simple différence de niveaux de vie suffira à mettre en jeu l'obligation ; dans les autres cas, les aliments ne pourront être demandés que s'ils sont nécessaires et le parent, dans une situation modeste mais non nécessaire, ne pourra rien demander, par exemple à ses enfants majeurs, quelle que soit l'opulence de leur situation.

Les besoins dont le créancier peut demander la satisfaction sont tous ceux qui sont nécessaires à sa vie et à celle des personnes qui sont légalement à sa charge (la nourriture, le logement, le chauffage, les vêtements, les médicaments et les soins, et même les frais funéraires).

L'absence de ressources du demandeur ou leur insuffisance à satisfaire ses besoins doit être appréciée en principe en considération de ses revenus plutôt que son capital : si le créancier d'aliments possède un capital, même important, qui ne lui procure pas un revenu suffisant, il ne saurait être tenu d'aliéner ces biens improductifs pour se procurer des ressources¹⁸.

■ 18. Req., 23 février 1898, *D.* 1898.I.303. Il est cependant tenu de gérer utilement ce capital. Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1965, *D.* 1966.465, note R. SAVATIER. – 27 octobre 1992, *D.* 1993.422, note PHILIPPE.

En principe, une personne qui n'exerce pas d'activité professionnelle mais qui est apte à le faire ne peut invoquer cette absence de ressources pour demander une pension alimentaire. Toutefois, l'aptitude au travail du demandeur est appréciée en tenant compte de sa situation personnelle et, dans une certaine mesure, de sa situation sociale : le juge prend en considération l'âge du créancier éventuel d'aliments, sa qualification professionnelle et les conditions dans lesquelles il peut effectivement trouver un emploi correspondant à cette qualification. Il tient compte également du temps que le demandeur consacre à élever ses enfants, ou à acquérir une formation professionnelle.

Tous les revenus du demandeur doivent être pris en considération et notamment les pensions d'invalidité ou de retraite, les allocations chômage mais non les prestations familiales (comp. *supra*, n° 380 pour la prestation compensatoire). L'existence de ces différentes prestations sociales vient limiter le recours à l'assistance familiale, mais certains textes¹⁹ subrogent les organismes sociaux dans les droits de l'assisté contre ses proches (CSP, art. L. 6145-11 et C. action sociale et des familles, art. L. 132-6 et s.).

721 Situation du débiteur. Le défendeur n'est tenu de la dette alimentaire que s'il est en mesure de l'assumer. Cette appréciation est faite selon un système d'*évaluation réelle* des ressources du défendeur et de ses besoins.

Les ressources du défendeur sont appréciées en tenant compte de l'ensemble de ses revenus, y compris les biens insaisissables, dans la mesure où ceux-ci, malgré ce caractère, peuvent être saisis par le créancier alimentaire. Dans quelle mesure l'obligation du débiteur pèse-t-elle sur sa liberté d'action ? C'est une question qui donne lieu à une jurisprudence nuancée. On admet qu'on peut ajouter aux revenus du débiteur ceux qu'il tirerait d'une gestion utile de son capital²⁰ – mais on ne saurait lui imposer de changer de métier pour une situation plus lucrative²¹. Toutefois **l'appauvrissement volontaire** est de plus en plus souvent assimilé à une fraude et il a souvent été jugé qu'il ne permet pas de diminuer l'obligation alimentaire²², de même qu'un endettement volontaire²³. La Cour de cassation encadre toutefois ce mouvement : seule la fraude caractérisée autorise à ne pas en tenir compte²⁴. Les revenus retenus pour l'imposition fiscale ne s'imposent pas au juge civil²⁵. Mais c'est à celui qui entend les écarter d'établir leur montant réel²⁶.

Ces ressources doivent d'abord permettre au défendeur de faire face à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille qui sont déjà à sa charge.

■ 19. Ces textes sont de droit étroit et ne peuvent être étendus à des établissements privés, même agréés : Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 153.

■ 20. Cass. 2^e civ., 21 janvier 1976, *Bull. civ. II*, n° 17 – Cass. 1^{re} civ., 27 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 266.

■ 21. Paris, 13 novembre 1961, *JCP* 1962.II.12964.

■ 22. V. note : *D.* 1981, Inf. rap. 272, sous Cass. 2^e civ., 22 juillet 1980. – V. Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1984, *Defrénois* 1985.696, note MASSIP pour des donations. – Versailles, 16 mars 1988, *D.* 1988.467, note PHILIPPE pour une démission.

■ 23. V. Paris, 11 janvier 1994, *D.* 1994, inf. rap. 69 refusant de réduire une pension en raison de l'emprunt immobilier contracté par le débiteur, en énonçant que l'entretien d'un parent est prioritaire par rapport à un investissement immobilier.

■ 24. Cass. 2^e civ., 28 février 1996, *Bull. civ. II*, n° 42.

■ 25. Cass. 2^e civ., 13 mai 1971, *Bull. civ. II*, n° 175 – Cass. 2^e civ., 21 mars 1973, *Bull. civ. II*, n° 105.

■ 26. Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 14.

Les besoins du débiteur s'apprécient comme ceux du créancier en tenant compte de l'âge, de la santé, de la situation de famille et de ses proches, en particulier de son conjoint ou compagnon, dans la seule mesure toutefois où il en résulte une diminution de ses charges²⁷. Ils incluent toutes dépenses utiles, tels que remboursements d'emprunts²⁸.

Ce n'est que s'il lui reste un excédent de ressources après la satisfaction de ses propres besoins que le défendeur est tenu de l'obligation alimentaire envers son parent ou son allié dans le besoin.

722 Fixation amiable. Les pensions alimentaires peuvent faire l'objet d'engagements unilatéraux ou de conventions amiables réglant entre les intéressés leur montant et leurs modalités de paiement. Ces conventions n'ont aucunement besoin d'être homologuées et n'obéissent à aucune condition de forme particulière. Cependant, le caractère d'ordre public du droit aux aliments emporte que ces actes ne sont jamais définitifs : il est toujours possible ensuite aux parties de solliciter une **révision judiciaire** en cas de modification de circonstances (art. 209) ou simplement en raison d'une fixation inéquitable de la pension²⁹ et toute renonciation à demander la révision, même pendant un temps limité, est nulle³⁰.

723 Fixation judiciaire. À défaut d'accord, le montant de l'aide sera arbitré par le juge aux affaires familiales, soit à la demande de l'intéressé lui-même, soit à celle d'un tiers (particulier ou organisme social) qui lui est venu en aide et qui exerce un recours contre le débiteur d'aliments : les articles L. 132-6 et suivants du Code de l'action sociale et des familles permettent même au Préfet de faire fixer cette dette avant de subvenir aux besoins du créancier.

La procédure est simplifiée pour être à la fois plus rapide et moins coûteuse. C'est le **juge aux affaires familiales** qui est compétent pour connaître en principe de toutes les demandes en fixation, paiement ou révision de pensions alimentaires.

Territorialement, la compétence appartient au choix du créancier demandeur (CPC, art. 46, al. 4), à la juridiction du domicile du défendeur ou à celle du domicile du créancier d'aliments : il y a là une règle dérogatoire au droit commun, qui a pour objet d'éviter que l'éloignement ne crée un obstacle de fait à son action.

Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et les parties peuvent se présenter elles-mêmes, du moins en première instance.

Le juge est, ici comme en toute matière, lié par les limites assignées au litige par les prétentions des parties : il arbitre entre ces limites. Il a toutefois le pouvoir d'indexer la pension même si cette indexation ne lui a pas été demandée (C. civ., art. 208).

■ 27. Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 142 – 25 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 155 ; *JCP* 2007. II.10167, note ESCHYLLE ; *LPA* 29 janvier 2008.12, note MASSIP. – Cf. aussi Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, *Bull. civ. I*, n° 174.

■ 28. Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 359.

■ 29. H. SINAY, *Les conventions sur les pensions alimentaires : RTD civ.* 1954.228. – Rouen, 8 juin 1971, *D.* 1971.736, note HUET-WEILLER.

■ 30. Paris, 20 décembre 1977, *Gaz. Pal.* 1978, somm. 10, note BRICOUT. – Cass. 1^{re} civ., 3 octobre 1987, *Gaz. Pal.* 3 juillet 1987.9, note MASSIP.

Les décisions en cette matière sont souvent exécutoires immédiatement, même en présence d'un appel (ex. CPC, art. 1074-1).

724 Modalités de l'aide : aide en nature ou en argent. L'aide effective peut tout d'abord prendre la forme d'une *aide en nature*, le débiteur prenant en charge les besoins du créancier. C'est sous cette forme que les époux se viennent en aide mutuellement lorsqu'ils cohabitent ou encore que les parents accomplissent leurs obligations d'entretien le plus souvent à l'égard de leurs enfants.

S'il est plus économique pour le débiteur, il porte atteinte à l'indépendance des intéressés et peut être une source de heurts fréquents. Le débiteur d'aliments peut toujours proposer ce mode de règlement³¹, mais ; à défaut d'accord amiable, le juge ne peut l'imposer au créancier que dans les cas prévus aux articles 210 et 211 du Code civil, c'est-à-dire lorsque le débiteur d'aliments prouve qu'il ne peut payer la pension alimentaire ou lorsque le débiteur qui offre cette prestation en nature est le père ou la mère du créancier d'aliments. Encore peut-on se demander dans ce dernier cas si le texte s'applique au-delà de la majorité de l'enfant. Il est certain qu'il est écarté lorsque la résidence de l'enfant a été fixée chez l'autre parent³².

Même dans le cadre de ces deux textes, le juge garde d'ailleurs toujours le pouvoir d'apprécier s'il convient d'imposer ce mode de règlement au créancier ou si, en raison des circonstances, il est préférable d'ordonner l'exécution en argent de la dette alimentaire. Le créancier d'aliments ne peut, quant à lui, jamais exiger de son débiteur une exécution en nature, sauf s'il s'agit d'un époux face à son conjoint (quoique à l'heure actuelle, on puisse hésiter sur ce point) ou d'un enfant mineur face au parent investi de sa garde.

Aussi l'obligation alimentaire s'exécute le plus souvent sous la forme d'une rente en argent exigible à termes périodiques appelée **pension alimentaire**. Cette périodicité, si elle présente l'inconvénient de multiplier les occasions de conflits, est en pratique imposée par le but même de la pension. Depuis 1975, il est prévu, dans le cas de la pension due par un parent pour l'entretien de l'enfant, un substitut : lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, par l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productives de revenus (art. 373-2-3).

Cette possibilité est très rarement usitée et ne peut être étendue à d'autres cas, à défaut de texte.

725 Variation. Les paramètres qui ont été pris en considération au moment de la détermination du montant de la pension alimentaire peuvent venir à varier. C'est pourquoi on admet que la pension alimentaire n'est jamais irrévocablement fixée, mais est toujours susceptible d'être révisée. Cette variabilité est d'ordre public et

■ 31. Pour l'engagement de mise à disposition d'une villa : Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 216. – V. aussi TGI Lille, 10 avril 2007, *JCP* 2007.II.10121, note LABBÉE.

■ 32. Cass. 1^{re} civ., 26 novembre 1980, *Bull. civ. I*, n° 245.

toute convention tenant à « figer » cette pension est nulle (*supra*, n° 722), même si elle est insérée dans les clauses d'un divorce sur requête conjointe³³.

Tout d'abord, l'évolution économique, et notamment le phénomène de la dépréciation monétaire, peut conduire à la nécessité de revaloriser le montant fixé. À l'heure actuelle, l'enseignement des années passées conduit le plus souvent à **indexer**, dès l'origine, la somme fixée sur un indice qui permette de conserver à cette somme une certaine constance en valeur de pouvoir d'achat (art. 208)³⁴.

D'autre part, les besoins et ressources respectifs des parties peuvent varier. L'état de besoin de celui qui reçoit les aliments peut s'estomper, voire disparaître (par exemple, si, après une période où il était dans l'impossibilité d'exercer une profession, il peut retrouver des gains professionnels). Inversement, les ressources du débiteur de la pension alimentaire peuvent diminuer, ou ses charges augmenter (par exemple, il se remarie ou a plus d'enfants). Dans tous ces cas, il est possible à n'importe laquelle des deux parties de solliciter une modification sur la base des circonstances nouvelles du chiffre préalablement fixé : le **fait nouveau** écarte l'autorité de la chose jugée³⁵.

Ces modifications s'effectuent soit à l'amiable, soit judiciairement, de la même manière que la fixation initiale, et toute **renonciation** au droit de demander pareille révision serait nulle³⁶.

Le nouveau taux, voire la suppression totale, peut prendre rétroactivement effet au jour de la modification qui le justifie³⁷, mais ce n'est pas une obligation pour le juge³⁸.

§ 2. RÉGIME JURIDIQUE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

726

Originalité. L'obligation alimentaire, obligation extracontractuelle, est le type même d'obligation légale *stricto sensu*, car elle naît directement de la loi en dehors de toute faute et de tout fait du débiteur (C. civ., art. 1370, al. 1^{er} et 2). Mais l'obligation alimentaire, en raison de son caractère à la fois pécuniaire et familial, et de son but qui est l'entretien et la survie de son bénéficiaire, est soumise à un régime dérogoratoire au droit commun des obligations.

727

Ordre public. L'obligation alimentaire est d'ordre public, car elle ne concerne pas seulement les intérêts privés du créancier, mais également l'intérêt général. Le législateur a pris diverses mesures pour assurer sa bonne exécution, car celle-ci permet d'éviter que la collectivité n'ait à prendre en charge la personne dans le besoin. La survie des individus intéresse l'ordre public et la pension alimentaire

■ 33. Cass. 2^e civ., 21 avril 1982, *D.* 1983, Inf. rap. 450.

■ 34. Sur l'application jurisprudentielle de ce texte, v. *D.* 1977, Inf. rap. 171.

■ 35. Cf. Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 216 – Cass. 2^e civ., 6 mai 2004, *Bull. civ. II*, n° 208.

■ 36. Req., 26 mai 1941, *D.* 1942.133 – Civ., 26 juin 1948, *D.* 1949.129, note PONSARD.

■ 37. V. note *JCP* 1986.II.20644 sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 189 – Cass. 2^e civ., 2 décembre 1987, *Bull. civ. II*, n° 257 – 17 mars 1993, *Bull. civ. II*, n° 112 – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 93. – Cette réduction rétroactive ne supprime toutefois pas le délit d'**abandon de famille** en cas de non paiement antérieur : Crim., 29 janvier 2014, n° 13-81918.

■ 38. Cass. 2^e civ., 23 juin 1993, *Bull. civ. II*, n° 221.

qui la permet participe donc de cette nature. Il en résulte qu'il n'est pas possible de *renoncer* à l'avance à une pension alimentaire. Il est seulement possible de renoncer aux arrérages échus de la pension³⁹, mais en aucun cas au principe même de cette pension, ni aux versements futurs.

728 Inaccessibilité et insaisissabilité. De même, la pension alimentaire est *inaccessible* : il n'est pas possible à celui qui en a besoin pour survivre de céder la créance d'aliments qu'il détient. C'est la même idée qui explique que la pension alimentaire soit *insaisissable* (art. 14 Loi du 9 juillet 1991). Même si le créancier d'aliments a des dettes (ce qui sera souvent le cas), ses propres créanciers ne peuvent pas prétendre saisir le versement qui vient de lui être fait au titre de la pension alimentaire pour se payer de ce dû. La destination de ce versement le met à l'abri de toutes les poursuites. Elle s'oppose aussi à ce qu'il puisse être fait sous forme de **compensation** (art. 1293-3^o) car cela ne fournirait pas au créancier les fonds dont il a matériellement besoin⁴⁰.

Par extension de la même idée, il a été décidé que les créances alimentaires ne sont pas soumises à l'obligation de **déclaration des créances** dans les procédures collectives⁴¹, ni à la possibilité de remises dans les procédures de **surendettement** (C. consommation, art. L. 333-1).

729 Caractère personnel. L'obligation alimentaire, en raison de son caractère personnel, n'est pas transmissible *activement*. Alors qu'en principe les héritiers succèdent aux droits du défunt, l'obligation alimentaire s'éteint à la mort du créancier d'aliments. Les héritiers ne peuvent pas, en cette qualité, demander au débiteur de continuer à leur verser une pension alimentaire.

En outre, ce droit alimentaire étant exclusivement attaché à la personne du créancier d'aliments, les créanciers de ce dernier ne peuvent pas agir à sa place et en son nom par la voie de l'action oblique (C. civ., art. 1166) pour faire fixer ou augmenter le montant de la pension alimentaire.

Il est plus difficile de préciser dans quelle mesure le caractère personnel de l'obligation alimentaire influe sur sa *transmissibilité passive*⁴². En principe, à la mort du débiteur alimentaire, ses héritiers et successeurs universels ne sont pas tenus de la dette d'aliments⁴³ sauf, le cas échéant, pour le paiement des arrérages échus. Les héritiers ne pourraient être tenus qu'à titre personnel en raison de leur propre parenté avec le créancier d'aliments et compte tenu de leurs ressources.

■ 39. Et même cela n'est plus certain ; Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 2012, n° 11-19779.

■ 40. Pour l'application à la prestation compensatoire, v. Cass. 2^e civ., 9 juillet et 2 octobre 1997, *Bull. civ. II*, n° 220 et 239. En revanche, la compensation peut être opposée à un créancier qui est débiteur d'aliments, car la même raison ne joue pas : Paris, 22 mai 1987, *D.* 1987, Inf. rap. 150.

■ 41. Com., 8 octobre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 152 ; *D.* 2004.1965, note DANIS-FATOME ; *JCP* 2004.II.10012, note BECQUE-ICKOWICZ ; *Defrénois* 2004.151, note MASSIP. – Com., 1^{er} février 2005, *Bull. civ. IV*, n° 18 ; *D.* 2005.2196, note REVEL. – 4 avril 2006, *RTD civ.* 2006.546.

■ 42. V. J.-J. DUPEYROUX, *La transmissibilité passive des obligations alimentaires*, *D.* 1959, chron. 71.

■ 43. Civ., 10 mai 1955, *JCP* 1955.II.8812, note ESMEIN.

Cependant, l'intransmissibilité passive de l'obligation alimentaire est exceptionnellement écartée par la loi dans certains cas, de plus en plus nombreux :

— la **succession** de l'époux prédécédé doit des aliments à l'époux survivant qui est dans le besoin (C. civ., art. 767). Toutefois, ce dernier ne peut obtenir une pension alimentaire que dans la mesure des biens qui composent la succession et après acquittement du passif héréditaire⁴⁴. Cette pension est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument ;

— lorsque décède la personne qui a été condamnée à verser des **subsides** à un enfant sur la base des articles 342 et suivants du Code civil, la charge des subsides se transmet à la succession du débiteur suivant les règles de l'article 767 (art. 342-5).

Du caractère personnel, il résulte encore que le droit de demander la diminution ou la suppression d'une pension alimentaire est exclusivement attaché à la personne du débiteur et ne peut pas être exercé par ses créanciers en vertu de l'article 1166 du Code civil⁴⁵.

§ 3. PAIEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE

730

Dettes portables. Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence du créancier (C. civ., art. 1247, al. 2). Cette règle s'applique tant à la pension elle-même qu'à son indexation, qu'il appartient donc au débiteur de calculer et de verser spontanément⁴⁶.

731

Adage « aliments n'arrangent pas »⁴⁷. Cet adage signifie que l'on ne peut pas réclamer les **arriérés** d'une pension alimentaire. Celle-ci ayant vocation pourvoir à des besoins qui se déroulent quasiment de façon quotidienne, est rebelle à l'idée de capitalisation et l'on conçoit mal que l'on puisse réclamer en une seule fois plusieurs années de pension alimentaire. Cependant, il convient de préciser la portée exacte de cet adage. Le sens de cette règle, qu'il ne faut pas exagérer, est que si les versements successifs n'ont pas été réclamés, c'est qu'il est probable que le besoin alimentaire n'existait pas⁴⁸. On considère donc qu'il n'est pas possible de réclamer en une seule fois des versements qui, au fur et à mesure de leur échéance, ne l'ont pas été.

L'inaction du créancier d'aliments fait présumer que le besoin qui servait de base à sa créance a disparu pour la période où il a vécu sans réclamer les annuités échues. C'est pourquoi la jurisprudence considère que la règle « *dettes alimentaires ne s'arrangent pas* » repose « sur une présomption de renonciation, qui ne peut

■ 44. R. SAVATIER, *Concours des héritiers ou du de cujus avec les créanciers alimentaires de la succession*, D. 1971, chron. 51 – Civ., 29 mars 1950, D. 1950.593, note CARBONNIER.

■ 45. Civ., 29 juin 1948, deux arrêts, D. 1949.129, note PONSARD.

■ 46. Paris, 23 mai 1980, D. 1980.532, note MASSIP.

■ 47. V. J. GHESTIN, *La règle : Aliments ne s'arrangent pas* in *Mél. Brethe de La Gressaye*, LGDJ, 1967, p. 295. – PEYREFITTE, *Considérations sur la règle : Aliments ne s'arrangent pas*, RTD civ. 1968.286.

■ 48. Voir explicite, Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-15538.

être combattue qu'en établissant que le créancier n'est pas resté inactif ou a été dans l'impossibilité d'agir »⁴⁹.

D'une façon générale, on peut considérer cette règle en **déclin**, car elle profite au débiteur négligent alors qu'il devait prendre l'initiative du règlement de la dette portable.

Aussi la jurisprudence en restreint-elle le jeu, non seulement en permettant de renverser la présomption comme on vient de le voir, mais encore en décidant que, pour certains types de dettes alimentaires, la règle est tout simplement « *sans application* » : ainsi pour la contribution aux charges du mariage⁵⁰, pour les condamnations fixées par un juge⁵¹, ou pour l'obligation d'entretien des enfants⁵², de sorte qu'en définitive, la règle s'applique surtout aux recours des établissements privés⁵³ ou des organismes d'aide sociale subrogés dans les droits du parent nécessaire prévu par l'article L. 6145-11 du Code de la santé publique⁵⁴.

732 Prescription. Dans les cas de plus en plus nombreux où la règle « *aliments n'arréagent pas* » ne s'applique pas et où il est donc possible de réclamer des arriérés, le jeu du mécanisme de droit commun de la prescription vient cependant limiter la possibilité de remonter dans le temps.

La prescription applicable était de cinq ans dès avant la réforme du 17 juin 2008, car s'appliquait l'ancien article 2277 relatif aux obligations périodiques⁵⁵. Le nouvel article 2224 fixe ce délai pour toutes les créances hormis celles résultant d'un jugement, pour lesquelles la prescription est de dix ans (loi du 9 juillet 1991, art. 3-1). En outre il faut tenir compte des causes de suspension, comme la minorité, le mariage ou le PACS (art. 2235 et 2236)⁵⁶.

733 Caractère définitif des versements. Les versements effectués au titre de l'obligation alimentaire le sont à *fonds perdus* : celui qui les a réglés ne pourra en demander la restitution si le bénéficiaire revient ultérieurement à meilleure fortune. De même, en cas de décès du bénéficiaire qui laisse un capital, lequel n'a pu être sauvegardé que grâce aux versements alimentaires qui ont été effectués, une jurisprudence traditionnelle, mais sans doute contestable, refuse à celui qui a versé les aliments le droit de demander à être indemnisé par prélèvement prioritaire sur le capital de la succession⁵⁷. Il ne faut pas confondre ce recours contre le bénéficiaire

■ 49. Cass. 1^{re} civ., 3 avril 1990, *Bull. civ. I*, n° 77.

■ 50. Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 341.

■ 51. Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 213 – *D.* 1989.51, note MASSIP.

■ 52. Cass. 2^e civ., 29 octobre 1980, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *JCP* 1981.II.19665, note JAMBU-MERLIN. – 8 février 1993, *Defrénois* 1994.322, note MASSIP. – 4 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 66 – 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 128 – 3 décembre 2008, n° 07-12042.

■ 53. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2013, n° 11-25488.

■ 54. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 471 – 14 janvier 2003, *JCP* 2004.II.10040, note GUERCHOUN – Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 19 – 12 mai 2004, *Bull. civ. I*, n° 128.

■ 55. Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2013, n° 11-25488.

Cf. par ex. Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 350 ; *Defrénois* 2006.341, note MASSIP – 4 février 2005, *Bull. civ. I*, n° 74.

■ 56. V. PORCHERON, *La prescription en matière d'obligations alimentaires*, *RLDC* 2010.4051.

■ 57. Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 1967, *D.* 1967.745, note LINDON. – TGI Avesnes-sur-Helpe, 23 janvier 1962, *D.* 1963.253, note PREVAULT ; *JCP* 1963.13279, note SAVATIER. – V. toutefois dans Cass. 1^{re} civ.,

de la pension alimentaire ou sa succession, qui est refusé, avec le recours qui peut exister contre d'autres débiteurs d'aliments dans l'hypothèse particulière où il existe plusieurs débiteurs d'aliments.

734 Cas de pluralité de débiteurs d'aliments. Il arrive souvent qu'une personne dans un état de besoin ait plusieurs proches susceptibles de lui venir en aide. Deux questions peuvent alors se poser : existe-t-il, d'une part, une hiérarchie entre les différents débiteurs possibles qui conduirait à s'adresser d'abord à l'un d'entre eux, puis, à défaut, à un autre, et ainsi de suite ? D'autre part, celui qui a versé spontanément des aliments peut-il disposer d'un recours contre les autres débiteurs ?

735 Hiérarchie limitée. La jurisprudence a écarté toute idée de hiérarchie entre les différents débiteurs d'aliments⁵⁸. Il est donc possible de s'adresser à n'importe lequel des proches susceptibles d'être débiteurs d'aliments. Ainsi est-il possible de s'adresser aux petits-enfants plutôt qu'aux enfants.

Cependant, on admet généralement une limite à la liberté de choix du créancier d'aliments : lorsque l'un des débiteurs est tenu d'une obligation spéciale ou « *renforcée* », il faut d'abord s'adresser à lui : c'est le cas pour un **enfant mineur** qui doit s'adresser d'abord aux parents tenus du devoir d'entretien⁵⁹ ou de l'**époux** qui doit d'abord s'adresser à son conjoint avant de s'adresser à ses parents par le sang (solution qui n'est d'ailleurs pas consacrée par une jurisprudence décisive⁶⁰). La loi elle-même prévoit en cas d'adoption simple que les parents par le sang ne sont tenus qu'à défaut des adoptants (art. 357).

736 Recours. En cas de pluralité de débiteurs, le créancier n'est pas tenu de les poursuivre tous⁶¹. Et les débiteurs ne sont pas tenus solidairement au sens strict du terme qui désigne l'obligation de chacun à payer l'intégralité d'une **même** dette pesant sur plusieurs⁶². Mais chacun n'en demeure pas moins tenu de sa propre dette, à proportion de ses ressources : ce sont les mêmes besoins du créancier qui servent à la déterminer. Pour les satisfaire, il sera donc possible que le créancier ait choisi de réclamer des aliments plutôt à l'un d'entre eux qu'aux autres. Il serait naturellement équitable que celui qui a été ainsi désigné supporte seul la charge définitive des versements ainsi effectués. On ne lui reconnaît cependant pas le droit de demander au créancier de diviser ses poursuites, car il convient de faciliter l'action du créancier en lui permettant de poursuivre n'importe lequel de ses débiteurs, étant simplement observé que le calcul du montant de la pension alimentaire

2 mai 1974, *Bull. civ. I*, n° 125 un assouplissement souligné par MAGNIN : *D.* 1975.486. – V. aussi, pour le recours à l'idée d'**enrichissement sans cause** : Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 294. – 23 janvier 2001, *Bull. civ. I*, n° 9.

■ 58. Civ., 2 janvier 1929, *D.* 1929.1.187, note SAVATIER. – Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1968, *D.* 1968.623.

■ 59. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1974, *D.* 1974.329, note GAURY. – 6 mars 1990, *JCP* 1991.II.21664, note GARÉ. – Versailles, 28 septembre 1989, *D.* 1992.67, note GARÉ.

■ 60. Paris, 20 mars 1952, *JCP* 1952.7219.

■ 61. Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, *Bull. civ. I*, n° 155 ; *JCP* 2007.II.10167, note ESCHYLLE.

■ 62. Sur cette absence d'obligation solidaire, v. Cass. 1^{re} civ., 5 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 42 – 20 janvier 2002, *Bull. civ. I*, n° 28 – 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 419 ; *Defrénois* 2006.343, note MASSIP.

s'effectuera en prenant en considération les seules ressources du débiteur poursuivi (de sorte qu'il est préférable pour le créancier de poursuivre le plus prospère de ses débiteurs possibles)⁶³. Mais on lui permet, après avoir payé, d'exercer *un recours contre l'autre codébiteur* afin que la charge définitive des versements alimentaires soit supportée par tous à **proportion de leurs facultés respectives**.

En pratique, il arrivera souvent que l'un des frères et sœurs supporte à titre principal la charge de parents âgés. Il aura le droit, ultérieurement, de demander aux autres de le rembourser, à proportion de leurs facultés⁶⁴, des frais qu'il a ainsi engagés en argent ou en nature (en hébergeant le parent), éventuellement en invoquant l'idée d'**enrichissement sans cause à l'encontre de la succession** dans la mesure où ses prestations auront « *excédé les exigences de la piété filiale* »⁶⁵. En outre, s'il a reçu un bien du créancier, il pourra à ce titre être dispensé de le rapporter à la succession⁶⁶.

§ 4. SANCTIONS DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

TEXTES

Code pénal, art. 227-3 et 227-4 et 314-7

Art. 227-3. – Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire, une convention judiciairement homologuée ou une convention prévue à l'article 229-1 du Code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le Code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Les infractions prévues par le premier alinéa du présent article sont assimilées à des abandons de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du Code civil.

Art. 227-4. – Le fait, par une personne tenue, dans les conditions prévues à l'article 227-3, à l'obligation de verser une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature, de ne pas notifier son changement de domicile au créancier dans un délai d'un mois à compter de ce changement, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

■ 63. Cass. 1^{re} civ., 5 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 43.

■ 64. Lesquelles s'apprécient à l'époque des dépenses et non au jour où l'on demande la contribution : Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 168.

■ 65. V. Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1974, *D.* 1975.482, note MAGNIN. – 21 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 245. – Pour le recours à l'**enrichissement sans cause** : Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 250 ; *JCP* 1995. II.22425, note SERIAUX ; *D.* 1995.624, note TCHENDJOU ; *Defrénois* 1994.35950, note X. SAVATIER. – 5 janvier et 6 juillet 1999, *JCP* 1999.I.189, obs. LE GUIDE. – Sur les conditions et limites, v. Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2001, *Bull. civ. I*, n° 9.

■ 66. Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2004, *Bull. civ. I*, n° 248 ; *JCP* 2005.II.10024, note BOULANGER. – Voir RAOUL-CORMEIL, *Aliments et succession*, *Mél. Le Guidec*, 2014, p. 459.

Art. 314-7. – Le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d’organiser ou d’aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l’actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l’exécution d’une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d’aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende.

Commet le même délit le dirigeant de droit ou de fait d’une personne morale qui organise ou aggrave l’insolvabilité de celle-ci dans les conditions définies à l’alinéa précédent en vue de la soustraire aux obligations pécuniaires résultant d’une condamnation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi délictuelle.

737 Sanction pénale. L’article 227-3 du Code pénal réprime au titre de l’« abandon de famille » le fait pour une personne condamnée⁶⁷ à verser une pension alimentaire de demeurer volontairement⁶⁸ deux mois sans fournir la totalité des sommes mises à sa charge par une décision judiciaire⁶⁹.

La peine est d’un emprisonnement de deux ans et d’une amende de 15 000 euros.

L’article 227-4 punit d’un emprisonnement de six mois et d’une amende de 7 500 euros le fait pour le débiteur de **changer de domicile** sans en avertir le créancier et l’article 314-7 réprime de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende le fait, pour un débiteur d’aliments, d’**organiser ou d’aggraver son insolvabilité**⁷⁰.

De plus, ces délits peuvent donner lieu à des peines complémentaires : interdiction des droits civiques et civils, suspension du permis de conduire, interdiction de quitter le territoire (art. 227-29). L’insolvabilité peut être une excuse⁷¹.

La *récidive* peut résulter d’une obstination à ne pas payer pendant deux mois supplémentaires⁷².

Certains souhaitent que le régime pénal soit adapté en ce qui concerne l’abandon pécuniaire d’enfants à la lumière de la réforme du 4 mars 2002⁷³.

738 Sanctions civiles autres que l’exécution forcée. En ce qui concerne les parents, leur manquement à l’obligation d’entretien peut justifier de la part du tribunal une mesure de retrait ou de déchéance de l’autorité parentale, s’il est de

■ 67. Ou s’étant judiciairement engagée devant le juge : Crim. 31 mars 1999, *D.* 2000, somm. 36, obs. MAYAUD.

■ 68. Cet élément volontaire, anciennement présumé, doit désormais être caractérisé : Crim., 28 juin 1995, *Bull. crim.* n° 243 ; *JCP* 1996.II.22576, note DEKEUWER – 21 mai 1997, *Bull. crim.* n° 190 – 26 novembre 1997, *D.* 1999, somm. 156, obs. MIRABAIL.

■ 69. Peu importe que ce titre judiciaire soit ensuite modifié rétroactivement : Crim., 4 février 2004, *D.* 2004.2748 – Crim., 3 septembre 2014, n° 13-86504.

■ 70. V. GRILLET-PONTON, *D.* 1996, chron. 339.

■ 71. Crim., 26 février 1992, *D.* 1992, Inf. rap. 197.

■ 72. Crim., 2 décembre 1998, *JCP* 1999.II.10109, note REBUT.

■ 73. JAWORSKI, *JCP* 2004.I.102.

nature à compromettre les conditions de l'éducation de l'enfant ou sa santé physique (v. *supra*, n° 640).

Pour tout débiteur, sa défaillance peut justifier que, par la suite, il soit déchu de tout droit alimentaire contre son créancier (art. 207, al. 2).

De plus, le refus d'aliments constitue un cas de révocation des donations⁷⁴.

739 Voies d'exécution de droit commun. Comme tout créancier d'une somme d'argent, le créancier d'aliments peut, s'il est muni d'un jugement portant condamnation du débiteur récalcitrant, recourir aux voies d'exécution normales, c'est-à-dire aux saisies, sur les meubles ou immeubles du débiteur, ou sur les créances qu'il peut lui-même détenir sur des tiers (saisie-arrêt sur salaires, comptes bancaires...).

En matière de créances d'aliments, le législateur a facilité la mise en œuvre de ces saisies : le créancier peut agir à son choix devant le tribunal de **son propre domicile** ou devant celui du domicile du défendeur (CPC, art. 46) ; en outre, la saisie est plus efficace en ce domaine car le créancier d'aliments peut saisir les biens normalement **insaisissables**, comme par exemple la fraction de rémunération du travail déclarée insaisissable par la loi (loi du 9 juillet 1991, art. 14).

En pratique, cependant, les voies d'exécution de droit commun ne sont pas toujours suffisamment efficaces car le créancier ne peut saisir les biens de son débiteur que lorsqu'il connaît l'adresse de ce dernier ou celle de son employeur. En outre, les saisies supposent une action en justice qui entraîne des frais souvent disproportionnés aux sommes à recouvrer d'autant que le créancier alimentaire ne jouit pas d'un privilège sur les autres créanciers⁷⁵. Ainsi les créanciers d'aliments rencontraient souvent de graves difficultés pour obtenir le paiement effectif de leur pension alimentaire par cette procédure, ce qui a conduit à instituer des voies d'exécution propres à la matière⁷⁶.

740 Paiement direct. La procédure de paiement direct de la pension alimentaire⁷⁷ a été instituée par la loi du 2 janvier 1973 complétée par des décrets d'application du 1^{er} mars 1973, ces textes étant aujourd'hui insérés dans le Code des procédures civiles d'exécution (art. L. 213-1 et R. 213-1 et s.). Cette procédure simple, rapide et peu onéreuse, consiste, sur simple intervention d'un huissier, à prélever directement « à la source », entre les mains d'un tiers, les revenus du débiteur.

741 Conditions. Un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que cette procédure puisse s'appliquer :

— En premier lieu, ce texte ne concerne que les obligations alimentaires légales c'est-à-dire les obligations entre parents et enfants, entre époux ou pacsés, ou entre alliés. La procédure s'étend aux versements de la prestation compensatoire

■ 74. F. REVEL, *La révocation des donations pour refus d'aliments* : RTD civ. 1979.276.

■ 75. Cass. 2^e civ., 28 septembre 2000, *Bull. civ. II*, n° 137.

■ 76. Sur les difficultés d'exécution internationale, v. SAUTERAUD, *Gaz. Pal.* 1983, doct. 58.

■ 77. V. M.-J. GEBLER, *Le paiement direct des pensions alimentaires (commentaire de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973)*, D. 1973, chron. 107. — J. MASSIP et F. BARRAIRON, *La loi du 2 janvier 1973 relative au paiement direct des pensions alimentaires*, *Defrénois* 1973.545. — V. J. VINCENT et J. PREVAULT, *La procédure de recouvrement public des pensions alimentaires et ses premières applications*, D. 1976, chron. 237. — J. MASSIP, D. 1980.532.

après divorce, mais ne peut s'appliquer à une obligation alimentaire née en dehors de rapports familiaux, comme d'un contrat, d'un délit ou d'un legs.

— En deuxième lieu, le recouvrement direct ne peut être utilisé que lorsque l'obligation alimentaire prend la forme d'une pension ou d'une rente. Seules les voies d'exécution de droit commun sont applicables lorsque le débiteur doit s'acquitter de son obligation par le versement d'un capital.

— En troisième lieu, le paiement direct suppose, bien sûr, qu'un tiers soit débiteur de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Ce tiers, auprès de qui doit être faite la demande de paiement direct, peut être notamment, selon ce texte, un « *débiteur de salaires, produits du travail ou autres revenus, ainsi que tout dépositaire de fonds* » (art. L. 213-1).

— Enfin, cette procédure de recouvrement ne peut s'appliquer que lorsque la pension alimentaire a été fixée par une **décision judiciaire**. Cette décision peut être un jugement du tribunal d'instance fixant une pension alimentaire, un jugement de divorce ou de séparation de corps, une ordonnance de non-conciliation ou encore une homologation judiciaire de la convention réglant les conséquences du divorce, en cas de divorce par consentement mutuel. Selon l'article L. 213-1, « *la demande en paiement direct sera recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire fixée par une décision de justice devenue exécutoire n'aura pas été payée à son terme...* », sans qu'il y ait de sommation à délivrer ou de justification à fournir car c'est au débiteur de prouver ses paiements⁷⁸.

742 Mise en œuvre. La mise en œuvre de cette procédure est réglementée par les articles R. 213-1 et suivants du Code des procédures d'exécution : le créancier de la pension alimentaire peut charger tout huissier de justice du lieu de sa résidence de notifier la demande en paiement direct au tiers visé à l'article L. 213-1.

Le bénéficiaire de la pension doit donner à cet huissier tous les renseignements en sa possession concernant le débiteur de la pension et le tiers (employeur, banque, etc.), ainsi qu'une copie de la décision judiciaire. Si le bénéficiaire n'est pas en état de fournir ces renseignements, notamment dans le cas où le débiteur a changé de domicile et d'emploi pour échapper à son obligation, l'huissier doit mettre en œuvre, dans le délai de huit jours, les moyens lui permettant d'effectuer cette notification. Ces recherches sont facilitées car toutes les administrations de l'État et des collectivités publiques, ainsi que les organismes de Sécurité sociale ou de gestion de prestations sociales, sont tenus de réunir et de communiquer à l'huissier, en faisant toutes les diligences nécessaires, tous les renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer permettant de déterminer l'adresse du débiteur de la pension alimentaire, et l'identité et l'adresse de son employeur ou de toute autre personne qui doit lui verser des sommes d'argent ainsi que de tout organisme dépositaire de fonds lui appartenant. Ces renseignements doivent être rassemblés très rapidement puisque l'huissier doit, par lettre recommandée, dans les huit jours qui suivent la demande du créancier, notifier cette demande de paiement direct au tiers débiteur et en aviser simultanément le débiteur d'aliments.

Le tiers débiteur doit accuser réception à l'huissier de la demande de paiement direct dans les huit jours suivant la notification, en précisant s'il est ou non en

■ 78. Cass. 2^e civ., 24 février 2005, *Bull. civ.* II, n^o 42.

mesure d'y donner suite. La demande de paiement direct peut être contestée en justice, sans préjudice d'une action aux fins de révision de la pension alimentaire, mais cette contestation ne suspend pas l'obligation de paiement direct incombant au tiers débiteur.

743 Effets. Les conséquences de la demande de paiement direct sont précisées par l'article L. 213-2 selon lequel « la demande vaut, sans autre procédure et par préférence à tous autres créanciers, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles ». Dès la notification, le tiers est ainsi personnellement tenu de payer au créancier d'aliments la dette de son débiteur⁷⁹. Une compensation de créances ou un paiement fait par le tiers au débiteur d'aliments seraient inopposables au créancier de la pension alimentaire. Cette procédure affecte toutes les créances du débiteur, même celles qui sont en principe insaisissables, comme la première fraction des salaires⁸⁰.

Le paiement direct de la pension alimentaire s'applique non seulement aux termes à échoir, mais aussi, le cas échéant, aux termes échus pour les six derniers mois avant la notification de la demande. Le paiement de l'arriéré se fait par fractions égales sur une période de douze mois.

L'efficacité de la procédure est accrue du fait que le paiement direct peut s'exercer même sur des sommes normalement insaisissables. En application de l'article 2 de la loi précitée, le tiers est tenu de verser directement au bénéficiaire les sommes dues à chaque échéance. Sauf convention contraire, le versement doit être fait au domicile ou à la résidence du créancier, les frais de paiement direct incombant dans tous les cas au débiteur de la pension.

Le paiement direct doit continuer aussi longtemps que l'huissier du bénéficiaire n'a pas notifié au tiers, par lettre recommandée, de cesser tout paiement, à moins que le débiteur ne produise un certificat délivré par un huissier attestant qu'un nouveau jugement a supprimé la pension alimentaire, ou constatant qu'en vertu des dispositions légales, la pension a cessé d'être due. Le tiers ne peut pas, jusque-là, se soustraire à son obligation en invoquant une reprise des paiements par le débiteur lui-même⁸¹.

744 Procédure de recouvrement public. La loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 (du même jour que celle sur le divorce) à laquelle renvoie aujourd'hui le Code de procédures civiles d'exécution (art. L. 161-3 et R. 161-1) relative au recouvrement public des pensions alimentaires a créé une voie d'exécution mixte qui vient compléter les procédures existantes pour améliorer encore la situation des créanciers de pensions alimentaires⁸².

745 Conditions. Les conditions d'application de cette procédure sont déterminées par l'article 1^{er} de cette loi.

— Le recouvrement public s'applique aux pensions alimentaires fixées par une **décision judiciaire** devenue exécutoire. L'article 15 de la loi de 1975 précise que

■ 79. Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 258.

■ 80. Paris, 21 avril 1983, *D.* 1984.73, note PREVAULT.

■ 81. Cass. 2^e civ., 6 juillet 1994, *Bull. civ. II*, n° 179.

■ 82. La lenteur des parquets rend souvent pratique cette amélioration toute relative.

le recouvrement public est aussi applicable aux sommes dues en exécution d'une décision judiciaire au titre de la contribution aux charges du mariage prescrite par l'article 214 du Code civil, des rentes prévues par l'article 276 du même code, ou des subsides de l'article 342.

— En outre, la procédure de recouvrement public a un **caractère subsidiaire** : le créancier ne peut y recourir que si « *le recouvrement total ou partiel n'a pu être obtenu par une des voies d'exécution de droit privé* », ce qui suppose que la saisie ou la procédure de paiement direct ont été utilisées en vain par le créancier⁸³ ; lorsque ces conditions sont remplies, la pension alimentaire pourra être recouvrée pour le compte du créancier par les comptables directs du Trésor.

746 Procédure. La procédure d'admission prévue par l'article 2 de la loi est réglementée par les articles 1 à 7 du décret n° 75-1339 du 31 décembre 1975 : le créancier de la pension alimentaire doit adresser sa demande en recouvrement public au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve son domicile (art. 2 de la loi). Le créancier doit joindre à sa demande une copie du jugement fixant la décision alimentaire, ainsi qu'une attestation du secrétaire greffier de la juridiction compétente ou d'un huissier de justice, ou tous autres documents établissant qu'il n'a pu obtenir le recouvrement de sa créance par une voie d'exécution de droit privé (art. 2 du décret). La demande est admise si le créancier justifie qu'il a eu recours effectivement à l'une des voies d'exécution de droit privé et que ce recours est resté infructueux.

En cas d'admission, le procureur de la République notifie sa décision au débiteur d'aliments en lui précisant notamment les sommes qui font l'objet du recouvrement (art. 4 du décret). Il doit également établir un état exécutoire qu'il transmet au Trésor pour le recouvrement des termes à échoir et, le cas échéant, pour l'arriéré des six derniers mois précédant la demande (art. 3, al. 1^{er} de la loi). Le procureur doit modifier cet état exécutoire de son propre chef ou sur demande des intéressés chaque fois que cela est nécessaire, notamment en cas d'augmentation, de réduction ou de suppression de la pension alimentaire (art. 3, al. 2).

L'application des articles 2 et 3 susvisés peut faire l'objet d'une contestation, de la part du créancier ou du débiteur, qui est jugée, comme en matière de référé, par le président du tribunal. La décision ainsi rendue n'est pas susceptible d'appel, ni d'opposition, mais le pourvoi en cassation demeure possible. La contestation n'interrompt pas le recouvrement public (art. 4 de la loi).

747 Effets. Le recouvrement public des sommes à percevoir est effectué par les comptables directs du Trésor selon les procédures applicables en matière de contributions directes (art. 7, al. 1^{er}). Ces comptables peuvent se faire communiquer par toutes les administrations publiques et les organismes de Sécurité sociale ou de prestations sociales tous les renseignements utiles à la mise en œuvre de la procédure de recouvrement. Le Trésor est subrogé dans les actions et garanties dont dispose le créancier pour le recouvrement de sa pension alimentaire (art. 6). Le débiteur, à compter de la notification qui lui a été faite par le procureur, ne peut s'acquitter qu'entre les mains du comptable du Trésor. En plus des sommes faisant

■ 83. Cf. Cass. 2^e civ., 6 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 327.

l'objet du recouvrement, le débiteur devra verser une majoration de 10 % au profit du Trésor à titre de frais de recouvrement (art. 7, al. 2).

Le créancier d'aliments ne peut se voir verser le montant de sa pension tant que le recouvrement public n'a pu être effectué. Or, à partir du dépôt de sa demande de recouvrement public et jusqu'à ce qu'il soit mis fin à cette procédure, le créancier ne peut plus exercer aucune autre action pour le recouvrement de ces mêmes sommes (art. 5 de la loi).

Le procureur de la République peut mettre fin à la procédure de recouvrement public et décharger le comptable du Trésor dans les cas suivants :

— En cas de décès du débiteur ou lorsque l'impossibilité de recouvrer la créance a été constatée par le comptable du Trésor (art. 10) ;

— En cas de renonciation du créancier agissant seul ou conjointement avec le débiteur (art. 11) ;

— Sur la demande du débiteur, à condition qu'il ait acquitté les arriérés de la créance et versé régulièrement les arrérages durant douze mois consécutifs sans que le comptable du Trésor ait à exercer des poursuites ; en cas de contestation, le président du tribunal est appelé à statuer selon les modalités définies à l'article 4 de la loi (art. 12).

Cependant, l'article 13 prévoit que, si dans le délai de deux ans après la cessation de recouvrement public, intervient un nouveau retard supérieur à un mois, le créancier peut demander à nouveau la mise en œuvre de la procédure du recouvrement public sans avoir à recourir au préalable à une voie d'exécution de droit privé. Si la nouvelle demande est admise, il est procédé au recouvrement de toutes les sommes dues depuis l'interruption du recouvrement public, le montant des arrérages échus étant majoré de 10 % au profit du créancier (cette majoration s'ajoute à la majoration de 10 % perçue par le comptable du Trésor). Toutefois, la remise de cette majoration peut être accordée au débiteur.

748 Aide des caisses d'allocations familiales. Les règles précitées ne parvenant pas à améliorer suffisamment la situation des créanciers, les caisses d'allocations familiales ont été mises à contribution par les lois des 23 décembre 1980 et 22 décembre 1984⁸⁴ lorsqu'il s'agit de pensions alimentaires dues au titre de « *l'entretien d'enfants* ». Elles versent une « *allocation de soutien familial* » et exercent un recours contre le débiteur. Pour la partie de pension qui excède l'allocation, ces caisses n'agissent plus en qualité de subrogées, mais en tant que mandataires du créancier (C. séc. soc., art. L. 581-2 et s.).

Pour les pensions entre époux, elles peuvent également agir, mais avec l'accord du créancier.

■ 84. V. commentaire GEBLER, *ALD* 1985.131.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des *paragraphes*

A

Abandon :

- d'enfant, 601
- de famille, 737

Absence (mariage), 239

Accouchement « sous X », *V. Filiation*

Acte de mariage, 93, 96

Acte de naissance, 500, 544

Acte de notoriété, 523

Action à fins de subsides, 693 et s.

Action d'état, 482 et s.

Administration légale, 675

Adoption, 588 et s.

- adoptant, 592 et s.
- adopté, 597 et s.
- âge, 598
- agrément, 594
- concubinage, 614
- conjugale, 592
- consentement, 595, 602
- effets, 609 et s., 615 et s.
- empêchements à mariage, 44
- en famille, 605
- enfant du conjoint, 592
- enfants adoptables, 599, 624
- historique, 589
- homoparentalité, 594, 614
- internationale, 622 et s.
- jugement, 608
- Kefala, 625
- mariage, 44
- nullité, 608
- plénière, 591 et s.
- posthume, 596, 603
- procédure, 606

— procréation médicalement assistée, 561 et s.

— révocation simple, 619 et s.

— simple, 612 et s.

— sociologie, 591

— tierce opposition, 608

Adultère :

— cause de divorce, 291, 295

— constat, 332

— en cours de procédure, 338

— infidélité, 146

— sanctions, 147

— tiers complice, 147

Affrètement, 588

Aliments, *V. Devoir de secours, Devoir d'entretien, Obligation alimentaire, Subsides*

Aliments n'arrangent pas, 731

Alliance :

— après veuvage, 224

— définition, 9, 23 et s.

— divorce, 344

— empêchements à mariage, 46

— obligation alimentaire, 714

— PACS, 427, 433

Amour, 71

Analyse sanguine, *V. Expertise*

Appauvrissement volontaire, 721

Assistance éducative, 678 et s.

Assistance sociale, 141, 480 et s.

Attribution préférentielle, 365

Audition des enfants, 20, 667

Autorisation

— mariage, 56

Autorité parentale, 629 et s.

— adoption, 639

— beau-parent, 673

— changement, 668

- conjointe, 652 et s.
- contrôle judiciaire, 663
- contraception, 671
- décès, 638
- déchéance, 640 et s.
- délaissement, 601
- délégation, 659 et s.
- dévolution, 634 et s.
- éducation, 672
- émancipation, 646
- enfant adoptif, 639
- enlèvement international, 658
- enquête sociale, 665
- exercice, 635, 649 et s.
- fin, 645 et s.
- fratries, 665
- garde, 670
- grands-parents, 673
- historique, 630
- mission, 669
- résidence alternée, 654
- respect, 665
- retrait, 640 et s.
- surveillance, 656, 671
- titulaires, 637 et s.
- tiers, 677 et s.
- traitement médical, 671
- vie privée, 671
- visite, 674

Avantages matrimoniaux, 358 et s.

Aveu :

- divorce, 334

Avocat d'enfants, 667

B

Bail, v. Divorce, Mariage

Bail forcé, 367

Beaux-enfants :

- adoption, 592, 604, 614
- autorité parentale, 673
- définition, 9
- empêchement à mariage, 46
- obligation alimentaire, 714

Beaux-frères, 9

Beaux-parents, *V. Beaux-enfants*

- autorité parentale, 673

Bigamie, 36 et s.

- étrangère, 38
- nullité, 110

Bioéthique, *V. Procréation médicalement assistée*

Bru :

- définition, 9
- empêchement à mariage, 46
- obligation alimentaire, 714

Bruxelles II bis, 307

C

Capacité :

- divorce, 269, 309
- mariage, 56, 124
- PACS, 403 et s.
- reconnaissance d'enfant, 509

Carbonnier, 251, 477

Célibat (clauses de), 29

Cercle familial, 10 et s.

Certificat préuptial, 53

Charges du mariage, 173 et s.

Chien (divorce), 319

Chose jugée :

- aliments, 725
- autorité parentale, 668
- divorce, 336
- filiation, 492

Clauses :

- célibat (de), 29

Cohabitation :

- concubin, 459
- dispense, 138
- époux, 142 et s., 295
- notion, 138
- PACS, 426
- sanction, 141
- suspension, 139 et s.

Collatéraux, 8, 714

Communauté entre époux, 183 et s.

Compte bancaire, 162

Concubinage, 457 et s.
 — aliments, 463
 — bail, 467
 — contrats entre concubins, 465
 — décès, 467
 — définition, 459
 — dettes, 463
 — enrichissement sans cause, 466
 — fisc, 464
 — homosexuel, 459
 — libéralités, 465
 — liquidation, 466
 — logement, 467
 — notoire, 462
 — obligation alimentaire, 463
 — obligation naturelle, 468
 — preuve, 462
 — procréation assistée, 568
 — relations patrimoniales, 463 et s., 466
 — rupture, 468
 — Sécurité sociale, 464
 — société entre, 466
 — violences, 463

Consanguin (frère), 8

Conseil constitutionnel :
 — décision PACS, 406

Consentement, *V. Divorce, Mariage, PACS*

Contestation de paternité, 549 et s.

Contrat de mariage, 178

Contrat de travail :
 — époux, 130
 — concubins, 465

Contribution aux charges du mariage, 173 et s., 295

Conventions internationales, 15
 — New York, 632 et s.

Correspondance :
 — mariage, 132
 — divorce, 331

Couple, 23 et s.
 — cadres juridiques, tableau, 24
 — notion, 23

Curatelle :
 — divorce, 269

— mariage, 60
 — pacs, 403

D

Décès :

— concubin, 467
 — époux, 219 et s.
 — PACS, 443

Déchéances :

— aliments, 717
 — autorité parentale, 640
 — donations et avantages, 358 et s.

Déclaration sur l'honneur, 377**Degré de parenté**, 7, 8**Délai de viduité**, 35**Delaissement, v. Autorité parentale****Détective privé**, 333**Dettes ménagères** :

— concubinage, 463
 — mariage, 161
 — PACS, 434

Devoirs du mariage, *V. Mariage***Devoirs de secours**, 173 et s., 427**Devoirs d'entretien**, 684 et s.

— durée, 687

Discriminations, 16, 478**Disparition (mariage)**, 239**Dispenses**, *V. Mariage***Divorce** :

— accepté, 280 et s., 316
 — acquiescement, 338, 340
 — achats financés par l'autre, 360
 — action paulienne, 277
 — adultère, 291, 295, 332
 — aliéné, 286, 300
 — altération définitive, 285 et s.
 — appel, 144, 321, 338
 — assignation, 325
 — assurances-vie, 361
 — attestations, 330
 — audience, 326
 — avantages matrimoniaux, 358 et s.
 — aveu, 334

- bail, 364
- bail forcé, 367
- capacité, 269, 309
- cas, 264 et s.
- cause, 252, 271
- causes péremptoires, 291
- cautionnement, 361
- clause de non-divorce, 360
- collaboration professionnelle, 373, 380
- compétence, 307
- conception générale, 245 et s.
- consentement mutuel, 267 et s.
- contrats en cours, 361 et s.
- conventions, 257 et s.
- correspondance, 331
- date, 340
- décès en cours d'instance, 338
- déclaration sur l'honneur, 377
- demande acceptée, 280 et s.
- demande reconventionnelle, 327
- détectives privés, 333
- dettes, 357
- dissimulations, 278, 338
- dol, 270
- dommages-intérêts, 369 et s.
- donations, 358 et s.
- droit au –, 261
- droit transitoire, 262
- effets patrimoniaux, 351 et s.
 - date, 354 et s.
- effets personnels, 340 et s.
- enfants, 319, 349
- enrichissement sans cause, 373
- erreur, 270
- excuses, 305
- faillite, 278
- faits antérieurs au mariage, 296
- faute, 290 et s.
- historique, 246 et s.
- homologation, 275, 278
- incapable, 269, 309
- inconscience, 300
- indemnité d'occupation, 366
- international, 307
- journal intime, 333
- juge, 252, 257
- jugement, 337
- lettres, 331
- libéralités, 358 et s.
- liquidation patrimoniale, 351 et s.
- logement, 363 et s.
- maladie, 300
- médiation, 320
- mesures provisoires, 311, 318 et s.
- nationalité, 348
- nom, 345 et s.
- notaire, 320
- nullité, 273
- omissions, 274
- ordre public international, 261
- ordonnance de non-conciliation, 317, 354
- pardon, 302
- partage, 274
- passerelles, 266, 284, 289, 327
- pension alimentaire :
 - en cours d'instance, 319
 - pour les enfants, 319, 688
- pourvoi, 278, 321, 338
- prestation compensatoire, 562 et s. *V. ce mot.*
- preuve, 328 et s.
- procédure, 307 et s.
- provocation, 301
- question, 245 et s.
- réconciliation, 302 et s.
- recours en révision, 278, 321, 338
- réforme de 2004, 253 et s.
- rejet de la demande, 336
- remariage, 342
- requête, 310
- résidence séparée, 319
- secret professionnel, 330
- séparation de fait, 195
- statistiques, 260
- témoignages, 330

- tentative de conciliation, 312 et s.
- texto, 333
- tierce opposition, 278, 338
- torts partagés, 306
- transaction,
- vices de consentement, 270
- violence, 270
- voies de recours, 278, 337

Domicile conjugal :

- abandon, 295
- choix, 137
- divorce, 363 s.
- financement, 174
- protection, 167

Donations, V. Libéralités.**Douaire, 10****Droit de la famille :**

- caractéristiques, 13 et s.
- évolution, 15
- fondement, 14
- privatisation, 17

Droits de l'homme, 16, 478**Droits de la personnalité :**

- et mariage, 129
- enfant, 671

E**Émancipation :**

- par mariage, 124
- volontaire, 646 et s.

Embryon, 579**Empêchements, V. Mariage, PACS.****Empreinte génétique, 372****Enfants :**

- abandonné, 601
- adoptif, *V. Adoption.*
- adultérin, 475
- audition, 667
- avocat, 667
- conçu avant le mariage, 531
- conçu après le mariage, 531
- incestueux, 475, 503
- légitime, 475, 500

- naturel, 475
- non viable, 482

Enlèvement international, 658**Enquête sociale, 666****Enrichissement sans cause, 373, 455, 466****entraide, 3****Entretien :**

- enfant, 684 et s.

Erreur :

- mariage, 71, 112

État :

- rôle de l'—, 16

Étrangers :

- polygamie, 34
- mariage, 78, 79, 100 et s.
- PACS, 400

Excuses :

- autorité parentale, 601
- divorce, 305

Exhumation, 496**Expertise biologique, 480, 494 et s.****Expulsion du conjoint violent, 138****F****Fait nouveau, 725****Famille :**

- composition, 5 et s.
- définition, 1
- dissémination, 2
- droit de la —, : spécificité, 13 et s.
- généralités, 1 et s.
- historique, 10 et s.
- monoparentale, 11
- personnalité morale, 4
- recomposée, 11
- rôle économique, 3

Fécondation *in vitro*, 573 et s.**Femme mariée :**

- capacité, 124
- nationalité, 125
- nom, 123

Fiançailles, 63 et s.**Fidélité, 277 et s. V. Adultère**

- convention sur —, 146

Filiation :

- accès aux origines, 479, 528
- accouchement « sous x », 503, 528, 540
- acquiescement, 484
- acte de naissance, 506, 544
- acte de notoriété, 523
- acte notarié, 511
- action d'état, 482 et s.
- adoptive. *V. Adoption*
- adultérine, 475
- arbitrage, 484
- chose jugée, 492
- compétence, 488
- conflit de filiations, 483, 504
- contestation, 549 et s.
- déclaration à l'état civil, 506, 534
- défunts, 496
- discriminations, 478
- divisibilité, 501
- effet déclaratif, 493, 513
- empreintes génétiques, 480
- établissement, 502 et s.
- expertise biologique, 480, 494 et s.
- incestueuse, 475, 503
- indisponibilité, 484
- jugement, 560
 - autorité, 492
 - effet déclaratif, 493, 513
 - possession d'état, 524
- légitime, 475, 500
- médicalement assistée, 561 et s.
- mères porteuses, 583 et s.
- ministère public, 553
- naturelle, 475, 500
- notion, 474 et s.
- nullité, 512, 549
- placement en vue d'adoption, 503
- possession d'état, 516 et s., 537, 553 et s.
- pourvoi en cassation, 491
- prescription, 486, 527, 535
- présomption :
 - paternité, 530 et s.
 - preuve, 544 et s., 559
 - procédure, 488 et s.
 - procréation
 - artificielle, 481, 561 et s.
 - médicalement assistée. *V. ce mot*
 - recherche :
 - de maternité, 525 et s.
 - de paternité, 542 et s.
 - réclamation d'état, 525 et s.
 - reconnaissance :
 - effet déclaratif, 513
 - maternité, 507 et s.
 - nullité, 512
 - paternité, 540
 - prénatale, 510
 - réformes, 477 et s., 499
 - sciences biologiques, 480
 - séparation légale, 533
 - tiers, 489, 546
 - titre, 544, 555
 - transaction, 484
 - transmission héréditaire, 485
 - voies de recours 491

FIV, 573 et s.**Frais d'obsèques**, 627**Fraude (aliments)**, 721**Frères et sœurs**, 8, 44, 665**Funérailles**, 222, 627**G****Garde des enfants**, *V. Autorité parentale***Genre :**

- définition, 9
- empêchement à mariage, 46
- obligation alimentaire, 714

Gens, 10**Germain (frère)**, 8**Gestation pour autrui**, 583 et s.**Grands-parents**, 673, 686**Grossesse (durée)**, 531

« Gueth », 342

H

- Hébergement familial**, 701
Hiérarchie, 12
Homologation :
 — divorce, 275
Homoparentalité, 594, 614
Homosexualité, 100 :
 — mariage, 36
 — adoption, 594, 614

I

- IAC, 573 et s.
 IAD, 577 et s.
 Immunités, 502
 Impôts, 126, 174
 Impuissance, 52
 Incapables, *V. Mariage, Divorce*.
 Inceste, *V. Mariage, Filiation, Adoption*.
 Indemnité d'occupation, 366 et s.
 Indivision :
 — mariage, 366
 — PACS, 438
Ineffectivité, 16
Infidélité, *v. Adultère*
Insémination artificielle, 573 et s.
Insolvabilité (organisation), 527
Intérêt supérieur de l'enfant, 632, 654
IVG :
 — autorité parentale, 671
 — femme mariée, 128

J

- Jouissance légale, 690
 Journal intime, 333
 Juge aux affaires familiales, 19
 Jugement d'état, 488 et s.
 Juge aux enfants, 679 et s.

K

- Kefala, 625

L

- Légalisation des actes étrangers, 626
 Libéralités :
 — entre époux, 236 et s., 358 et s.
 — entre concubins, 465
Liberté individuelle :
 — généralités, 12
 — époux, 130 et s.
 — mariage, 28 et s.
Liberté nuptiale, 28 et s.
Liberté professionnelle, 132, 164
Licenciement :
 — concubins, 465
 — mariage, 29
Lignage, 11
Ligne :
 — collatérale, 8
 — directe, 7
Liquidation :
 — régime matrimonial, 227, 351 et s.
 — succession, 228
Logement familial :
 — choix, 137
 — PACS, 437
 — protection, 168 et s.
 — sort après divorce, 363 et s.
Loisirs :
 — des enfants, 671
 — des époux, 132
Loyers, *V. Dettes ménagères*

M

- Majorité** :
 — et mariage, 57
 — et devoirs d'entretien, 687
Marâtre, 9
Mariage :
 — absence d'un époux, 91
 — acte de mariage, 93, 96
 — actes respectueux, 56
 — activités, 132, 144
 — âge, 49
 — aliéné, 56, 69, 124

- apparent, 117
- assistance, 148 et s., 295
- audition préalable, 82
- autorisations, 56
- avis officieux, 85
- bail, 169
- bans, 83
- bigamie, 32 et s., 110
- caducité, 51
- capacité, 56, 124
- célébration, 90 et s.
- certificat prénuptial, 53
- cohabitation, 142 et s., 295
- complaisance, 74
- comptes bancaires, 162
- conditions, 31 et s.
- consentement des époux, 62 et s., 69 et s., 112 et s.
- consentements des parents, 56
- contrat de –, 178
- contrat de travail, 29
- contribution aux charges, 173 et s., 295
- correspondance, 132, 331, 333
- curatelle, 60
- définition, 25
- délai de viduité, 35
- dettes ménagères, 161
- devoir conjugal, 142
- devoir de coopération, 144
- devoir de respect, 150 et s.
- devoir de secours, 173 et s.
- discrétion, 152
- disparition d'un époux, 239
- dispense :
 - d'âge, 50
 - empêchements, 47 et s.
- dissimulations, 152
- dissolution, 218 et s.
- dol, 72
- domicile, 137
- droit au –, 28 et s.
- droits de la personnalité, 129
- effets :
 - personnels, 123 et s.
- empêchements, 42 et s., 700
- entre partenaires, 448
- erreur, 71, 112
- étrangers, 78, 79, 100 et s.
- exception d'inexécution, 305
- faute, 141, 143, 147, 149, 153, 290 et s.
- fictif, 74 et s.
- fidélité, 145 et s.
- formalités, 77 et s.
- fraudes, 75
- histoire, 26
- homosexuel, 32 et s.
- impôts, 126, 174
- impuissance, 52
- incapable majeur, 60
- incapacité, 56, 111
- inconscience, 69
- inceste, 41
- indissoluble, 261
- inexistence, 106
- *in extremis*, 54
- information préalable, 80
- intention matrimoniale, 76
- international, 100 et s.
- intervalle lucide, 69
- intervention médicale, 128
- IVG, 128
- liberté :
 - du mariage, 28 et s.
 - des époux, 130 et s.
- lieu, 90
- logement familial :
 - choix, 137
 - divorce, 363 et s.
 - protection, 168 et s.
- loisirs, 132
- loyauté, 152, 296
- meubles, 163
- mineurs, 57 et s.
- ministère public, 112
- mixte, 75 et s.

- nationalité, 125
- nature juridique, 25
- nom, 123
- nullité, 105 et s.
- obligations, 135 et s.
- opinions, 130, 132
- oppositions, 85 et s.
- pactes de séparation, 139, 190
- personnalité (droits de la), 129 et s.
- polygamie, 32 et s.
- possession d'état, 97 et s.
- posthume, 55
- preuve, 95 et s.
- profession, 132, 164 et s.
- promesse de –, 63 et s.
- publications, 83
- putatif, 118 et s.
- qualités essentielles, 71
- refus, 29
- relations, 132
- religieux, 79
- religion, 130
- remariage, *V. ce mot.*
- respect, 150 et s., 295
- salaires, 165
- santé, 53 et s.
- sexe, 36 et s., 51
- simulé, 74 et s.
- sincérité, 152
- sociologie, 27
- tolérance, 152
- transsexualisme, 51
- troubles mentaux, 69
- tutelle, 61
- vices du consentement, 69 et s.
- violence, 70, 112
- violences conjugales, 151

« **Mazurek** », 478

Médecine, 15. *V. Bioéthique, Expertises.*

Mères porteuses, 583 et s.

Mesures provisoires, *V. Divorce.*

Mineur, *V. Autorité parentale.*

- audition, 667

Mort civile, 218

N

Naquet, 249

Nationalité :

- divorce, 348
- mariage, 125
- nullité du mariage, 120

Nom :

- attribution, 705 et s.
- changement, 707 et s.
- évolution, 703 et s.
- fonction, 702
- femme mariée, 123
- femme divorcée, 345 et s.
- nom d'usage, 707
- veuve, 223

Non-représentation d'enfant, 657

Nullité :

- divorce, 273
- jugement, 277, 608
- mariage, 105 et s.

O

Obligation alimentaire, 713 et s. :

- « Aliments n'arrangent pas », 731
- alliés, 714
- appauvrissement volontaire, 721
- cas, 714 et s.
- collatéraux, 714
- concubinage, 463
- déchéance, 717
- divorce, 319
- époux, 714
- enfants, 684 et s.
- état de besoin, 720
- exécution forcée, 739 et s.
- fraude, 721
- indexation, 725
- modalités, 724
- ordre public, 685, 727
- PACS, 714
- paiement direct, 740 et s.
- parents, 714

- pension alimentaire, 718 et s.
- pluralité, 734 et s.
- prescription, 732
- procédure collective, 728
- réciprocité, 716
- recours, 736
- recouvrement public, 744 et s.
- régime général, 726 et s.
- renonciation, 725
- sanctions, 737 et s.
- solidarité, 736
- succession, 729
- surendettement, 728
- variation, 725
- veuf, 238

Obligation naturelle, 468

Obsèques, *V. Funérailles*.

Ordre public, 17

Origines :

- connaissance, 479, 528

P

PACS :

- acquêts, 438 et s.
- acte, 412 et s.
- adoption, 431
- aliments, 433
- alliance, 424
- absence, 443
- arbitrage, 456
- assistance, 427
- attribution préférentielle, 453
- bail, 437
- biens, 439 et s.
- bonne foi, 428
- capacité, 403 et s.
- clauses, 407
- cohabitation, 426
- Conseil constitutionnel, 406
- consentement
 - conclusion, 406
 - modification, 422
 - rupture, 444

- contrat
 - forme, 414
 - nature, 401
- créanciers
 - saisie, 295
 - solidarité, 286
- curatelle, 403
- date d'effet
 - pacte, 419 et s.
 - rupture, 452
- décès, 443
- dettes ménagères, 434
- disparition, 443
- dissolution, 441 et s.
- donations
 - régime civil, 453
 - régime fiscal, 400
- empêchements, 404
- enregistrement, 415 et s.
- enrichissement sans cause, 455
- état civil, 420
- étrangers, 400
- évolution, 400
- fidélité, 428
- filiation, 431
- fisc, 436
- formalisme, 412 et s.
- hétérosexuels, 397
- homosexuels, 397
- impôts, 436
- indivision, 438
- liquidation, 453
- logement, 437
- mariage,
 - attraction, 401, 424
 - entre partenaires, 448
 - incapacité, 403
 - rupture du PACS, 449 et s.
- meubles meublants, 435
- mineur, 403
- modification, 421 et s.
- nationalité, 429
- nature juridique, 401

- nom, 429
 - notaire, 412
 - nullité, 405, 408
 - obligation,
 - bonne foi, 428
 - cohabitation, 426
 - entraide, 427, 433
 - fidélité, 428
 - naturelle, 455
 - ordre public, 408
 - pacte,
 - fugitif, 410
 - *in extremis*, 411
 - posthume, 411
 - simulé, 409
 - prescription,
 - suspension, 424
 - prestation compensatoire, 454
 - preuve,
 - pacte, 419
 - rupture, 447
 - procréation assistée, 431
 - publicité, 420 et s.
 - quotité disponible, 453
 - recours, 419
 - refus, 418
 - résiliation,
 - conventionnelle, 444
 - judiciaire, 450
 - unilatérale, 445
 - responsabilité civile, 446
 - rupture,
 - consentement mutuel, 444
 - décès, 443
 - judiciaire, 450
 - mariage, 448
 - responsabilité, 446
 - unilatérale, 445 et s.
 - sécurité sociale, 436
 - séparation de fait, 451
 - simulé, 409
 - solidarité, 434 et s.
 - successions, 443
 - tiers,
 - information, 420, 422, 452
 - solidarité envers eux, 434
 - transcription, 420, 452
 - tutelle,
 - incapacité, 403
 - modification, 422
 - rupture, 444
- Parrains**, 673
- Parâtre**, 9
- Parenté**, 6 et s., 42
- degré, 7, 8
- Partage, omission**, 274
- Participation aux acquêts**, 182
- Pater is est...*, 530 et s.
- Pensions alimentaires**, *V. Obligation alimentaire*.
- Période légale de conception**, 531
- Personnalité moral**, 4
- Polygamie**, *V. Bigamie*.
- Possession d'état :**
- d'enfants, *V. Filiation*
 - époux, 97 et s.
 - éléments, 517 et s.
 - preuve, 522 et s.
- Pourvoi en cassation :**
- divorce, 278, 321, 338
 - filiation, 491
- Prénom**, 711
- Prescription :**
- actions d'état, 486
 - contestation d'état, 553 et s.
- Présomption de paternité**, 530
- Prestation compensatoire**, 562 et s. :
- capital, 383 et s.
 - caractères, 389
 - cas, 372
 - cession forcée, 385
 - choix de vie, 380
 - compensation, 389
 - concubinage, 380
 - décès, 388, 392
 - déclaration sur l'honneur, 377
 - demande, 374 et s.
 - économie générale, 370 et s.

- équité, 373
- évaluation, 379 et s.
- exécution provisoire, 375
- exigibilité, 375
- faute, 373
- finalité, 381
- fisc, 389
- fixation, 376 et s.
- garanties, 384
- indexation, 389
- modalités, 382 et s.
- nullité du mariage, 120
- paramètres, 380
- pleine propriété, 385
- procédure collective, 389
- provisionnelle, 374
- régime, 389
- rente, 389 et s.
- révision, 338, 377, 387, 390
- saisie, 389
- sanctions, 389
- séparation de corps, 212
- succession, 380
- torts, 373
- transaction, 497
- usufruit, 385
- valeurs mobilières, 383
- Privatisation, 17

Procréation médicalement assistée, 561 et s. :

- adoption, 586
- à l'étranger, 586
- clonage, 585
- embryons, 579 et s.
- fécondation *in vitro*, 573 et s.
- filiation, 571
- insémination artificielle, 573 et s.
- mères porteuses, 585 et s.
- principes directeurs, 566 et s.
- sanctions, 572, 586 et s.
- tiers donneur, 576

Profession, V. Mariage.

Progrès scientifique, 16, 480 et s.

R

Recherche :

- maternité, 525 et s.
- paternité, 542 et s.

Réconciliation, V. Divorce.

Reconnaissance d'enfant, V. Filiation.

Régime matrimonial, 321 et s. :

- liquidation après décès, 228 et s.
- liquidation après divorce, 351 et s.

Religion :

- des époux, 130
- de l'enfant, 671
- droit et –, 14

Remariage, 39, 221, 342

Répudiation, 285, 262

Résidence habituelle, 654

Responsabilité :

- adultère, 147
- concubin, 468
- fiancés, 68

S

Secours, V. Devoir de recours.

Séparation de biens, 180

Séparation de corps, 361 et s. :

- causes, 198
- consentement mutuel, 198, 213
- conversion en divorce, 211 et s.
- définition, 197
- devoir de secours, 204
- divorce, 210
- dommages-intérêts, 205
- effets, 200 et s.
- fidélité, 366 :
 - présomption de paternité, 201, 533
 - prestation compensatoire, 212
- nom, 202
- prestation compensatoire, 205
- procédure, 198 et s.
- réconciliation, 206 et s.
- succession, 209

Séparation de fait, 188 et s.

- amiable, 139
- divorce, 195
- convention, 190

- effets, 192 et s.
- notion, 189
- organisation judiciaire, 215
- unilatérale, 191

Sépulture, 222, 627

Sexe :

- des époux, 36 et s., 51
- homosexualité, *V. ce mot.*
- Transsexualisme, *V. ce mot.*

Sida, 53, 71

Solidarité, *V. Dettes ménagères.*

Souvenirs de famille, 701

Subsides (action à fins de —), 693 et s.

Succession, *V. Séparation de corps, veuvage.*

T

Tableaux :

- alliance, 9
- cadre du couple, 24
- conjoint survivant, 230
- contestation de filiation, 557
- divorce, loi de 2004, 263
- empêchements à mariage, 48
- parenté collatérale, 8
- parenté directe, 7

Téléphone, 333

Témoignages :

- descendants (divorce), 330

Tentative de conciliation, 312

Tierce opposition :

- adoption, 608
- divorce, 276, 338

Tiers :

- appel à l'instance (filiation), 489
- chose jugée (filiation), 492

Transaction (divorce), 497

Transsexualisme, 51

U

Union libre, *V. Concubinage.*

Utérin (frère), 8

V

Vérité biologique, 488

Veuvage, 219 et s.

- aliments, 238
- alliance, 224
- cas, 219
- disparition, 239 et s.
- droits artistiques, 235
- inhumation, 222
- logement, 232 et s.
- nom, 223
- remariage, 221
- représentation posthume, 222
- succession, 228 et s.
- testament, 236

Vices de consentement, *V. Mariage, Divorce, PACS.*

Viduité :

- clauses de –, 29
- délai de –, 35, 221

Vie privée :

- époux, 129
- mineur, 671

Viol :

- entre époux, 128

Violences :

- enfants, 678
- époux, 70, 112, 151, 152
- expulsion, 138
- PACS, 424

Visite, 673 et s.

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Principales abréviations	5
Introduction	15
§ 1. Le lien familial	17
§ 2. Le cercle familial	20
§ 3. Le droit familial	24
§ 4. La juridiction familiale	28
Première partie L'ALLIANCE	31
SOUS-PARTIE 1 LE MARIAGE CIVIL	35
TITRE 1 L'acte de formation du mariage civil	39
CHAPITRE 1 CONDITIONS D'ORDRE SOCIAL	43
SECTION 1. L'ex-prohibition du mariage homosexuel	43
SECTION 2. La prohibition de la polygamie	46
SECTION 3. La prohibition du mariage incestueux	48
§ 1. Les cas d'empêchement	49
A. Les empêchements dus au lien de sang	49
B. Les empêchements dus à un lien adoptif	50
C. Les empêchements dus à l'alliance	50
§ 2. Sanctions et dispenses	51
CHAPITRE 2 LES CONDITIONS INDIVIDUELLES	53
SECTION 1. Conditions physiques	53
§ 1. Conditions tenant l'âge	53
§ 2. Conditions tenant au sexe	54
§ 3. Conditions tenant à l'état de santé	55

SECTION 2. Conditions de capacité	57
§ 1. Mineurs	58
§ 2. Incapables majeurs	60
SECTION 3. Conditions de consentement	60
§ 1. Le consentement au mariage	61
A. Moment du consentement	61
B. Intégrité du consentement	65
§ 2. L'intention matrimoniale	69
CHAPITRE 3 LE FORMALISME DU MARIAGE	73
SECTION 1. Les mariages célébrés en france	74
§ 1. Les formalités préparatoires	74
§ 2. Les oppositions à la célébration	77
§ 3. La célébration du mariage	81
§ 4. La preuve du mariage	83
SECTION 2. Les mariages célébrés à l'étranger	85
§ 1. Mariages concernant un Français	85
§ 2. Mariages entre étrangers	89
Annexe I – Document d'information remis aux futurs époux par l'état civil	89
CHAPITRE 4 LA NULLITE DU MARIAGE	95
SECTION 1. L'action en nullité	95
SECTION 2. Les effets de la nullité	99
TITRE 2 L'état de mariage : les effets du mariage civil	105
CHAPITRE 1 LE STATUT INDIVIDUEL DE CHAQUE ÉPOUX	107
SECTION 1. Effets du mariage sur le statut personnel	107
SECTION 2. Le maintien de la liberté individuelle	110
§ 1. Les attributs relatifs à l'intégrité de la personne	111
§ 2. Les attributs relatifs au comportement de la personne	113
CHAPITRE 2 LES LIENS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX	117
SECTION 1. Les droits et devoirs réciproques des époux	118
§ 1. Le devoir de respect	120
§ 2. Le devoir de communauté de vie	122
A. Le devoir de cohabitation	122
B. Le « devoir conjugal »	126

C. Le devoir de coopérer	126
§ 3. Le devoir de fidélité	127
§ 4. Le devoir d'assistance	129
SECTION 2. La fonction commune	130
CHAPITRE 3 LES EFFETS SUR LE PLAN PATRIMONIAL	133
SECTION 1. Le statut matrimonial impératif	133
§ 1. L'autonomie de chaque époux	134
A. Actes de la vie courante et domestique	135
B. Actes de la vie professionnelle	138
§ 2. La sauvegarde des intérêts familiaux	139
A. La protection du logement familial	140
B. Contribution aux charges du mariage et devoir de secours	142
C. Gestion patrimoniale des crises	145
SECTION 2. Le régime matrimonial	147
§ 1. Les régimes de type séparatiste	147
A. La séparation de biens	148
B. Le régime de participation aux acquêts	149
§ 2. Les régimes de type communautaire	149
A. La communauté réduite aux acquêts	150
B. Les communautés conventionnelles	151
TITRE 3 Le relachement du mariage : les séparations	153
CHAPITRE 1 LES SÉPARATIONS SPONTANÉES	155
SECTION 1. Origines de la séparation de fait	156
SECTION 2. Effets de la séparation de fait	157
SECTION 3. Issue de la séparation de fait	158
CHAPITRE 2 LES SÉPARATIONS JUDICIAIREMENT ORGANISÉES	159
SECTION 1. La séparation de corps	159
§ 1. Prononcé de la séparation de corps	160
§ 2. Les effets de la séparation de corps	161
A. Effets personnels	162
B. Effets matériels	163
§ 3. La fin de la séparation de corps	164
A. La réconciliation	165
B. Le décès	166
C. Le divorce	166
1. Divorce par conversion de la séparation de corps	167

	2. Divorce autonome	168
	SECTION 2. Les séparations organisées autour d'une instance en divorce	169
<hr/>		
TITRE 4	La dissolution du mariage	171
<hr/>		
SOUS-TITRE 1	Le veuvage	173
<hr/>		
CHAPITRE 1	LE VEUVAGE PAR DÉCÈS	175
<hr/>		
	SECTION 1. Effets d'ordre personnel	175
	SECTION 2. Effets d'ordre patrimonial	177
	§ 1. Dissolution du régime matrimonial	178
	§ 2. Droits successoraux du conjoint survivant	178
	A. Dévolution légale.....	179
	B. Modification par testament ou donation	182
	§ 3. Droits alimentaires	183
<hr/>		
CHAPITRE 2	LE QUASI-VEUVAGE PAR ABSENCE DÉCLARÉE	185
<hr/>		
SOUS-TITRE 2	Le divorce	189
<hr/>		
CHAPITRE 1	LA QUESTION DU DIVORCE	191
<hr/>		
	SECTION 1. Historique.....	193
	SECTION 2. Tableau général.....	200
<hr/>		
CHAPITRE 2	LES VOIES D'ACCÈS AU DIVORCE	205
<hr/>		
	SECTION 1. Le divorce contractuel	207
	§ 1. Le divorce contractuel sans juge.....	209
	§ 2. Le divorce contractuel soumis à homologation judiciaire	212
	SECTION 2. Le divorce judiciaire	215
	Sous-section 1. Les cas de divorce contentieux	215
	§ 1. Le divorce accepté en son principe	215
	§ 2. Le divorce par altération définitive du lien conjugal	218
	§ 3. Le divorce pour faute	221
	§ 4. Les griefs conjugaux	223
	A. Notion de faute	223
	B. Caractères de la faute	226
	§ 5. Les faits neutralisants	227
	A. Irresponsabilité.....	227
	B. Provocation	228
	C. La réconciliation	229

D. Excuses	230
§ 6. Le partage des torts	231
Sous-section 2. La procédure des divorces contentieux	232
§ 1. La phase préparatoire	234
A. Requête initiale et tentative de conciliation	234
B. Les mesures provisoires	237
§ 2. La phase du jugement	242
A. Le déroulement de la procédure	243
B. Preuves	244
C. Le jugement	249
<hr/>	
CHAPITRE 3 LES CONSÉQUENCES DU DIVORCE	253
<hr/>	
SECTION 1. Les effets d'ordre personnel	253
§ 1. Les effets relatifs à la personne des époux	255
A. La dissolution du lien matrimonial	255
B. Les séquelles du lien matrimonial	256
§ 2. Les conséquences du divorce à l'égard des enfants	258
SECTION 2. L'apurement patrimonial	259
§ 1. La liquidation patrimoniale	260
A. Mode de liquidation	260
B. Date d'appréciation de la liquidation	262
C. Le sort des dettes des époux	265
D. Le sort des donations et avantages matrimoniaux	266
E. Le sort des contrats en cours	268
§ 2. Le sort du logement familial	269
§ 3. Les dommages-intérêts	274
SECTION 3. La prestation compensatoire	275
§ 1. Droit à prestation	277
§ 2. Régime procédural	278
§ 3. Fixation de la prestation	280
A. Mode de fixation	280
B. Évaluation	282
§ 4. Modalités de la prestation	286
A. Principe : capital immédiat	287
B. Exception en faveur du débiteur : capital échelonné	289
C. Exception en faveur du créancier : rente viagère	290
§ 5. Paiement de la prestation	293

SOUS-PARTIE 2	LA QUASI-ALLIANCE	295
TITRE 1	Le pacs	297
CHAPITRE 1	LA FORMATION DU PACS	303
	SECTION 1. Les conditions du pacs	303
	§ 1. Capacité	304
	§ 2. Consentement	305
	§ 3. Contenu	305
	SECTION 2. Le formalisme du pacs	307
	§ 1. Phase préparatoire	311
	§ 2. Phase solennelle	311
	§ 3. Phase de publicité	313
	SECTION 3. La modification du pacs	313
CHAPITRE 2	LES EFFETS DU PACS	315
	SECTION 1. Les effets d'ordre personnel	316
	§ 1. Obligations réciproques	316
	§ 2. Absence d'effets envers les tiers	317
	SECTION 2. Les effets d'ordre patrimonial	318
	§ 1. Le statut de base	318
	§ 2. Le patrimoine	321
CHAPITRE 3	LA DISSOLUTION DU PACS	325
	SECTION 1. Les cas de dissolution	327
	§ 1. Cas analogues au mariage	327
	§ 2. Cas spécifiques au PACS	328
	A. Dissolution par rupture unilatérale	328
	B. Dissolution par mariage	329
	C. Dissolution pour faute	330
	§ 3. Séparation de fait	331
	SECTION 2. Conséquences de la dissolution	331
TITRE 2	Le concubinage (ou union libre)	335
CHAPITRE 1	LA SITUATION PENDANT LE CONCUBINAGE	339
CHAPITRE 2	LA SITUATION À LA FIN DU CONCUBINAGE	343

Deuxième partie	LA DESCENDANCE	347
SOUS-PARTIE 1	LE DROIT DE LA FILIATION	349
TITRE 1	Les données de base	351
	SECTION 1. Le lien de filiation	351
	SECTION 2. L'architecture classique du droit de la filiation	352
	SECTION 3. La double révolution du ^{xxi} siècle.....	354
	§ 1. La révolution des Droits de l'homme	354
	§ 2. La révolution médico-scientifique	355
	SECTION 4. Le régime particulier des actions d'état.....	357
	§ 1. Nécessité d'une action en justice	359
	§ 2. Caractères des actions relatives à la filiation.....	359
	§ 3. Règles de procédure	361
	§ 4. Règles de preuve	363
TITRE 2	La filiation spontanée	367
CHAPITRE 1	L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION	369
	SECTION 1. L'établissement de la maternité	371
	§ 1. L'acte de naissance.....	371
	§ 2. La reconnaissance de maternité	372
	§ 3. La possession d'état judiciairement constatée	375
	A. Une possession d'état	376
	B. Un acte judiciaire de constat	378
	§ 4. L'action en recherche de maternité.....	379
	SECTION 2. L'établissement de la paternité.....	381
	§ 1. La présomption de paternité du mari.....	382
	§ 2. La reconnaissance de paternité	385
	§ 3. La possession d'état judiciairement constatée	386
	§ 4. L'action en recherche de paternité.....	386
CHAPITRE 2	PREUVE ET EFFETS DE LA FILIATION ÉTABLIE	389
	SECTION 1. La preuve de la filiation	389
	SECTION 2. Effets de la filiation établie	390
CHAPITRE 3	LA CONTESTATION DE LA FILIATION ÉTABLIE	393
	SECTION 1. Ouverture de l'action	394

§ 1. Réunion d'un titre et d'une possession d'état	395
§ 2. Présence d'un seul de ces éléments	396
SECTION 2. Régime de l'action	397
<hr/>	
TITRE 3 La filiation médicalement assistée	399
<hr/>	
CHAPITRE 1 L'ORGANISATION DES TECHNIQUES PERMISES	401
<hr/>	
SECTION 1. Principes directeurs communs	401
SECTION 2. La procréation artificielle endogène	404
SECTION 3. La procréation artificielle exogène	405
§ 1. La procréation à demi exogène	406
§ 2. La procréation entièrement exogène : le don d'embryon	408
<hr/>	
CHAPITRE 2 LES TECHNIQUES INTERDITES	411
<hr/>	
SECTION 1. Les prohibitions du droit français	411
§ 1. Le recours à des « mères porteuses »	411
§ 2. Le clonage	413
SECTION 2. Les effets d'une pratique prohibée	413
<hr/>	
TITRE 4 La filiation elective : l'adoption	417
<hr/>	
CHAPITRE 1 L'ADOPTION PLÉNIÈRE	419
<hr/>	
SECTION 1. Conditions	420
§ 1. Conditions relatives à l'adoptant	420
§ 2. Conditions relatives à l'adopté	422
§ 3. Conditions relatives au rapport adoptant-adopté	426
SECTION 2. Procédure de l'adoption plénière	427
SECTION 3. Effets de l'adoption plénière	429
<hr/>	
CHAPITRE 2 L'ADOPTION SIMPLE	433
<hr/>	
SECTION 1. Les conditions de l'adoption simple	433
SECTION 2. Effets de l'adoption simple	435
SECTION 3. Révocation de l'adoption simple	439
<hr/>	
CHAPITRE 3 L'ADOPTION INTERNATIONALE	441
<hr/>	

SOUS-PARTIE 2	LE DROIT DE L'ÉDUCATION	445
TITRE 1	Le gouvernement de l'enfant : l'autorité parentale	447
	Annexe II	450
CHAPITRE 1	LA DÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE	465
	SECTION 1. Titulaires du droit d'autorité parentale	466
	§ 1. Dévolution initiale	466
	§ 2. Changements ultérieurs	467
	§ 3. Retrait de l'autorité parentale	467
	§ 4. La fin de l'autorité parentale	470
	SECTION 2. Titulaires de l'exercice de l'autorité parentale	472
	Sous-section 1. Les variétés possibles	473
	§ 1. L'exercice conjoint de l'autorité parentale	473
	§ 2. L'exercice exclusif de l'autorité parentale	476
	§ 3. L'exercice délégué de l'autorité parentale	478
	Sous-section 2. La procédure d'organisation	481
	§ 1. Organisation conventionnelle	481
	§ 2. Organisation judiciaire	482
CHAPITRE 2	LA MISSION D'AUTORITÉ PARENTALE	487
	SECTION 1. Contenu de l'autorité parentale	487
	SECTION 2. Contrôle et limitation de l'autorité parentale	491
	§ 1. Remise provisoire de l'enfant à un tiers	492
	§ 2. L'assistance éducative	493
TITRE 2	L'entretien matériel de l'enfant	499
CHAPITRE 1	LE DEVOIR D'ENTRETIEN DES PARENTS	501
CHAPITRE 2	L'ADMINISTRATION ET LA JOUISSANCE DES BIENS DES ENFANTS	507
CHAPITRE 3	L'ACTION À FINS DE SUBSIDES	511
Troisième partie	LA SOLIDARITÉ FAMILIALE	515
CHAPITRE 1	LA SOLIDARITÉ PAR LE NOM : LE NOM DE FAMILLE	517
	SECTION 1. L'attribution initiale du nom	519
	SECTION 2. Le changement de nom	522

§ 1. Changements consécutifs à une modification d'état civil.....	524
§ 2. Changement de nom sans modification de l'état	525
§ 3. Changement de prénom.....	525
<hr/>	
CHAPITRE 2 LA SOLIDARITÉ PAR L'ENTRAIDE : L'OBLIGATION ALIMENTAIRE	527
<hr/>	
SECTION 1. La vocation aux aliments	527
§ 1. Le cercle de solidarité familiale	528
§ 2. Déchéance exceptionnelle de la vocation aux aliments	530
SECTION 2. Mise en œuvre : la pension alimentaire	531
§ 1. Fixation de la pension alimentaire	532
§ 2. Régime juridique de l'obligation alimentaire	536
§ 3. Paiement de la pension alimentaire	538
§ 4. Sanctions de l'obligation alimentaire.....	541
Index alphabétique	549

COLLECTION DOMAT

Conseil éditorial

Sylvain Bollée

Martin Collet

Rémy Libchaber

Jacques Petit

Philippe Raynaud

François Saint-Bonnet

Jean-Bernard Auby, Hugues Périnet-Marquet et Rozen Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 11^e éd., 2017

Mathias Audit, Sylvain Bollée et Pierre Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^e éd., 2016

Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit parlementaire*, 5^e éd., 2014

Francis Balle, *Médias et sociétés*, 17^e éd., 2016

Jean Bart, *Histoire du droit privé, De la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., 2009

Bernard Beignier, *Droit des assurances*, 3^e éd., 2018

Florence Bellivier, *Droit des personnes*, 2015

Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 17^e éd., 2018

Alain Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., 2017

Alain Bénabent, *Droit de la famille*, 4^e éd., 2018

Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 12^e éd., 2017

Thierry Bonneau, Pauline Pailler, Anne Claire Rouaud, Adrien Tehrani et Régis Vabres, *Droit financier*, 2017

Michel Borgetto et Robert Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 10^e éd., 2018

Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., 1997

Philippe Braud et François Burdeau, *Histoire des idées politiques depuis la Révolution*, 2^e éd., 1992

François Burdeau, *Histoire de l'administration française, XVIII^e-XX^e siècles*, 2^e éd., 1994

Rémy Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, 10^e éd., 2017

Jérôme Caby, Alain Couret et Gérard Hirigoyen, *Initiation à la gestion, Connaissance de l'entreprise à partir de ses principaux documents obligatoires*, 3^e éd., 1991

Nicolas Cayrol, *Droit de l'exécution*, 2^e éd., 2016

René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1 (15^e éd., 2001) *Service public, Police, Responsabilité, Actes, Organisation et justice administratives, Séparation des autorités administratives et judiciaires, Conflits d'attribution* ; t. 2 (15^e éd., 2001) *Fonction publique, Domaine public, Travaux publics, Expropriation*

René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., 2017

Martin Collet, *Finances publiques*, 3^e éd., 2018

Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 12^e éd., 2016

Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., 2007

Gérard Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., 2007

Gérard Cornu, *Droit civil, Les personnes*, 13^e éd., 2007

Gérard Cornu, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., 2006

Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., 2005

Françoise Dekeuwer-Défossez et Édith Blary-Clément, *Droit commercial, Actes de commerce, Fonds de commerce, Commerçants, Concurrence*, 11^e éd., 2015

Jean Devèze et Philippe Pétel, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit*, 1992

Nicolas Dissaux et Romain Loir, *Droit de la distribution*, 2017

William Dross, *Droit des biens*, 3^e éd., 2017

Louis Dubouis et Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., 2015

Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 12^e éd., 2018

Michel Fromont et Jonas Knetsch, *Droit privé allemand*, 2^e éd., 2017

Jean Gaudemet et Emmanuelle Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, 8^e éd., 2014

Jean Gaudemet, *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4^e éd., 1997

Jean Gaudemet, *Sociologie historique, Les maîtres du pouvoir*, 1994

Jean Gaudemet et Emmanuelle Chevreau, *Droit privé romain*, 3^e éd., 2009

Paul-Marie Gaudemet et Joël Molinier, *Finances publiques*, t. 1 (7^e éd., 1996) *Politique financière* ; *Budget et Trésor*, t. 2 (6^e éd., 1997) *Fiscalité*

Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32^e éd., 2018

Gilles J. Guglielmi, Geneviève Koubi et Martine Long et la collab. de Gilles Dumont, *Droit du service public*, 4^e éd., 2016

- Daniel Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 9^e éd., 2018
- Jacques Héron et Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., 2015
- Emmanuel Jeuland, *Droit processuel général*, 4^e éd., 2018
- Christian Jubault, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., 2010
- Jérôme Julien, *Droit de la consommation*, 2^e éd., 2017
- Thierry Lambert, *Procédures fiscales*, 3^e éd., 2017
- Paul Le Cannu et Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 8^e éd., 2018
- Cécile Le Gallou et Simon Wesley, *Droit anglais des affaires*, 2018
- Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., 2014
- Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 10^e éd., 2016
- Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 5^e éd., 2018
- Yves Mény et Yves Surel, *Politique comparée, Les démocraties (Allemagne, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie)*, 8^e éd., 2009
- Marcel Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 15^e éd., 2018
- Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, 5^e éd., 2018
- Roger Perrot, Bernard Beignier et Lionel Miniato, *Institutions judiciaires*, 17^e éd., 2018
- Nicolas Petit, *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., 2018
- Frédéric Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, 1999.
- Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e éd., 2009
- Raphaël Romi, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 10^e éd., 2018
- Raphaël Romi, *Droit international et européen de l'environnement*, 3^e éd., 2017
- Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., 2016
- Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., 2018
- François Saint-Bonnet et Yves Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, 5^e éd., 2015
- Carlos Santulli, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., 2015
- Roger-Gérard Schwanzenberg, *Sociologie politique*, 5^e éd., 1998
- Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013
- Serge Sur, *Relations internationales*, 6^e éd., 2011

Romuald Szramkiewicz et Olivier Descamps, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., 2013

Jacques Ziller, *Administrations comparées, Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, 1993



DROIT DE LA FAMILLE

Tourné tant vers les étudiants que les professionnels du droit civil de la famille, magistrats, avocats et notaires en particulier, cet ouvrage a pour objet de présenter l'ensemble de ce droit tel qu'il est ressorti, refondu de fond en comble, du changement de siècle, sous l'effet de la double révolution des droits de l'homme et des progrès médico-scientifiques. De la création du pacs (1999-2006) au débat sur la PMA et la GPA, en passant par la réforme du divorce (2004), la refonte de l'autorité parentale (2002), la transformation du droit de la filiation (2005-2009), la réforme des successions (2006), l'organisation de la parole en justice des enfants (2009), l'ouverture du mariage à « tous » (2013) ou le divorce sans juge (2016), il ne subsiste plus grand chose du siècle dernier dans ce « nouveau droit de la famille » aujourd'hui à la fois en vigueur et en devenir, auquel s'intéresse régulièrement l'opinion publique.

Assorti de divers tableaux permettant de comparer les solutions d'un droit essentiellement pluraliste, ainsi que de données sociologiques actuelles, le livre suit en trois parties les liens familiaux :

- Liens d'alliance : mariage, veuvage, divorce, pacs, concubinage.
- Liens de descendance : filiation (spontanée, médicalement assistée ou adoptive), autorité parentale et éducation.
- Liens de solidarité : nom de famille, obligations alimentaires.

Alain BÉNABENT, Professeur agrégé des Facultés de droit, est avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.



Prix : 39 €
ISBN 978-2-275-04497-2
www.lextenso-editions.fr
Le Petit Atelier