

DEUXIEME PARTIE

LA FAMILLE

Chacun semble savoir ce qu'est une famille, pourtant il paraît bien difficile d'en donner une définition. Les juristes l'envisagent comme l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de parenté ou d'alliance. Ces concepts juridiques font penser que c'est le droit de la famille qui définit la famille. Or, d'une part, ils sont inaptes à appréhender les relations familiales nouvelles que sont par exemple le concubinage ou les recompositions familiales, d'autre part, la famille est un phénomène social avant de constituer un phénomène juridique. La famille existe avant la loi et souvent en dehors d'elle. Les liens juridiques ne se perçoivent que comme des habillages nécessaires d'une réalité préexistante.

Cette réalité apparaît à l'époque contemporaine comme extrêmement diverse. Se côtoient ainsi des familles traditionnelles fondées sur le mariage et qui unissent sous un même toit les parents et leurs enfants, des familles dites, naguère, naturelles reposant sur un simple lien de fait¹ et un lien de droit², des familles monoparentales constituées d'un parent et de son ou ses enfants³, des familles recomposées réunissant sous un même toit un couple, les enfants de chacun de ses membres issus d'une précédente union et les enfants communs. Il faut enfin ajouter les familles homoparentales construites autour d'un couple homosexuel et d'un enfant.

Dans la description de cette diversité, deux points communs semblent se dégager : l'enfant et le fait de vivre ensemble. Il ne faut pourtant pas réduire la définition de la famille à ces deux éléments. La question se posera longtemps de savoir si un couple sans enfant constitue une famille. Le Code civil répond affirmativement pour les époux. Qu'en est-il pour les couples non mariés ? Quant à la vie commune, elle ne prend en compte que la famille au sens étroit, la famille conjugale ou nucléaire. Selon l'image des cercles concentriques, il existe une famille plus large, celle qui unit les parents et les enfants, bien qu'ils ne cohabitent plus sous

¹ un concubinage

² la filiation

³ l'autre parent étant inconnu ou ne vivant pas au foyer

le même toit. Et puis la famille lignagère qui regroupe toutes les personnes qui sont unies par un lien de sang, auxquelles on peut ajouter les alliés.

Le Code civil ne définit pas la famille. Mieux, aucune partie ne lui est spécifiquement consacrée, le terme même de famille apparaît dans relativement peu de textes, si ce n'est à travers les notions d'intérêt de la famille, de conseil de famille ou de nom de famille qui ne touchent pas directement à l'organisation de la famille. C'est que les rédacteurs du Code civil n'ont pas abordé la famille comme un groupement, encore moins comme une personne distincte de ses membres, mais à travers un ensemble de relations bilatérales entre les différents membres de la famille : entre parents et enfants, entre membres d'un couple. Ce que l'on désigne par droit de la famille représente donc l'ensemble des règles qui organisent ces relations bilatérales.

Les relations de famille sont, au plan juridique, de deux ordres. Le droit civil distingue en effet la parenté et l'alliance.

La parenté est le lien juridique qui unit les personnes entre lesquelles il existe un lien de sang. Il faut cependant remarquer que cette parenté n'existe elle-même que par le truchement du lien de filiation. C'est en effet par une addition de liens de filiation qu'un enfant est parent avec son grand-père : lien de filiation entre l'enfant et son père, lien de filiation entre son père et le père de celui-ci. La parenté se divise en deux lignes.

La première, dite ligne directe, unit les personnes qui descendent les unes des autres : le fils (ou la fille), le père (ou la mère), le grand-père (ou la grand-mère), l'arrière-grand-père (ou l'arrière-grand-mère), ainsi de suite à l'infini.

La seconde ligne est dite collatérale : elle lie les personnes qui ont un ancêtre commun : les frères et sœurs, les cousins et cousines, les oncles et tantes et les neveux et nièces.

La plus ou moins grande proximité entre deux personnes d'une même parenté se compte en degrés.

Dans la ligne directe, il y a un degré par génération. Ainsi, entre la mère et la fille, on compte un degré, entre la fille et son grand-père, on en compte deux, etc.

Dans la ligne collatérale, il faut compter le nombre de degrés qui séparent chacun des intéressés de leur ancêtre commun et faire l'addition. Ainsi, entre un

frère et une sœur, il y a deux degrés ; entre cousins germains, quatre degrés⁴ ; entre un oncle et sa nièce, trois degrés⁵ etc.

L'alliance est le lien de famille qui unit un époux avec les parents de son conjoint : son beau-père et sa belle-mère⁶, ses beaux-frères et belles-sœurs⁷. Le lien d'alliance ne va pas au-delà de ce cercle restreint, il ne lie pas les époux avec les autres membres de la famille du conjoint, ni les membres des deux familles entre eux. En revanche, il y a également un lien d'alliance entre un enfant et le conjoint de son parent : l'enfant est alors appelé beau-fils ou belle-fille de ce conjoint.

L'alliance naît forcément d'un mariage. Pour autant, le mariage ne crée pas un lien d'alliance entre les époux. Ces derniers sont liés par un lien conjugal qui leur est particulier et qui n'existe d'ailleurs ni entre concubins ni entre partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Ce sont le lien de parenté et le lien conjugal qui produisent les effets les plus importants et les plus nombreux. Le lien d'alliance ne crée guère que des empêchements à mariage ainsi qu'une obligation alimentaire réciproque.

Le droit de la famille est un ensemble très vaste qui dépasse les frontières du droit civil. Il existe en effet de nombreuses règles concernant la famille qui relèvent du droit fiscal, du droit social ou du droit administratif. Sauf exception, il n'en sera pas fait état dans cet ouvrage qui a pour objet le droit civil de la famille.

Le droit civil apparaît comme le cœur du droit de la famille car c'est lui qui détermine les modes de constitution des liens familiaux et leurs effets principaux. Cependant, le droit civil de la famille constitue lui-même un corps de règles très important qui englobe les rapports d'ordre personnel et ceux d'ordre patrimonial. Par tradition mais aussi pour des raisons pratiques, les deux types de relations sont étudiés séparément.

On peut distinguer deux sortes de rapports patrimoniaux. D'une part, les régimes matrimoniaux qui fixent le statut des biens des époux. D'autre part, les successions qui concernent la transmission des biens d'une personne, le plus souvent au sein de sa famille, à la suite de son décès.

⁴ leur ancêtre commun est leur grand-père dont ils sont séparés chacun par deux degrés

⁵ l'ancêtre commun est la personne qui est à la fois le père de l'oncle et le grand-père de la nièce

⁶ père et mère du conjoint

⁷ frères et sœurs du conjoint

Quant aux rapports d'ordre personnel, ils concernent le statut de l'enfant, les modes d'établissement de sa filiation, l'autorité parentale, les obligations alimentaires, mais aussi le statut des couples, les conditions de leur reconnaissance juridique et les obligations personnelles qui s'imposent à leurs membres.

On réserve généralement l'expression de droit de la famille à ces rapports personnels ; cet ouvrage leur est consacré. Pour autant, il faut bien comprendre la part d'artifice qui entre dans ces divisions et cette répartition. D'une part, les rapports d'ordre patrimonial appartiennent bien au droit de la famille. D'autre part, il est souvent bien difficile de traiter des rapports personnels en faisant totalement abstraction des rapports patrimoniaux, ce qui explique que cet ouvrage contiendra certains développements à leur sujet.

Le droit de la famille apparaît comme le fruit de l'histoire et des mentalités d'une société et repose sur des valeurs qui lui sont propres. L'idée prédomine par conséquent que chaque Etat secrète un droit de la famille qui lui est spécifique et qui n'est pas le même que celui de l'Etat voisin. Il en résulte que les sources du droit de la famille restent encore essentiellement internes. C'est évidemment la loi qui fixe les règles en la matière. Cependant, la jurisprudence joue également un certain rôle dans son évolution⁸, même si ce rôle n'est sans doute pas aussi important que dans d'autres domaines et apparaît parfois au contraire comme un rôle de frein⁹. Le droit constitutionnel contribue également assez fortement à l'évolution actuelle du droit de la famille. Ainsi, le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958 et qui appartient donc au bloc de constitutionnalité, affirme que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »¹⁰. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a reconnu au droit de se marier la nature d'un droit constitutionnel¹¹. Il a également rendu une décision remarquée relative à la loi du 15 novembre 1999 qui a instauré le pacte civil de solidarité : il l'a en effet validée tout en imposant son interprétation concernant

⁸ elle a par exemple accentué la place de la vérité biologique dans la filiation au-delà de ce qu'avait prévu le législateur

⁹ ainsi, elle a longtemps refusé de considérer qu'un couple homosexuel constitue un concubinage ou d'admettre qu'un transsexuel change de sexe

¹⁰ alinéa 10

¹¹ DC du 13 août 1993 ; JO 18 août 1993, à propos de la loi relative à l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Le législateur voulant lutter contre les mariages fictifs, conclus à seule fin d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour, a tendance à adopter des mesures portant parfois atteinte au droit de se marier.

certaines dispositions trop imprécises¹², prenant - pour ne pas dire usurpant -ici en quelque sorte la place du législateur.

Cependant, l'une des grandes caractéristiques du droit de la famille contemporain réside dans l'importance croissante des sources externes. Il faut citer la Convention universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et surtout la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), adoptée à New York le 20 novembre 1989, qui considère la famille comme « unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants » et reconnaît à l'enfant un certain nombre de droits relatifs à la famille, tels celui de connaître ses parents et d'être élevés par eux¹³. Or la Cour de cassation a reconnu, récemment, à certaines stipulations de la CIDE un caractère directement applicable, c'est-à-dire que les particuliers ont le droit de se fonder sur ce texte en justice pour obtenir satisfaction¹⁴. Ce texte international a déjà joué et sera sans doute appelé à jouer encore un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la famille.

Le droit européen tient la part la plus grande dans cette évolution. Il s'agit avant tout de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui consacre certains droits liés, directement ou non, au droit de la famille.

Ainsi, l'article 12 reconnaît à l'homme et à la femme le droit de se marier à partir de l'âge nubile, tandis que l'article 8 déclare que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de veiller au respect par les Etats signataires des droits ainsi reconnus, exerce une influence certaine sur les droits internes, parfois jugée excessive. C'est ainsi qu'à la suite d'une condamnation de la France pour discrimination à l'égard des enfants adultérins, le législateur français a modifié le Code civil pour établir une égalité sans faille entre tous les enfants, né en ou hors mariage.

¹² DC du 9 novembre 1999 ; JO 16 novembre 1999

¹³ article 7

¹⁴ Cass. 1^o civ, 18 mai 2005

Ce qui se révèle encore plus nouveau, et plus surprenant, c'est l'intervention grandissante des institutions communautaires dans le droit de la famille, alors que leurs compétences sont normalement limitées au domaine économique.

Guidé par le principe de libre circulation des biens mais aussi des personnes, le droit communautaire a en effet tendance à vouloir supprimer toutes les entraves qui peuvent s'y opposer, et la diversité des droits nationaux, ainsi que leurs interdits, sont considérés comme autant d'obstacles à cette liberté. L'œuvre du droit communautaire s'est jusqu'à présent concentrée sur la manière de coordonner au mieux les divers systèmes nationaux pour faciliter le règlement des conflits au sein des familles dites « transfrontières ». Il s'est agi d'abord d'unifier les règles de conflits de juridictions¹⁵. Bientôt, il s'agira d'unifier les règles de conflits de lois. Il est fort possible que, dans un avenir plus moins proche, soient adoptés des textes ayant pour objet d'harmoniser le droit matériel. Il faut également relever le rôle joué par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), gardienne de l'ordre communautaire, qui n'hésite pas à rendre des décisions, fondées sur le principe de la libre circulation des personnes, en droit de la famille¹⁶. Enfin, les membres de l'Union européenne ont adopté à Nice en 2000, la Charte européenne des droits fondamentaux, sorte d'équivalent communautaire de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre elle aussi des droits fondamentaux, dont certains sont relatifs à la famille, comme le droit de se marier et le droit de fonder une famille¹⁷. A ce jour, la Charte n'est pas encore entrée en vigueur.

Depuis l'adoption du Code civil, le droit de la famille a connu une évolution si radicale qu'il semble ne plus rester grand-chose de commun entre le droit de 1804 et le droit contemporain. Pendant tout le XIXe siècle et la première moitié du XXe, l'évolution s'est révélée assez lente quoiqu'indéniable. C'est dans les années 1960-1970 que se sont produites les plus grandes réformes du droit de la famille, confiées au doyen Carbonnier, avec notamment la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale et la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce. Ces réformes sont toutes allées dans le même sens : on est passé d'un droit inégalitaire, hiérarchisé et dominé par l'ordre

¹⁵ voir les règlements dits « Bruxelles I », « Bruxelles II », « Bruxelles II bis »

¹⁶ CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello c/Etat belge, qui condamne la Belgique pour avoir refusé d'enregistrer un enfant de nationalité espagnole et belge sous le nom de sa mère conformément à la loi espagnole et avoir imposé son enregistrement sous le nom de son père, conformément à la loi belge

¹⁷ article 9

public à un droit fondé sur l'égalité et la liberté, où les volontés individuelles avaient une place plus grande. On est passé d'un droit où dominait le modèle de la famille légitime, où le divorce n'était pas libre, où sévissait une inégalité entre l'homme et la femme mais aussi entre les enfants légitimes et les enfants naturels, à un droit qui a fait une place à la diversité des choix familiaux, où l'égalité entre l'homme et la femme a été consacrée, la hiérarchie entre familles légitime et naturelle sinon abolie du moins fortement atténuée, et qui s'est centré sur l'intérêt de l'enfant.

A partir de 1999, un nouveau train de réformes profondes a été mis en route, poursuivant l'œuvre antérieure. Depuis la loi du 15 novembre 1999 instaurant un statut du couple non marié à l'usage notamment des homosexuels jusqu'à la loi du 23 juin 2006 réformant - déjà - ce même statut, en passant par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce et l'ordonnance du 4 juillet 2005 refondant la filiation, on compte au moins une loi par an en notre matière.

Peut-on découvrir le sens de l'évolution suivie en la matière par le droit positif français ? Une réponse négative s'impose sans nul doute dans le cadre d'une conception atomiste, unitaire du droit de la famille ; en effet, des règles juridiques, révélant des tendances apparemment contradictoires, sont édictées : notamment, les unes, relatives à la filiation naturelle et à la filiation adoptive, multiplient les hypothèses dans lesquelles un lien familial peut être établi entre un enfant et ses auteurs ; les autres, relatives aux successions, consacrent, cependant, une limitation de la parenté. Une réponse affirmative, en revanche, apparaît possible dans le cadre d'une conception dialectique, dualiste du droit familial ; celle-ci semble s'imposer lorsqu'on observe qu'au sein des nombreuses règles gouvernant la matière, les unes concernent les sources des relations familiales, orientées vers l'avenir, tandis que les autres sont relatives à l'étendue de ces dernières, alors tournées vers le passé. Ne peut-on dès lors vérifier que notre droit positif tend : d'une part, non point à tarir, mais au contraire à multiplier les sources des relations familiales, orientées vers l'avenir ; d'autre part, en compensation, à limiter l'étendue des relations familiales tournées vers le passé ? Il convient, pour répondre, d'étudier :

- dans un premier titre : la multiplication des sources des relations familiales, orientées vers l'avenir ;

- dans un second titre : la limitation de l'étendue des relations familiales, tournées vers le passé.

TITRE I

LA MULTIPLICATION DES SOURCES DES RELATIONS FAMILIALES, ORIENTÉES VERS L'AVENIR

Cette multiplication, en général, procède du triomphe d'un individualisme qui cesse d'être le privilège du *pater familias* et qui permet d'anéantir le droit traditionnel de la famille pour reconstruire ce dernier dans le double respect : d'une part, du droit de chacun des futurs conjoints et notamment de la femme, d'autre part, du droit de l'enfant, comme permet de vérifier l'examen successif du mariage et de la filiation qui constituent les deux sources classiques des relations familiales.

SOUS-TITRE I

LE MARIAGE

Le Code civil, pas plus qu'il n'a défini la famille, n'a pas défini le mariage « et il a eu raison », si l'on en croit le doyen Carbonnier : tout le monde sait de quoi il s'agit. Les juristes romains en donnaient une définition : *nuptiae sunt conjunctio maris effeminae et consortium omnis vitae, divini et humanijuris communicatio*¹⁸. Portails, le plus célèbre des rédacteurs du Code civil, dans son Discours préliminaire au projet de Code civil, présentait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Cette belle formule, cependant, ne dit pas vraiment ce qui fait juridiquement l'essence du mariage ; elle nous en livre certaines finalités, mais pas les devoirs. En particulier, l'accent mis sur la procréation est mal venu, car même s'il y a toujours eu un lien presque naturel entre le mariage et la filiation grâce au mécanisme de la présomption de paternité, nul n'a jamais douté que les époux sans enfant n'en sont pas moins parfaitement mariés. En outre, cette définition ne permet guère de distinguer le mariage des autres couples, elle pourrait correspondre à la situation des partenaires ayant signé un pacte civil de solidarité ou même à celle des concubins. Quant à la différence de sexe entre les époux, si elle semble une donnée

¹⁸ Modestin, Digeste, 23, 2, 1 : « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, une société de toute la vie, une communauté de droit divin et humain ».

universellement admise, elle ne permet plus de définir les mariages homosexuels consacrés dans certains droits voisins.

Il ne fait guère de doute que le mariage est l'union de deux personnes, fondée en particulier sur les relations sexuelles et plus généralement sur une communauté de vie. Mais le seul élément qui identifie vraiment le mariage réside sans doute dans la reconnaissance sociale, assise sur le respect par les candidats au mariage de certaines conditions de validité, et prenant forme dans la cérémonie solennelle que le droit organise. C'est ce qui distingue bien sûr le mariage du concubinage, mais aussi du pacte civil de solidarité.

Depuis la Révolution, le mariage est devenu un acte purement laïc. Les règles en sont fixées par le Code civil et la célébration se déroule nécessairement à la mairie. Il en résulte que la cérémonie religieuse ne joue aucun rôle en droit français du mariage. Certains systèmes juridiques exigent une telle cérémonie pour la formation du mariage, d'autres lui donnent une valeur équivalente à la cérémonie civile, le droit français l'ignore. Il ne l'interdit pas, mais il ne lui confère aucune valeur. Au contraire, un ministre du culte qui procéderait à l'union religieuse avant l'union civile pourrait faire l'objet de poursuites pénales¹⁹. La raison de cette incrimination réside dans la volonté de s'assurer du respect du principe de laïcité par les officiants.

La nature juridique du mariage est un débat qui a eu cours à partir du début du XXe siècle. Il était lié à la place de la volonté des époux dans la conclusion de l'union matrimoniale. L'alternative était la suivante : contrat ou institution. Le mariage apparaît comme un contrat dans la mesure où sa formation implique la volonté libre et éclairée des époux.

Cependant, l'analyse contractuelle ne semble pas suffisante pour expliquer que les époux ne font qu'adhérer à un statut imposé par la loi dont ils ne peuvent modifier les termes. De ce point de vue, le mariage se présente plutôt comme une institution, c'est-à-dire « une situation juridique dont les règles, les cadres sont fixés d'avance par le législateur, en dehors de la volonté des intéressés ». L'enjeu en était l'admission de la liberté de divorcer, en particulier par consentement mutuel. Or, la loi du 11 juillet 1975 a instauré ce cas de divorce, ce dont on a déduit immédiatement une contractualisation du mariage. De même, la loi du 26 mai 2004 a créé une quasi-

¹⁹ C. pén., art. 433-21. Les peines encourues sont de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Il faut relever toutefois que dans le nouveau Code pénal, l'infraction est devenue d'habitude, c'est-à-dire qu'elle n'est consommée que par la perpétration du même fait au moins deux fois.

résiliation du mariage par volonté unilatérale. Contrat ou institution ? On peut décider que les deux analyses se complètent. Mais le débat semble depuis longtemps largement dépassé. « Contrat ? Institution ? Comment avons-nous pu croire que, par le problème du divorce, l'essence du mariage tenait dans cette querelle de mots ? ».

On parle depuis plusieurs années de crise du mariage. Dans l'esprit de certains, cette crise peut consister en une évolution du droit peu conforme à l'idée nostalgique qu'ils s'en font, notamment en raison de la libéralisation du divorce et l'apparition de modèles concurrents. Mais la crise est en réalité moins institutionnelle que statistique. Depuis la seconde moitié du XXe siècle, on relève un indéniable déclin du mariage, une plus faible attirance à l'égard de l'engagement nuptial. Les statistiques sont fluctuantes: 319 900 mariages en 1960, 393 700 en 1970, une chute à 287 100 en 1990, une légère remontée en 2000²⁰, une nouvelle baisse depuis²¹.

Mais au-delà de cette succession de baisses et de remontées, c'est le taux de nuptialité qui paraît plus significatif : il connaît une baisse constante depuis 1960. Il n'est pas certain qu'il faille s'en inquiéter, même si l'on peut en éprouver des regrets : la baisse du nombre est peut-être corrélative d'une augmentation de la qualité. Ceux qui se marient le font peut-être avec plus de conviction et de sincérité et c'est peut-être ce qui explique que, contrairement à ce que l'on dit souvent, les mariages sont plus stables que les concubinages.

La volonté des époux est nécessaire pour la formation du mariage mais semble indifférente pour en déterminer le contenu : le statut matrimonial est unique, obligatoire et monolithique. Cette apparence qui vient de la loi ne doit pas masquer la diversité de la pratique des mariages, selon la volonté des époux, qui transparaît bien souvent dans le contentieux des mariages fictifs ou du divorce pour faute. « Les fautes qui font le divorce dessinent en creux les devoirs qui font le mariage »²². Autrement dit, les époux se donnent des exigences qui ne correspondent pas forcément à un devoir légal du mariage mais dont le non-respect par l'un d'entre eux peut aboutir à un divorce pour faute. Il semblerait même en résulter que le mariage est finalement susceptible de degrés, autre manière de parler de la contractualisation du mariage : en dehors du droit, les époux s'entendent sur la manière dont ils vont vivre leur union. Mais il s'agit d'accords qui n'ont en principe aucune valeur juridique.

²⁰ 297 900

²¹ 271 600 en 2005

²² J. Carbonnier

Introduction

Celle-ci mérite, en effet, de se révéler consacrée à l'étude des institutions voisines du mariage.

§ 1 – Les fiançailles

Ce que l'on appelle fiançailles pourrait s'analyser juridiquement comme une promesse réciproque de se marier. Il s'agirait dès lors d'un véritable contrat qui engagerait les époux à faire quelque chose, c'est-à-dire à consentir dans le futur au mariage - un peu de la même manière qu'une promesse synallagmatique de vente peut engager les promettants à réitérer leur consentement devant un notaire. Dans une vision plus édulcorée, on pourrait considérer que les fiançailles sont un contrat qui n'engage pas, dont chacune des parties pourrait se dégager jusqu'au dernier moment, parce que nul ne peut être contraint à contracter mariage. Les fiancés seraient seulement tenus de poursuivre leur chemin vers le mariage de manière loyale.

Rompant avec l'Ancien droit qui leur accordait une véritable valeur juridique, et malgré le silence du Code civil, la Cour de cassation leur a dénié très rapidement toute validité aux fiançailles, au motif de la liberté matrimoniale : « toute promesse de mariage est nulle, en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages »²³. Car la liberté du mariage consiste aussi en la liberté de ne pas se marier. Il en résulte que les fiancés peuvent rompre librement jusqu'au dernier moment leur engagement, sans commettre de faute, puisque cet engagement n'a aucune valeur.

Toutefois, la jurisprudence a atténué cette position de principe en reconnaissant à la rupture elle-même certaines conséquences, dans la mesure où les fiançailles constituent au moins un fait juridique.

I - La responsabilité civile du fiancé

La rupture de fiançailles ne constitue pas en elle-même une faute, puisque les fiançailles ne forment pas un contrat²⁴. Le fiancé ne commet donc pas de manquement à un engagement contractuel. En revanche, dès 1838, la jurisprudence a admis que les circonstances de la rupture peuvent revêtir les caractères d'une

²³ Cass. civ, 30 mai et 11 juin 1838

²⁴ Cass. 1^o civ, 4 janvier 1995

faute délictuelle et, si les conditions en sont réunies, engager la responsabilité du fiancé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La jurisprudence est un peu ancienne car le contentieux des fiançailles tend à se tarir au profit du contentieux du concubinage.

Avant de constater une rupture fautive, il faut que l'existence des fiançailles soit démontrée. Dans la mesure où les fiançailles s'analysent seulement en un fait juridique, la preuve peut en être apportée par tous moyens²⁵. C'est à celui qui se prévaut d'une rupture abusive qu'incombe la charge de la preuve.

Rompre est un droit dont on ne doit pas abuser. Celui - ou bien souvent celle - qui se plaint d'un abandon abusif doit en apporter la preuve.

La faute est caractérisée lorsque la rupture intervient de manière brutale, tardive et sans motif légitime. Il en va ainsi d'une rupture par simple lettre ne contenant aucune formule de courtoisie²⁶ ou intervenant cinq jours²⁷, voire une heure²⁸ avant la cérémonie ou encore à l'annonce de la grossesse de la jeune femme²⁹. La rupture même tardive n'est pas constitutive d'une faute lorsqu'elle se trouve justifiée par un motif légitime. Mais la jurisprudence semble alors opérer un renversement de la charge de la preuve : c'est au fiancé abandonnant de se justifier³⁰, par exemple par l'inconduite de la fiancée.

La victime de la rupture abusive doit justifier d'un préjudice, condition indispensable pour l'octroi de dommages et intérêts. Le préjudice peut être économique³¹ ou moral³².

Conformément à l'objet de la responsabilité civile, la sanction consiste en la réparation du préjudice subi par la victime, sous la forme en principe de dommages et intérêts. L'évaluation de ce préjudice est simple lorsqu'il est économique. Elle paraît plus difficile lorsqu'il est d'ordre moral. Les juridictions estiment parfois que l'euro symbolique constitue une réparation suffisante³³.

²⁵ Cass. 1^o civ, 3 janvier 1980

²⁶ Cass. 2^e civ, 18 janvier 1973

²⁷ Cass. 2^e civ, 2 juillet 1970

²⁸ CA Paris, 8 novembre 1957

²⁹ Cass. 1^o civ, 3 janvier 1980

³⁰ Cass. 1^o- civ, 22 février 1972

³¹ frais de préparation du mariage, voyage de noces, frais d'installation d'un nouveau logement

³² trouble affectif, dépression consécutive à la rupture, atteinte à l'honneur, déconsidération auprès de la famille ou du milieu professionnel

³³ CA Aix-en-Provence, 4 décembre 1975

II - La restitution des cadeaux

Il est fréquent que, à l'occasion d'un mariage, les fiancés se fassent des cadeaux ou en reçoivent de la part de leur famille ou de leurs amis. Leur sort, en cas de rupture, dépend de leur nature. Si le cadeau s'analyse en une donation *propter nuptias*, c'est-à-dire en une libéralité consentie en vue du mariage, il faut appliquer l'article 1088 du Code civil : « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas ». La donation est en effet affectée d'une condition résolutoire tacite.

En revanche, les présents d'usage, caractérisés par la coutume et leur valeur modique, sont conservés par chacun des ex-fiancés à qui ils ont été faits.

Parmi ces cadeaux, la bague de fiançailles subit un sort particulier, en raison de sa forte valeur symbolique et parfois aussi de sa forte valeur monétaire. Il est difficile d'en faire a priori un simple cadeau d'usage.

Elle doit donc être restituée au fiancé en application de l'article 1088, si sa valeur se trouve disproportionnée par rapport à la fortune du fiancé donateur³⁴. Dans le cas contraire, elle peut être conservée.

A ces considérations s'en ajoute une autre, celle de la faute dans la rupture.

Malgré la forte valeur de la bague, la fiancée peut la conserver, en guise de réparation, si le fiancé l'a abandonnée abusivement³⁵. La solution est la même en cas de décès du donateur. A l'inverse, si c'est la fiancée qui est fautive ou décédée, la bague est restituée.

Enfin, ces solutions se trouvent modifiées si la bague de fiançailles constitue un bijou de famille, auquel cas elle fait l'objet d'un simple prêt par la famille du fiancé à la jeune femme. Elle doit toujours être restituée³⁶.

III - La responsabilité civile des tiers

Le décès d'un fiancé constitue un préjudice réparable pour la fiancée survivante³⁷ et la Cour de cassation admet que le tiers qui l'a causé soit condamné à payer des dommages et intérêts dans les conditions de la responsabilité civile délictuelle³⁸. Le préjudice peut être moral³⁹, mais aussi matériel⁴⁰. L'absence de lien

³⁴ CA Douai, 17 septembre 1985 ; CA Paris, 25 juin 1985 et 17 juin 1986

³⁵ CA Paris, 3 décembre 1976 ; D. 1978

³⁶ Cass. 10 civ, 20 juin 1961, La Rochefoucault

³⁷ ou vice versa

³⁸ Cass. crim., 5 janvier 1956

de droit entre les fiancés est indifférente, l'existence d'un tel lien n'étant pas une condition prévue par le Code civil.

§ 2 – Le concubinage.

Il faut désormais distinguer deux types de concubinage : le concubinage traditionnel ou simple et le concubinage officialisé, ou Pacte civil de solidarité.

I – Le concubinage simple

Le concubinage est le terme généralement employé pour désigner une situation de couple hors mariage, une situation de fait. La loi de 1999 a modifié quelque peu les choses de ce point de vue. D'abord, le concubinage s'oppose à la fois au mariage et au pacte civil de solidarité ; les couples ayant contracté un PACS ne sont pas des concubins. Ensuite, en donnant une définition assez précise du concubinage, la loi a rejeté tous les couples qui ne correspondent pas à cette définition hors de la catégorie des concubinages. Il existe donc désormais des couples de fait qui ne peuvent pas être qualifiés de concubins. Le doyen Carbonnier désignait ces situations sous l'appellation de « concubinage sauvage » ; ce ne sont pourtant pas des concubinages. La précision est importante car les textes qui visent expressément les concubins ne peuvent leur être appliqués. La loi de 1999 a donc mis fin à l'idée qui avait été avancée par certains auteurs qu'il existait non pas un concubinage mais des concubinages. Avec une telle définition, le législateur est cependant loin d'avoir résolu tous les problèmes. On sait désormais ce qu'est un concubinage mais il reste une situation de fait, c'est-à-dire qui n'est pas organisée par la loi. Il reste ainsi à résoudre les difficultés liées à la vie du couple et à la fin du couple.

A - L'existence du concubinage

L'article 515-8 du Code civil issu de la loi du 15 novembre 1999 définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette définition comprend plusieurs éléments qui méritent tous une attention particulière.

³⁹ préjudice d'affection

⁴⁰ frais engagés en vue du mariage, perte d'une chance des avantages liés au mariage

D'abord, le texte réaffirme que le concubinage est une union de fait et non de droit. Même s'il peut produire certains effets juridiques, il ne bénéficie pas d'un statut organisé par la loi.

Cette union est caractérisée par une vie commune. La doctrine avait souligné auparavant que la vie commune n'était pas nécessaire, ce qui était la marque de la diversité des concubinages. Aujourd'hui ce serait la diversité des formes de vie commune qui ferait la diversité des concubinages : il pourrait ainsi y avoir vie commune sans cohabitation. Pourtant, on voit mal pourquoi la notion de vie commune, synonyme de communauté de vie, serait ici différente de celle du mariage qui comprend la communauté de toit. Il est précisé que la vie commune doit être stable et continue, ce qui n'est pas nouveau.

Il s'agit d'une union entre deux personnes qui vivent en couple. Cette précision a le mérite d'indiquer que les concubins ne sont pas de simples cohabitants. Il s'agit de personnes qui ont des relations sexuelles et entre lesquelles existe un lien particulier.

Enfin, les concubins peuvent être de même sexe ou de sexe différent. Cette indifférence à l'égard du sexe prend le contre-pied de la jurisprudence antérieure qui avait affirmé que le concubinage désignait la situation de personnes ayant décidé de vivre ensemble comme des époux mais sans se marier, ce qui ne pouvait concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme⁴¹.

Il en résulte que les couples qui peuvent être qualifiés de concubins bénéficient des textes qui s'appliquent à ces derniers.

Le concubinage produisant un certain nombre d'effets, les concubins ou les tiers peuvent avoir intérêt à prouver son existence. Le concubinage est un fait et non un acte juridique. Il ne fait par ailleurs l'objet d'aucune mesure de publicité auprès des services de l'état civil. Il en résulte qu'il n'existe aucune preuve préconstituée de cette union. La preuve ne s'en trouve pas pour autant impossible à faire : au contraire elle peut être apportée par tout moyen. La pratique a développé la technique des certificats de concubinage délivrés par des mairies sur la foi des déclarations des intéressés ou de tiers. C'est à la faveur de ces certificats que les administrations octroient aux concubins les avantages auxquels ils ont droit. En réalité, ils n'ont aucune valeur probante. Certaines administrations ou entreprises se

⁴¹ Cass. soc., 11 juillet 1989 (deux arrêts)

contentent de simples déclarations sur l'honneur ou demandent la production de documents de la vie quotidienne⁴².

B - Les effets du concubinage

Constituant une simple union de fait, le concubinage n'est pas organisé par la loi. Il n'existe notamment aucune obligation entre les concubins ni l'équivalent d'un régime matrimonial, c'est-à-dire un régime de leurs biens. Par ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion à maintes reprises d'affirmer que les règles du mariage ne sont pas applicables aux concubins, en particulier certaines règles du régime primaire, telles que la contribution aux charges du mariage⁴³ ou la solidarité des dettes ménagères⁴⁴. Cette absence de statut du concubinage⁴⁵ ne signifie pas que la loi ignore totalement le concubinage. Ce sont principalement des législations non civiles - ou en tout cas hors Code civil - qui prennent en considération les unions de fait le plus souvent pour des raisons d'ordre humanitaire.

1 - Les relations des concubins entre eux

Il faut distinguer les relations d'ordre personnel des relations pécuniaires.

a) Les relations d'ordre personnel

Les concubins ne se doivent ni fidélité, ni assistance, ni communauté de vie. Ce comportement qui s'impose aux époux en raison de l'engagement qu'ils ont pris de le respecter lors du mariage, les concubins l'adoptent spontanément sans y être obligés. Le fait de ne pas s'y conformer n'est toutefois pas totalement anodin. La cessation de la communauté de vie produit un effet radical⁴⁶ : elle met fin au concubinage qui n'existe que par la vie commune. En revanche, il semble aller de soi que le devoir de respect qui s'impose aux époux s'impose également aux concubins, tout simplement parce qu'il n'est pas spécifique au mariage : un concubin ne doit pas en particulier exercer de violences contre l'autre.

Plus généralement, le concubinage ne crée aucun lien juridique entre les intéressés, il ne crée pas de lien d'alliance, il n'a aucune incidence sur leur état civil et les concubins n'ont aucun droit d'usage du nom de l'autre.

⁴² facture EDF, téléphonique qui indique une adresse commune des intéressés

⁴³ C. civ, art. 214

⁴⁴ art. 220

⁴⁵ la notion même serait antinomique

⁴⁶ plus radical même que dans le mariage

b) Les relations d'ordre patrimonial

Il s'agit sans doute de la plus grande difficulté concernant le concubinage : les concubins ne bénéficient d'aucun régime matrimonial. Les biens dont ils étaient chacun propriétaires à l'entrée en concubinage leur restent personnels, de même que ceux qu'ils acquièrent par la suite. Les dettes auxquelles ils sont tenus leur restent également personnelles.

Ils ne sont pas obligés de participer aux charges du ménage et l'article 214 du Code civil ne leur est pas applicable⁴⁷.

Les concubins peuvent cependant passer valablement des conventions entre eux. Il en va ainsi des conventions à titre onéreux, telle qu'une vente, une constitution de société ou un contrat de travail. Il en va de même des libéralités⁴⁸ mais la solution a suscité plus de difficultés.

Pour apprécier la validité des libéralités entre concubins, la jurisprudence a longtemps fait une distinction selon la cause impulsive et déterminante qui les animait, c'est-à-dire le but poursuivi par l'auteur de la libéralité : s'agissait-il d'établir ou de maintenir des relations hors mariage, la libéralité était considérée comme nulle pour cause immorale et illicite ; s'agissait-il au contraire de faciliter la rupture, elle était valable. La Cour de cassation a mis fin à cette jurisprudence incertaine et par bien des aspects dépassée dans une décision controversée. Elle a en effet décidé que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir une relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »⁴⁹. Si une libéralité consentie par un mari adultère à sa concubine est valable, elle l'est a fortiori dans le cadre d'un concubinage simple.

Il faut toutefois préciser que, d'un point de vue fiscal, les concubins sont considérés comme des étrangers et que le donataire doit payer au fisc un droit de mutation égal à 60 % de la valeur de la libéralité, ce qui rend cette opération bien peu attractive.

Les concubins peuvent faire ensemble l'acquisition d'un bien, notamment de leur logement. Le bien est alors réputé indivis. La quote-part de chacun est normalement proportionnelle à sa participation au financement de l'acquisition. Ce sont alors les règles de l'indivision qui s'appliquent.

⁴⁷ Cass. 1^o civ., 28 novembre 2006

⁴⁸ donation, legs

⁴⁹ Cass. 1^o civ., 3 février 1999. Solution confirmée par Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004

2) Les relations des concubins avec les tiers

Le concubinage n'a aucune incidence sur le sort des enfants. Il n'entre pas en ligne de compte pour l'établissement de la filiation puisque la présomption de paternité ne s'applique qu'entre époux. L'exercice de l'autorité parentale est conjoint dès lors que les deux parents ont établi leur filiation avant le premier anniversaire de l'enfant ; la condition de communauté de vie entre les parents naturels a été supprimée par la loi du 4 mars 2002. En revanche, le concubinage⁵⁰ ayant duré au moins deux ans permet au couple de recourir aux techniques de PMA.

En dehors de ces problèmes, les concubins établissent nécessairement des relations d'ordre patrimonial avec des tiers : bailleur du logement, banquier, administrations, etc. Dans ces relations, la prise en compte du concubinage est tantôt favorable, tantôt défavorable aux concubins.

a) La prise en compte favorable

C'est la législation sociale qui a sans doute poussé le plus loin l'assimilation du concubinage au mariage, non par la volonté de promouvoir l'union de fait mais pour des considérations d'humanité. Ainsi, depuis une loi du 2 janvier 1978, tout comme un époux, le concubin qui ne travaille pas, qui n'est donc pas affilié à la sécurité sociale, est ayant droit de son compagnon assuré social⁵¹ : le texte vise « la personne qui vit maritalement avec un assuré social ». Depuis une loi du 27 janvier 1993, l'article L. 161-14 vise également « toute personne qui vit depuis une durée fixée par décret en conseil d'Etat avec un assuré social, et se trouve à sa charge effective, totale et permanente »⁵² - ce qui inclut le concubin homosexuel. De même, le concubin, tout comme le conjoint, de la victime d'un accident du travail a droit au versement d'une rente viagère.

L'assimilation n'est toutefois pas totale. Ainsi, la pension de réversion, c'est à dire la pension que reçoit, sous condition de ressources, le conjoint survivant d'un assuré vieillesse défunt, ne peut bénéficier qu'à un époux, non à un concubin⁵³.

La loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation assimile également le concubin à l'époux. Ainsi, selon l'article 14, en cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue au profit notamment du concubin notoire. Le

⁵⁰ hétérosexuel

⁵¹ art. L. 161-14 C. sécu. soc.

⁵² La durée est actuellement de 12 mois consécutifs

⁵³ C. sécu.soc., art. R. 353-1

caractère notoire signifie que le concubinage est public. De même, l'article 15 prévoit que le bailleur peut donner congé au locataire pour reprendre le logement, à son propre bénéfice, à celui de son conjoint ou de son concubin notoire depuis un an. En revanche, l'article 1751 du Code civil est inapplicable.

b) La prise en compte défavorable

En principe, chaque concubin reste seul tenu de ses dettes : les créanciers ne peuvent en exiger le paiement à l'autre - à moins bien sûr que les concubins ne se soient engagés ensemble. La jurisprudence a en particulier affirmé que la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil ne s'applique pas aux concubins⁵⁴. Ce principe supporte cependant deux exceptions.

D'abord, si le concubin du propriétaire d'un fonds de commerce en assure la coexploitation, il répond des dettes commerciales solidairement⁵⁵.

Ensuite, si des concubins se sont fait passer pour des époux aux yeux des tiers, par application de la théorie de l'apparence, ils peuvent être traités comme des époux et l'article 220 peut leur être appliqué. Il s'agit d'une forme de sanction.

En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, le concubinage est neutre. Les concubins sont traités comme des célibataires et doivent donc souscrire chacun une déclaration séparée. Par conséquent, le concubin ne compte pas pour la détermination du quotient familial. En revanche, le concubinage notoire est pris en considération par le Code général des impôts pour calculer l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune⁵⁶ : elle est constituée de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant à l'un et l'autre concubin, comme pour les époux.

Certaines prestations sont versées en considération de la situation d'isolement de leurs bénéficiaires. C'est le cas de l'allocation de soutien familial offerte à la personne qui assume la charge effective et permanente d'un enfant orphelin⁵⁷. Elle cesse d'être due lorsque son bénéficiaire se marie ou vit en concubinage.

C - La fin du concubinage

La fin du concubinage ne produit a priori aucun effet juridique particulier : la rupture de concubinage n'est pas réglementée par la loi. Pourtant, c'est souvent à ce

⁵⁴ Cass. 1^o civ, 11 janvier 1984

⁵⁵ Cass. com., 27 mars 1984

⁵⁶ art. 885 E

⁵⁷ C. sécu. soc., art. L. 523-2

moment que les concubins souffrent du manque de droit. S'ils parviennent à s'entendre, il n'y aura pas de difficultés. Mais les ruptures de concubinage peuvent se révéler source de nombreux conflits. Or seules les règles de droit commun peuvent les résoudre. On peut distinguer selon que la rupture est volontaire ou due au décès de l'un des concubins.

1 - La rupture volontaire

Deux problèmes se posent : celui de l'indemnisation du conjoint délaissé et la liquidation des intérêts patrimoniaux.

a) L'indemnisation du conjoint délaissé

Il va de soi que les concubins peuvent décider de rompre amiablement. Mais il est fréquent qu'un concubin décide de cette rupture unilatéralement. Il n'existe aucune obligation entre les concubins, notamment pas d'obligation de communauté de vie et pas d'obligation de rester dans le concubinage : la rupture du concubinage est donc libre, elle n'est pas constitutive d'une faute. Il en ressort que le concubin ne doit pas de dommages et intérêts au concubin délaissé, pas plus qu'il ne lui doit une pension alimentaire ou une quelconque prestation compensatoire.

La jurisprudence accepte parfois d'accorder des dommages et intérêts à un concubin (une concubine) abandonné(e) sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁵⁸. Il faut alors que les conditions en soient réunies : faute, préjudice et lien de causalité. Le préjudice retenu est souvent l'absence de ressources du concubin délaissé, en particulier lorsqu'il n'a pas exercé d'activité professionnelle depuis de nombreuses années et qu'il a atteint un certain âge au moment de la rupture. Le problème tient à l'existence de la faute qui seule peut en principe obliger le conjoint abandonnant à réparation. Elle réside, non dans la rupture elle-même, mais soit dans l'établissement du concubinage, soit dans les circonstances de la rupture, soit encore dans le comportement du concubin abandonnant pendant la vie commune. Ont été retenus comme fautifs la séduction dolosive consistant à promettre le mariage à la concubine⁵⁹ ; le fait d'avoir empêché la concubine de travailler pendant la vie commune et de l'abandonner de nombreuses années plus tard sans ressources⁶⁰ ; l'abandon de la concubine dans les premiers mois de sa grossesse⁶¹ ou encore

⁵⁸ C. civ, art. 1382

⁵⁹ Cass. 1^o civ., 7 octobre 1957

⁶⁰ Cass. 1^o civ, 7 avril 1998

⁶¹ Cass. 1^o civ, 6 juillet 1976

l'abandon accompagné de brutalité⁶² ; la rupture brutale après quarante années de vie commune⁶³.

b) La liquidation des intérêts patrimoniaux

Les concubins, du point de vue de l'organisation de leurs patrimoines, sont considérés comme des célibataires. Ils vivent en quelque sorte en état naturel de séparation de biens, contrairement aux époux pour lesquels un tel régime doit être expressément choisi. Des intérêts pécuniaires et patrimoniaux communs se sont pourtant vraisemblablement créés et même confondus pendant la vie commune : ils ont mis en commun leurs ressources et leurs biens, ils ont payé sans distinction d'origine les dettes de leur ménage, etc. Au moment de la séparation, ils doivent liquider ces intérêts communs, autrement dit déterminer ce qui revient à chacun d'eux, tant en actif qu'en passif. Comme ils ne sont pas soumis à un régime matrimonial, aucune règle spécifique n'organise cette liquidation. Ce sont des techniques tirées du droit commun des biens et des obligations qui apportent certaines solutions.

Si les concubins ont fait pendant la vie commune l'acquisition de biens indivis, ceux-ci sont soumis au régime de l'indivision. Il faut comprendre que la rupture du concubinage ne met pas fin à l'indivision. Les ex-concubins restent donc copropriétaires de ces biens. La difficulté tient à ce que la gestion des biens indivis est soumise au principe de l'unanimité⁶⁴, situation bien inconfortable lorsqu'on est séparé. Ils devront donc mettre fin à l'indivision. Il suffit que l'un d'eux le souhaite, puisque nul n'est tenu de rester dans l'indivision⁶⁵. Les biens, qui ne forment pas dans cette hypothèse une masse indivise⁶⁶, devront être partagés un par un.

Pour qu'une société existe, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies, notamment l'expression dans un contrat d'une volonté de s'associer. La société créée de fait est la situation dans laquelle des personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir jamais exprimé leur intention de former une

⁶² Cass. 1^o civ, 27 octobre 1964

⁶³ Cass. 1^o civ, 3 janvier 2006

⁶⁴ Du moins pour les actes de dispositions. Pour les autres, la règle est aujourd'hui celle de la majorité des deux tiers des parts. Mais si les concubins sont co-indivisaires par moitié, la règle des deux tiers est inapplicable ; on en revient donc à l'unanimité.

⁶⁵ C. civ, art. 815

⁶⁶ sauf s'ils avaient conclu une convention d'indivision

société⁶⁷ : ils réunissent en fait les conditions indispensables à toute société, à savoir un apport en bien ou en industrie à une activité commune, la participation aux bénéfices et aux pertes, l'*affectio societatis*⁶⁸. Si l'on retrouve ces trois éléments entre les concubins, rien n'empêche de reconnaître entre eux une société créée de fait. En principe, la seule communauté de vie est insuffisante⁶⁹. Les juges ont cependant parfois tendance à apprécier de manière très souple l'existence de la société créée de fait, dans des hypothèses notamment où il n'existe en réalité aucune exploitation commune, mais seulement une cohabitation, un immeuble acheté au nom de l'un et financé par l'autre⁷⁰. La Cour de cassation semble toutefois être revenue plus récemment à plus de rigueur⁷¹. La liquidation de la société créée de fait consiste alors pour chacun des associés à reprendre ses apports, à payer les dettes et à se partager les bénéfices éventuels.

L'enrichissement sans cause est une technique subsidiaire qui permet à une personne qui s'est appauvrie sans raison au profit d'une autre d'obtenir une indemnisation. Si, par exemple, un concubin a collaboré à l'entreprise de l'autre⁷² ou a financé des travaux sur un bien appartenant à l'autre, il peut exercer une action particulière, l'action *de in rem verso*. Si elle aboutit, le concubin appauvri pourra obtenir de l'autre une indemnisation égale à la plus faible des deux sommes représentant la valeur de son appauvrissement et celle de l'enrichissement de l'autre.

La jurisprudence reconnaît parfois à la charge d'un concubin l'existence d'une obligation naturelle de ne pas laisser dans le besoin celui qu'il abandonne. Cette obligation naturelle se transforme en obligation civile lorsque le concubin s'est engagé à l'exécuter ou a commencé à l'exécuter spontanément. Il peut alors être condamné à verser des aliments au concubin abandonné.

2 - La rupture par décès

Les concubins ne sont pas héritiers l'un de l'autre. En cas de décès de l'un, le survivant n'a donc aucun droit sur la succession : tous les biens du défunt sont transmis à ses héritiers, ses enfants, voire son conjoint s'il était encore marié. Une

⁶⁷ A ne pas confondre avec la société de fait qui est une société dont le contrat constitutif a été annulé.

⁶⁸ intention de collaborer à l'œuvre commune sur un pied d'égalité

⁶⁹ Cass. com., 30 juin 1970

⁷⁰ Cass. 1^o civ, 11 février 1997

⁷¹ Cass. com., 23 juin 2004: l'intention de s'associer ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier.

⁷² Ex. : CA Aix-en-Provence, 30 mai 2006. Mais l'enrichissement sans cause ne peut servir de substitut à une contribution aux charges du mariage. Cass. 1^o civ, 28 novembre 2006, préc.

telle solution peut s'avérer dramatique pour le concubin survivant qui est peut-être âgé, n'a peut-être aucune ressource et vivait dans un logement qui appartenait au défunt. Il n'y a malheureusement pas de solutions pour remédier à cette situation : la seule résiderait dans le mariage que les concubins n'ont justement pas voulu ou qu'ils n'ont pas pu contracter.

Pour les biens indivis, le décès ne met pas fin à l'indivision ; au contraire les héritiers deviennent co-indivisaires à la place du défunt, ce qui peut se révéler une situation très inconfortable surtout si l'un des héritiers est le conjoint survivant.

Le défunt a pu consentir une libéralité au survivant, notamment par testament. Toutefois, elle est soumise à la condition de ne pas dépasser la quotité disponible en présence d'héritiers réservataires. En outre, elle est soumise au paiement des droits de mutation les plus élevés : 60 % de la valeur de la libéralité à la charge de son bénéficiaire.

Une solution peut résider dans la clause d'accroissement, encore appelée tontine : lors de l'acquisition d'un bien, les concubins peuvent insérer dans le contrat une clause selon laquelle en cas de décès de l'un d'entre eux, le concubin survivant est réputé être propriétaire pour le tout depuis l'origine. L'avantage en est double. La clause fait échapper le bien à la succession du défunt : puisque le survivant est censé en avoir toujours été intégralement propriétaire, le défunt est censé n'en avoir jamais eu la propriété même indivise ; le bien ne peut donc pas être transmis à ses héritiers. Par ailleurs, l'opération est avantageuse sur un plan fiscal puisque le concubin survivant est censé être propriétaire non par une libéralité consentie par le défunt mais par l'acte d'achat d'origine⁷³.

Le décès de l'un des concubins peut avoir été causé par la faute d'un tiers. Lorsque le décès touche un époux, son conjoint est en droit de demander réparation à l'auteur de l'accident du préjudice propre qu'il subit du fait de ce décès⁷⁴.

C'est ce qu'on appelle un préjudice par ricochet. La question s'est posée en jurisprudence de savoir si le concubin survivant pouvait lui aussi utiliser dans les mêmes circonstances la responsabilité civile. Dans un premier temps, la Cour de cassation l'a refusé⁷⁵, faisant valoir que la concubine ne pouvait se prévaloir d'un intérêt légitime juridiquement protégé. Après une divergence entre différentes

⁷³ Cet avantage est aujourd'hui plafonné. Au-delà du plafond, une taxe de 60 % est due par le bénéficiaire de la clause au titre des libéralités

⁷⁴ préjudice moral ou pécuniaire

⁷⁵ Cass. civ, 27 juillet 1937

chambres de la Cour de cassation, une chambre mixte a décidé qu'il n'était pas nécessaire pour pouvoir obtenir réparation qu'il existe un lien de droit entre la victime directe et la victime indirecte⁷⁶. Depuis, la jurisprudence a admis que la concubine pouvait obtenir réparation même en cas de concubinage adultérin⁷⁷, en l'absence de cohabitation⁷⁸, ou en cas de concubinage homosexuel⁷⁹. Il faut sans doute voir dans cette jurisprudence très souple moins la consécration de la famille de fait que la libéralisation des conditions de la responsabilité civile : c'est moins une prétendue dissolution des mœurs qui est gagnante ici que l'idéologie de la réparation.

II – Le concubinage officialisé : le PACS

L'examen du sort des concubins le montre : le concubinage par son essence est voué à l'absence d'un régime global et cohérent organisé par la loi, avec toutes les difficultés que cette vacuité peut susciter. Ce n'est pourtant peut-être pas cette considération qui a été décisive dans la volonté législative de créer un statut du couple hors mariage. L'impulsion semble plutôt être venue des couples homosexuels dont les aspirations sont souvent très différentes de celles des couples hétérosexuels. Alors que ces derniers choisissent le plus souvent de vivre en dehors d'un statut qui existe déjà⁸⁰ et ne réclament que les avantages accessoires dont bénéficient les époux et désirent un traitement indifférencié des enfants issus de leur union⁸¹, les homosexuels - ou une partie d'entre eux - aspirent au contraire à une reconnaissance complète par la société : ils veulent le mariage et l'accès à la procréation⁸² et à l'adoption. Autant pour les couples hétérosexuels, la création d'un statut du couple hors mariage se présente comme une alternative au mariage, autant pour les couples homosexuels elle ne représente qu'un premier pas vers cette reconnaissance. La question pouvait se poser de savoir si le législateur se devait de satisfaire les revendications d'une minorité. La réponse du législateur a été une loi éminemment politique.

⁷⁶ Cass. ch. mixte, 27 février 1970, Dangereux

⁷⁷ CA Riom, 9 novembre 1978, accordant réparation à l'épouse et à la concubine de la victime.

⁷⁸ Cass. crim., 2 mars 1982

⁷⁹ TGI Belfort, 25 juillet 1995

⁸⁰ le mariage

⁸¹ vœu aujourd'hui totalement exaucé

⁸² assistée pour les femmes

De nombreuses propositions de statut avaient précédé la loi de 1999⁸³ dont la plus récente et la plus aboutie était celle du Pacte d'intérêt commun (PIC) du professeur Hauser. Celui-ci n'impliquait pas nécessairement une vie conjugale entre les partenaires, pouvait être conclu entre frères et sœurs et s'analysait comme un vrai contrat patrimonial. C'est finalement le pacte civil de solidarité (PACS) qui a été adopté par la loi du 15 novembre 1999, bientôt suivie par trois décrets d'application du 21 décembre 1999.

Avant sa promulgation, la loi avait fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel sur le reproche notamment que le texte était lacunaire et que le Parlement n'avait pas rempli son rôle qui consiste à faire des lois complètes. Le Conseil constitutionnel déclara la loi intégralement conforme à la Constitution⁸⁴. Ce faisant le conseil avouait pourtant implicitement la mauvaise qualité du texte ; il accompagna en effet sa décision de nombreuses réserves d'interprétation, c'est-à-dire qu'il déclara la loi conforme à condition de lui donner les interprétations qu'il avait formulées, ces interprétations s'imposant en principe à toutes les autorités juridictionnelles et administratives⁸⁵. On a pu dire que le Conseil constitutionnel avait réécrit la loi de 1999. Et il est vrai que l'étude du PACS ne peut se faire sans l'appoint de la décision.

Malgré l'apport de la décision du Conseil constitutionnel⁸⁶, la loi de 1999 a subi de très nombreuses critiques. Au-delà du principe même de l'adoption d'un contrat de couple hors mariage, au-delà de la reconnaissance du couple homosexuel qu'il implique, c'est sur un plan technique que les critiques ont été les plus vives. On pouvait lui reprocher « ses présomptions d'indivision mal maîtrisées, ses règles de fonctionnement lacunaires, sa publicité tronquée et sa liquidation aléatoire ». Pourtant, le PACS a connu un franc succès : plus de 200 000 PACS conclus entre 1999 et le 31 décembre 2005, 60 000 rien qu'en 2005. Par ailleurs, il n'existe pratiquement pas de contentieux. C'est sans doute que les personnes y ont trouvé leur compte. A moins que des considérations moins flatteuses ne l'expliquent : le succès pourrait être dû à une instrumentalisation du PACS par des fonctionnaires pour gagner des points utiles en vue d'une demande de mutation (PACS fictifs ?) ; quant à l'absence de contentieux, elle pourrait s'expliquer par l'ignorance par les

⁸³ le CUC, le CUS, le CUCS

⁸⁴ DC du 9 novembre 1999

⁸⁵ Constit., art. 62, al. 2

⁸⁶ et même parfois à cause d'elle

partenaires de la possibilité d'avoir recours au droit. Quoi qu'il en soit, c'est sans doute moins pour remédier aux défauts techniques de la loi de 1999 que pour répondre à de nouvelles pressions en faveur du mariage homosexuel qu'une réforme du PACS a été entreprise.

Cette réforme a été glissée au dernier moment, afin d'éviter des débats passionnés, dans la loi relative à la réforme des successions du 23 juin 2006.

Cette loi a incontestablement amélioré le régime de ce contrat si particulier, notamment en redéfinissant le statut des biens des partenaires, mais aussi en modifiant son mode de publicité et en enrichissant son contenu personnel.

Le législateur a clairement opéré un rapprochement du PACS vers le mariage.

Ces modifications ont fait dire à certains commentateurs que le PACS en avait changé de nature⁷⁸⁸ et serait devenu ainsi - enfin - un véritable partenariat enregistré.

L'article 515-1 du Code civil donne la définition du PACS : « 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 ». Il s'agit donc tout d'abord d'un contrat. Il serait illusoire d'y voir une différence fondamentale avec le mariage qui est aussi un contrat puisqu'il nécessite un accord de volonté. Le PACS, tout comme le mariage, n'est cependant pas un contrat comme les autres : il a pour objet d'organiser la vie commune entre deux personnes. Ce qui laisse entendre qu'il n'est pas un contrat purement patrimonial. Ce qui laisserait croire également que, contrairement aux époux, les partenaires ont toute liberté pour déterminer le contenu de ce contrat. A vrai dire, la liberté contractuelle des partenaires n'est pas totale : nombre d'effets sont déterminés par la loi directement. Enfin, la grande originalité du PACS, sa raison d'être : il est ouvert tant aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels, ce qui le différencie évidemment du mariage.

Toutefois, l'article 515-1 n'épuise pas la définition de ce nouveau contrat.

D'autres conditions de formation, d'opposabilité sont édictées par les textes suivants ; le contenu que la loi lui donne participe également à sa définition ; ainsi que les manières dont il peut prendre fin.

A - La formation du PACS

Le législateur a édicté des conditions de fond et des conditions de forme, mais de manière incomplète. Dans le silence de la loi, il convient sans doute d'appliquer le

droit commun des contrats tout en l'adaptant à son objet spécifique et en s'inspirant alors du droit du mariage.

1 - Les conditions de fond

Le PACS étant un contrat, le consentement des partenaires s'avère évidemment nécessaire. Ce n'est pas l'article 146 du Code civil relatif au mariage qu'on applique mais l'article 1108. Ceci étant dit, nombre de questions se posent.

D'abord, le problème des vices du consentement. Dans le silence de la loi de 1999, le Conseil constitutionnel a décidé que les articles 1109 et suivants du Code civil s'appliquent⁸⁷. Il en résulte que le PACS peut être annulé sur le fondement de l'erreur⁸⁸, de la violence ou du dol.

Il faut sans doute également penser qu'en cas de trouble mental, c'est l'article 489 du Code civil⁸⁹, qui en fait un vice du consentement, qu'on applique, et non l'article 146 qui en fait un cas d'absence de consentement pour le mariage. Le régime devrait donc en être celui de la nullité relative.

On peut enfin se demander sur quel fondement les PACS fictifs peuvent être sanctionnés. De tels PACS existent, ils sont contractés notamment par des fonctionnaires dans le but de gagner des points pour obtenir une mutation. La loi du 23 juin 2006 a d'ailleurs soumis l'octroi de cet avantage à une déclaration d'imposition commune. Un PACS qui ne serait conclu que dans ce but, sans volonté pour l'un des partenaires au moins de former un couple, ne saurait être valable. Dans le mariage, la jurisprudence fonde la nullité sur l'absence de consentement au sens de l'article 146. Faut-il transposer cette solution en la fondant sur l'article 1108 du Code civil ou bien rechercher un fondement différent, tel que l'absence de cause, comme M. Hauser le suggérait à propos du mariage, ou encore l'absence d'objet ?

Seules des personnes physiques majeures ont le droit de conclure un PACS⁹⁰, ce qui exclut les personnes morales mais aussi et surtout les mineurs. Aucune dispense ne peut être accordée. Depuis la loi de 1999, la solution est justifiée par l'idée que le PACS est un acte dangereux. Est-il cependant plus dangereux que le mariage, surtout depuis la loi de 2006 qui fait du régime de

⁸⁷ DC 9 novembre 1999, préc.,

⁸⁸ CA Paris, 9 novembre 2006

⁸⁹ « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». Cette règle figurera à l'article 414-1 lorsque la loi du 5 mars 2007 relative à la protection des majeurs entrera en vigueur (1er janvier 2009).

⁹⁰ C. civ, art. 515-1

séparation de biens le régime légal des partenaires ? La fermeté des termes de l'article 515-1 semble indiquer par ailleurs que même le mineur émancipé ne pourrait conclure un PACS, alors qu'il peut se marier.

Quant aux majeurs protégés, la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs a institué de nouvelles règles. La loi de 1999 interdisait purement et simplement au majeur sous tutelle de contracter un PACS. A l'avenir, la conclusion du PACS sera possible dans les mêmes conditions que le mariage⁹¹ : autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué ; audition des futurs partenaires et recueil de l'avis des parents et de l'entourage. En outre, l'intéressé est assisté de son tuteur lors de la signature du contrat, mais pas lors de la déclaration conjointe au greffe du TGI.

Par oubli, la loi de 1999 n'avait prévu aucune règle particulière pour le majeur sous curatelle. La loi de 2007 a comblé cette lacune : le majeur sous curatelle aura le droit de conclure un PACS avec l'assistance⁹² du curateur⁹³. La déclaration au greffe du TGI ne nécessitera aucune assistance.

Puisqu'aucun texte spécifique ne prévoit de sanction des règles de capacité, il faut se référer au droit commun qui les soumet au régime de la nullité relative.

Ce sont ces règles qui, dès 1999, avec celles relatives à l'empêchement de bigamie, ont révélé avec le plus d'évidence que le PACS n'est pas un contrat purement patrimonial, mais aussi un contrat de couple qui repose sur la sexualité des partenaires et doit, tout comme le mariage, respecter certains tabous bien ancrés dans notre société.

Il résulte ainsi de l'article 515-2 que « à peine de nullité il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité, entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ». La nullité est absolue comme pour le mariage⁹⁴.

La monogamie est l'un des fondements de notre droit matrimonial reposant sur l'exclusivité des relations sexuelles entre membre d'un couple. Le PACS doit respecter ce principe. L'article 515-2 prévoit qu'un PACS ne peut pas être contracté par une personne déjà mariée ou déjà engagée dans un autre PACS. Là encore, la sanction en est la nullité, sans doute là encore absolue. En revanche, le PACS

⁹¹ art. 460 nouv.

⁹² mais pas l'autorisation

⁹³ art. 461 nouv

⁹⁴ DC 9 novembre 1999, préc.,

conclu par une personne ne l'empêche pas de se marier. Mais le mariage entraîne la résiliation de plein droit du PACS et non la nullité du mariage⁹⁵ : le principe de l'interdiction de la bigamie est respecté mais la conséquence en est différente, ce qui traduit dans l'esprit du législateur la supériorité du mariage sur le PACS.

2 - Les conditions de forme

Les personnes qui concluent un PACS doivent en faire la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance du lieu de leur résidence⁹⁶. A peine d'irrecevabilité, elles produisent au greffier la convention passée par acte authentique ou sous seing privé. Depuis 1999, le législateur a choisi de ne pas impliquer l'officier de l'état civil afin de bien marquer la différence du PACS avec le mariage.

De ces dispositions, il découle d'abord que le pacte doit être passé par écrit. La loi du 23 juin 2006 a apporté une modification bienvenue au texte d'origine. Celui-ci prévoyait en effet que les partenaires devaient remettre le pacte en double original, ce qui interdisait pratiquement de conclure un PACS par acte notarié. La solution avait suscité la critique car le PACS est un contrat patrimonial qui peut se révéler difficile à élaborer et dangereux, et les conseils d'un notaire sont les bienvenus. Désormais, le texte indique expressément la possibilité de passer le PACS par acte notarié ou par acte sous seing privé et n'exige plus de double original.

La question peut se poser de la portée de l'exigence d'un écrit : l'écrit est-il nécessaire pour la validité du PACS, autrement dit le PACS est-il un contrat solennel ? L'article 515-3, alinéa 2 paraît donner une réponse négative puisque l'écrit ne doit être produit qu'à peine d'irrecevabilité. Ainsi, le PACS non écrit ne pourrait être déclaré et serait inopposable aux tiers mais il n'en produirait pas moins ses effets entre les parties. La loi de 2006 a cependant donné une précision : le PACS ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement par le greffier, donc à condition que l'écrit lui ait été présenté⁹⁷. Il semble en ressortir que le PACS est devenu un acte solennel.

Enfin, il semble bien que la présence des deux partenaires soit nécessaire puisque la déclaration est conjointe ; l'un d'eux ne pourrait agir ni par représentation, y compris s'il est sous tutelle ou sous curatelle, ni par déclaration écrite.

⁹⁵ art. 515-7

⁹⁶ C. civ, art. 515-3

⁹⁷ art. 515-3-1, al. 2

Le greffier procède à l'enregistrement de la déclaration sur un registre spécial tenu au tribunal d'instance. L'enregistrement confère date certaine au PACS et c'est à partir de ce moment qu'il produit effet entre les parties. En revanche, il n'est opposable à l'égard des tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

Sous l'empire de la loi de 1999, toujours dans le but d'éviter toute confusion entre PACS et mariage, la publicité était assurée au moyen d'une mention de la déclaration sur un second registre tenu au greffe du lieu de naissance de chacun des partenaires. Chaque greffe devait donc tenir deux registres, l'un pour les déclarations faites devant lui, l'autre pour la publicité des PACS des partenaires nés dans son ressort. Les registres de l'état civil ne pouvaient servir de support à la publicité des PACS. Les tiers ne pouvaient donc savoir, au vu d'un acte de naissance, si les personnes avec qui ils traitaient avaient conclu un PACS ou non. Dès lors, ils leur demandaient de fournir un certificat de non-PACS délivré par les greffes.

C'est pourquoi la loi de 2006 a simplifié le système de publicité. Désormais, la déclaration fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires⁹⁸. Cette solution donnée à un problème pratique⁹⁹ exerce une incidence sur la nature même du PACS : il relève désormais de l'état des personnes et ressemble ainsi un peu plus au mariage. L'article 515-3-1 précise que la mention en marge indique le nom de l'autre partenaire. Contrairement à ce qui avait été voulu en 1999, on pourra ainsi savoir que la personne a conclu un pacte homosexuel.

Mais les craintes de la constitution d'un fichier des homosexuels et de l'atteinte à la vie privée des personnes sont effacées par une considération toute simple : si les couples homosexuels recherchent une reconnaissance sociale, pourquoi faudrait-il dans le même temps cacher leur situation ?

Ces nouvelles mesures de publicité ont fait l'objet de dispositions transitoires dans la loi de 2006. Pendant un an, à compter de l'entrée en vigueur de la loi¹⁰⁰, seuls les PACS conclus postérieurement à cette date y sont soumis. Au bout d'un an, les greffes du lieu d'enregistrement devront faire procéder à la mention en marge de toutes les déclarations antérieures sur les actes de naissance des intéressés. Pendant cette année transitoire, les intéressés peuvent toutefois faire connaître, par

⁹⁸ art. 515-3-1

⁹⁹ l'encombrement des greffes

¹⁰⁰ le 1er janvier 2007

une nouvelle déclaration conjointe au greffe d'enregistrement, leur accord pour que leur déclaration de PACS soit mentionnée immédiatement en marge de leur acte de naissance.

B - Les effets du PACS

Le pacte civil de solidarité laisse une certaine liberté aux partenaires d'organiser leur vie commune. Mais il produit également un certain nombre d'effets qui découlent directement de la loi et qui échappent à leur volonté. Le Code civil organise ainsi un statut du PACS que les stipulations particulières viennent compléter. Le PACS produit par ailleurs des effets accessoires, relevant pour la plupart de législations non civiles, le plus souvent sous la forme d'avantages, mais parfois aussi d'inconvénients.

1 - Le statut du PACS

Le statut des partenaires est composé d'effets à la fois d'ordre personnel et d'ordre patrimonial, ce qui interdit de dire qu'il n'est qu'un contrat patrimonial. Le Conseil constitutionnel a cependant précisé que les règles élaborées par le législateur - sauf l'ancien article 515-5 du Code civil relatif au statut des biens - revêtent un caractère obligatoire et que les parties ne peuvent pas y déroger.

a) Les effets d'ordre personnel

On le sait, le PACS est un contrat conclu par les partenaires pour organiser leur vie commune. La vie commune - ou du moins son organisation - constitue l'objet du PACS. Coupant court à toute ambiguïté, le Conseil constitutionnel avait décidé qu'il s'agit d'une vie commune de couple et non pas de celle qui peut exister entre de simples cohabitants. En revanche, on ne savait pas quelle en était la nature : véritable obligation imposée aux partenaires, condition de validité ou simple présumé ? En cas d'absence de communauté de vie entre les partenaires au moment du PACS, celui-ci était-il nul ? Que se passait-il en cas de séparation des partenaires ?

La loi de 2006 a apporté un peu de lumière sur ces questions. L'article 515-4 du Code civil énonce que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune ». Comme les époux, les partenaires sont donc tenus à un devoir de communauté de vie. La rupture de la vie commune par l'un des partenaires constitue donc une faute dont la sanction doit sans doute être recherchée dans la responsabilité contractuelle de droit commun.

La loi du 23 juin 2006 a ajouté un nouveau devoir à la charge des partenaires¹⁰¹, renforçant par là le contenu personnel de leur statut ainsi que le rapprochement du PACS vers le mariage. Il s'agit du devoir d'assistance qui consiste à apporter une aide morale, un soutien à l'autre dans les moments difficiles de la vie, en particulier en cas de maladie ou de problèmes professionnels. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs tire des conséquences logiques de ce nouveau devoir en imposant au juge des tutelles, en l'absence de choix par l'intéressé, de désigner le partenaire de ce dernier comme tuteur ou curateur¹⁰².

Ni la loi de 1999, ni celle de 2006 n'ont prévu que les partenaires se doivent fidélité. Une juridiction l'a pourtant décidé, dans une décision très critiquée, en se fondant sur l'obligation de loyauté qui s'impose à tout contractant d'exécuter ses obligations¹⁰³, en l'occurrence l'obligation de vie commune¹⁰⁴. La majorité de la doctrine est hostile à cette idée, tant en raison de la lettre de la loi et de l'intention du législateur, qu'en raison de l'esprit du PACS qui est un contrat de liberté.

On sait que la loi du 4 avril 2006 a introduit un nouveau devoir du mariage à l'article 212 du Code civil, le devoir de respect qui permettra sans doute de mieux justifier - si besoin était - des solutions que la jurisprudence avait déjà retenues. Aucun texte n'impose en revanche un tel devoir aux partenaires. Sont-ils pour autant dispensés de tout devoir de respect l'un à l'égard de l'autre ? Sans doute, comme pour les concubins, les ressources du droit commun, principalement la responsabilité civile, permettront de sanctionner les atteintes les plus criantes qu'un partenaire peut porter au respect de l'autre, notamment les violences physiques ou verbales et les insultes. Reste à savoir s'il s'agit de responsabilité délictuelle ou contractuelle.

b) Les effets d'ordre patrimonial

Plus encore que la loi de 1999 ne l'avait fait, la loi de 2006 a introduit dans le régime des biens des partenaires une dualité qui n'est pas sans rappeler celle qui existe dans le mariage entre le régime primaire et le régime matrimonial proprement dit. On y retrouve en effet d'une part des règles obligatoires qui s'imposent à tous les partenaires, quel que soit le régime des biens qu'ils choisissent, d'autre part un

¹⁰¹ art. 515-4

¹⁰² C. civ, art. 449 nouv

¹⁰³ C. civ, art. 1134, al. 3

¹⁰⁴ TGI Lille, ordonnance 5 juin 2002

régime légal auquel les partenaires ont le droit de substituer un régime conventionnel.

1-Le régime primaire

L'article 515-4 d'origine prévoyait que les partenaires s'apportaient « une aide mutuelle et matérielle ». Cette formule maladroite avait suscité un doute sur sa signification : ne pouvait-on pas en déduire qu'elle désignait deux devoirs différents, un devoir d'ordre personnel et un devoir d'ordre matériel ? L'incertitude est aujourd'hui levée. La loi de 2006, d'une part, a créé expressément le devoir personnel d'assistance, d'autre part, a modifié la formule : les partenaires s'engagent à une aide matérielle réciproque. Elle a également ajouté une précision : l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives, sauf clause contraire. Ce devoir rappelle évidemment la contribution aux charges du mariage qui s'impose aux époux¹⁰⁵.

Comme les époux, les partenaires sont tenus solidairement aux dettes ménagères. L'article 515-4, alinéa 2 dispose : « 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 ». Il faut sans doute admettre que la notion de besoins de la vie courante correspond à celle d'entretien du ménage. Toutefois, il a déjà été montré que le domaine de la solidarité des partenaires est à la fois plus large et plus étroit que celle des époux. Plus large d'abord en ce que le texte d'origine ne prévoyait pas les exceptions à la solidarité que l'article 220 édicté pour les époux. La loi de 2006 a cependant ajouté que la solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. En revanche, les emprunts et les achats à tempérament n'en sont toujours pas exclus. Plus étroite en ce que les dépenses relatives à l'éducation des enfants ne sont pas couvertes par la solidarité. Cette solution est logique, le PACS ne devant avoir aucune incidence en ce qui concerne les enfants. Enfin, il est vraisemblable que la jurisprudence ne s'en tiendra pas aux seules « dettes contractées » par les partenaires mais étendra, comme pour le mariage, la solidarité à toutes les dettes quelle que soit leur source.

La loi de 2006 a introduit à l'article 515-5, alinéa 3 une technique éprouvée en matière de mariage : une présomption de pouvoir relative aux meubles : « le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers

¹⁰⁵ art. 214

de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition ». La question se pose cependant de savoir si la disposition appartient vraiment au régime primaire des partenaires ou bien seulement à leur régime légal. Contre le régime primaire, on peut faire valoir la présence de la disposition dans le texte qui définit justement le régime légal. Pour, on peut relever la similitude de la règle avec celle de l'article 222 qui appartient au régime primaire des époux. Il n'y a guère de raison pour qu'il en soit autrement de l'article 515-5, alinéa 3.

2-Le régime des biens

La loi de 1999 avait instauré un régime de type communautaire par le jeu de présomptions d'indivision¹⁰⁶. Selon l'ancien article 515-5 du Code civil, en effet, les meubles meublants acquis par les partenaires à titre onéreux après la conclusion du PACS étaient présumés indivis par moitié. Les partenaires avaient cependant la possibilité d'écarter cette double présomption dans leur convention. Quant aux autres biens acquis à titre onéreux après la conclusion du PACS, ils étaient également présumés indivis par moitié, si l'acte d'acquisition n'en disposait autrement. Le Conseil constitutionnel avait décidé que les seuls moyens d'écarter les présomptions d'indivision résidaient dans ceux prévus par le texte. En dehors du PACS pour les meubles meublants, en dehors de l'acte d'acquisition pour les autres biens, il n'y avait pas de possibilité de prouver qu'ils avaient été acquis en propre par l'un des partenaires. Ces solutions et leur interprétation conduisaient à faire du PACS un contrat plus communautaire et plus contraignant que le mariage.

La loi de 2006 a rectifié le tir : elle a instauré un régime légal de séparation de biens, qui correspond sans doute mieux à l'esprit de ceux qui choisissent le PACS, avec la possibilité de choisir un régime communautaire.

Le nouvel article 515-5 du Code civil transpose presque mot pour mot les règles du régime de la séparation de biens proposé aux époux¹⁰⁷. Dans ce régime, chaque partenaire reste propriétaire des biens qu'il acquiert soit avant la conclusion du PACS, soit après, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il peut apporter la preuve de sa propriété exclusive par tout moyen. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité que le

¹⁰⁶ La loi de 2006 ne s'appliquant qu'aux pactes conclus après son entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, les partenaires ayant contracté avant restent en principe soumis au régime de la loi de 1999, à moins que les partenaires ne concluent une convention modificative

¹⁰⁷ art. 1536 s.

bien est présumé indivis par moitié. Il va de soi par ailleurs que les partenaires peuvent acquérir ensemble un bien expressément indivis. Sur ses biens personnels, chaque partenaire « conserve l'administration, la jouissance et la disposition », sauf dispositions contraires dans le pacte. La loi de 2006 a donc conféré au régime une certaine souplesse et sauvegardé l'indépendance des partenaires. En revanche, pour la gestion des biens indivis, les partenaires se voient dans l'obligation de collaborer selon le droit commun de l'indivision.

L'article 515-5-1 du Code civil propose un régime différent aux partenaires, un régime d'indivision, donc d'esprit communautaire.

Les partenaires peuvent en effet, dans leur convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément au régime de l'indivision. Hormis certains biens dont la liste est dressée à l'article 515-5-2¹⁰⁸, entrent dans le champ de l'indivision tous les biens acquis à titre onéreux depuis l'enregistrement du pacte par l'un des partenaires ou les deux. Les biens sont alors réputés indivis par moitié. La gestion des biens est cette fois soumise aux règles de l'indivision conventionnelle¹⁰⁹.

La question se pose de savoir si ce régime conventionnel doit être adopté d'un bloc par les partenaires ou si ces derniers peuvent l'aménager. Les auteurs sont d'accord pour estimer qu'il serait paradoxal que les partenaires soient moins libres pour organiser le régime de leurs biens que les époux. Par conséquent rien ne devrait empêcher les partenaires d'étendre ou de restreindre le domaine de l'indivision, ou de prévoir une répartition des parts différentes. D'ailleurs, l'article 515-5-3, alinéa 2 prévoit lui-même la possibilité pour les partenaires de conclure une convention relative à l'administration des biens indivis.

2 - Les effets accessoires

Le mariage produit un certain nombre d'effets accessoires, distincts du statut que le Code civil définit à travers les devoirs personnels et le régime des biens des époux. Certains de ces effets ont été étendus aux concubins. Il n'y avait pas de raison qu'ils ne le soient pas aux partenaires. La question se posait toutefois de savoir si les partenaires devaient, au nom du principe d'égalité, être traités exactement de la même manière que les époux.

¹⁰⁸ les revenus, les biens acquis avec les revenus, les biens créés comme un fonds de commerce

¹⁰⁹ C. civ, art. 1873-6 à 1873-8

Le Conseil d'Etat a été saisi de la question et a donné une réponse mesurée¹¹⁰.

La loi de 1999 a organisé les liens qui unissent les partenaires de manière différente de ceux qui existent entre époux ; les partenaires et les époux se trouvent donc dans deux situations juridiques différentes ; le principe d'égalité n'impose alors pas qu'ils soient traités de manière identique. Toutefois, la haute juridiction ajoute que lorsque la loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire d'apporter les modifications rendues nécessaires par le respect du principe d'égalité. Autrement dit, les partenaires doivent bénéficier des mêmes droits que les époux chaque fois que la différence de traitement n'est pas justifiée par la différence des situations¹¹¹.

La loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation octroie aux partenaires les mêmes droits qu'aux époux et aux concubins. L'article 14 permet, en cas d'abandon du domicile par le locataire, la continuation du bail au profit du partenaire. De même, l'article 15 autorise le bailleur à reprendre son logement au profit de son partenaire.

La loi du 15 novembre 1999 fait du partenaire d'un assuré social son ayant droit, tout comme le conjoint ou la personne qui vit maritalement avec lui et se trouve à sa charge effective et permanente¹¹². De manière générale, le décret du 2 février 2000 a étendu aux partenaires de multiples dispositions relatives aux concubins.

La prise en compte du PACS peut également jouer en défaveur des partenaires.

Ainsi, le bénéficiaire de l'allocation de soutien familial n'y a plus droit s'il conclut un PACS.

En revanche, les partenaires bénéficient de certains droits dont les concubins sont exclus. Le partenaire a ainsi droit, comme un époux, au capital-décès, en cas de décès de l'autre¹¹³.

C'est sur le plan fiscal que les concubins sont le plus désavantagés par rapport aux époux, en particulier pour ce qui concerne les droits de mutation à titre gratuit. Le législateur a réservé un sort plus favorable aux partenaires qui n'est

¹¹⁰ CE, 28 juin 2002

¹¹¹ Que la pension de réversion soit réservée au conjoint survivant n'est discriminatoire à l'égard ni des partenaires ni des concubins pour la raison que les époux sont soumis pendant leur union à un ensemble d'obligations qui ne s'imposent pas aux partenaires ou aux concubins. CE, 6 décembre 2006

¹¹² C. sécu. soc., art. L. 161-14

¹¹³ C. sécu. soc., art. 361-4

cependant pas identique à celui des époux. Actuellement, sur les donations à titre gratuit, les partenaires bénéficient d'un abattement de 57 000 euros. Une fois l'abattement effectué, les droits s'élèvent à 40 % pour la fraction n'excédant pas 15 000 euros et à 50 % pour le surplus.

Quant à l'impôt sur le revenu, la loi de 1999 ne donnait la possibilité aux partenaires de faire une déclaration commune qu'au bout de trois ans. Désormais, ils font une déclaration commune sans délai.

Enfin, pour l'impôt de solidarité sur la fortune, il n'y a aucune disposition spécifique. Il faut considérer qu'ils sont assimilés aux concubins. Par conséquent, l'ensemble de leurs biens est pris en considération.

C - La dissolution du PACS

Tout comme le concubinage, et contrairement au mariage, le PACS peut être rompu librement par volonté mutuelle ou unilatérale. Le Code civil se montre très précis sur les causes de dissolution. Aucune n'implique l'intervention d'un juge. Le prix de cette liberté réside dans une faible organisation de ses conséquences.

1 - Les causes de dissolution

Depuis la loi de 1999, l'article 515-7 du Code civil énumère quatre causes de dissolution du PACS : le consentement mutuel, la résiliation unilatérale, le mariage, le décès. La loi de 2006 n'a pas modifié cette liste mais en a changé l'ordre de présentation, plaçant en tête le décès et le mariage.

Cette mutation a été interprétée comme un indice supplémentaire du rapprochement du PACS du mariage et de son appartenance à l'état des personnes.

Quoi qu'il en soit, la liste est limitative et il ne saurait être question de lui ajouter des causes spécifiquement contractuelles, telles que la résolution judiciaire.

Très naturellement, le décès de l'un des partenaires¹¹⁴ met fin au PACS qui ne saurait continuer entre le survivant et les héritiers du défunt. La dissolution prend effet à la date du décès¹¹⁵. Avant la loi de 2006, la publicité de la dissolution était laissée à l'initiative du survivant, ce qui représentait un risque d'inaction de sa part. Désormais, l'officier de l'état civil compétent pour mentionner le décès en marge de

¹¹⁴ ou des deux

¹¹⁵ art. 515-7, al. 1er

l'acte de naissance du défunt¹¹⁶ en informe le greffe du tribunal où la déclaration du PACS avait été enregistrée. Celui-ci procède alors aux mesures de publicité.

Comme il a été vu, le mariage d'une personne lui interdit de conclure un pacte. Au contraire, le pacte est dissous automatiquement par le mariage d'un partenaire. La dissolution prend effet à la date du mariage. Là encore, la loi de 2006 a modifié le système de publicité. Ce n'est plus au nouvel époux d'en prendre l'initiative¹¹⁷. La tâche en est confiée à l'officier de l'état civil compétent pour mentionner l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance de chaque époux qui doit avertir le greffe du tribunal ayant enregistré la déclaration du PACS. Bien que le Code civil ne le précise pas, il faut évidemment admettre que le mariage conclu entre les partenaires met également fin au PACS.

L'article 515-7, alinéa 3 du Code civil envisage la dissolution du PACS par « déclaration conjointe ». Il est normal que les partenaires puissent mettre fin librement au PACS, lui-même conçu comme un contrat de liberté. Les formalités en sont très simples : les partenaires doivent remettre ou adresser une déclaration conjointe au greffe du tribunal qui avait enregistré la déclaration de PACS. Aucune forme particulière n'est exigée pour cette manifestation de volonté. Il suffit qu'elle soit écrite. « Le greffier enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité », c'est-à-dire qu'il en informe l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de chacun des partenaires est dressé.

La loi de 2006 a modifié la date des effets de la dissolution du PACS. Dans les rapports entre les partenaires, elle prend effet à la date d'enregistrement de la dissolution. A l'égard des tiers, la dissolution est opposable à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

Le PACS peut également être dissous par volonté unilatérale, c'est-à-dire à l'initiative d'un seul des partenaires. Bien que le Conseil constitutionnel ait affirmé le contraire, dans la mesure où la rupture unilatérale s'opère sans contrôle d'un juge, sans que le partenaire n'ait à justifier d'un quelconque motif, et sans délai, on peut considérer qu'il s'agit là d'une véritable répudiation. Les formalités en sont là encore extrêmement simples : il suffit pour le partenaire qui décide de mettre fin au pacte de le signifier¹¹⁸ à l'autre et d'en adresser copie au greffe du tribunal qui avait enregistré

¹¹⁶ c'est-à-dire celui qui détient l'acte de naissance

¹¹⁷ en avertissant l'ex-partenaire par voie d'huissier !

¹¹⁸ toujours par voie d'huissier

la déclaration de PACS¹¹⁹. Il est fort possible que le partenaire omette d'accomplir ces formalités, soit par ignorance soit par négligence. Toutefois, tant que la dissolution n'est pas enregistrée, elle ne peut produire effet entre les partenaires. De même qu'elle ne produit pas effet à l'égard des tiers avant la mention en marge de l'acte de naissance.

La loi de 1999 prévoyait que lorsqu'un partenaire était placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le conseil de famille ou par le juge des tutelles pouvait mettre fin au PACS¹²⁰. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs a affiné et complété les règles en la matière. Si le majeur est sous curatelle, il peut rompre le PACS aussi bien par consentement mutuel que par volonté unilatérale sans l'assistance du curateur - si ce n'est pour procéder à la signification indiquée au paragraphe précédent¹²¹. Si le majeur est sous tutelle, la solution est la même¹²². Il est cependant précisé que si c'est l'autre partenaire qui rompt le PACS, la signification doit en être adressée au tuteur. Le tuteur peut lui-même prendre l'initiative de la rupture, sur autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, après audition de l'intéressé et le cas échéant avis des parents et de l'entourage. Enfin, si le tuteur¹²³ ou le curateur¹²⁴ était le partenaire du majeur, un tuteur ou un curateur ad hoc devra lui être substitué.

2 - Les conséquences de la dissolution

La dissolution du PACS, quelle qu'en soit la cause, produit des effets qui ne sont pas sans rappeler ceux du mariage. Ainsi, tous les effets légaux du PACS prennent fin. Les partenaires ne sont plus tenus aux obligations d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial. La solidarité des dettes de la vie courante cesse également. Et le régime des biens ne s'applique plus. Il va de soi que toutes ces conséquences ne se produisent que pour l'avenir. La dissolution n'est pas rétroactive. En revanche, le Code civil ne contient pas de mesure équivalente à la prestation compensatoire ou au sort du logement des partenaires. Seule est envisagée une éventuelle réparation du préjudice subi par le partenaire à qui la rupture est imposée. Quant à la liquidation

¹¹⁹ art. 515-7, al. 5

¹²⁰ art. 506-1 anc.

¹²¹ C. civ, art. 461, al. 3

¹²² art. 462, al. 4

¹²³ art. 462, in fine

¹²⁴ art. 461, in fine

des intérêts patrimoniaux, elle est laissée à l'entente entre les partenaires. Enfin, le décès ne donne aucun droit au partenaire survivant.

a) La réparation du préjudice

La rupture du PACS est libre. Toutefois, l'article 515-7, alinéa 10 réserve la possibilité pour le partenaire abandonné d'obtenir réparation du préjudice subi. La possibilité de mettre en jeu la responsabilité civile de l'auteur d'une faute a été consacrée par le Conseil constitutionnel comme étant de valeur constitutionnelle. Il en résulte que toute clause contraire devrait être réputée non écrite. Ce sont les circonstances de la rupture qui devraient justifier la condamnation du partenaire abandonnant et le préjudice réparable peut aussi bien être matériel que moral. Il semble que l'on puisse ici transposer la jurisprudence établie pour la rupture du concubinage.

b) La liquidation des intérêts pécuniaires

L'article 515-7, alinéa 10 prévoit que « les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité ». En particulier, ils devront reprendre chacun leurs biens personnels, en prouvant le cas échéant par tout moyen qu'ils en sont propriétaires exclusifs. Quant aux biens indivis, ils doivent s'entendre pour en opérer le partage, étant rappelé que les biens sont présumés indivis par moitié, à moins que les partenaires ne choisissent de rester dans l'indivision comme l'article 515-5-3, alinéa 3 le leur permet¹²⁵. Si les intérêts de l'un des partenaires se trouvaient lésés, il pourrait agir en nullité de la convention de partage pour vice du consentement¹²⁶ ou en rescision pour lésion¹²⁷.

Si les partenaires ne parviennent pas à s'entendre, c'est le TGI qui est compétent pour statuer. L'un des partenaires pourrait alors demander l'attribution préférentielle de l'un des biens¹²⁸ : logement, exploitation agricole, fonds de commerce, etc., quitte à ce que l'autre reçoive une soulte ou une part plus grande sur les autres biens.

La loi de 2006 a ajouté une disposition qui ne figurait pas dans l'article 515-7 d'origine concernant les créances entre partenaires. De telles dettes ne sont en effet

¹²⁵ Dans l'hypothèse où les partenaires avaient passé une convention d'indivision.

¹²⁶ dol, violence, erreur

¹²⁷ C. civ, art, 889

¹²⁸ art. 515-6 qui opère renvoi aux articles 831, 831-2, 832-3 et 832-4

sans doute pas rares : il est fort possible, par exemple, que pendant la vie commune l'un des partenaires paie une dette de l'autre. Le dernier alinéa du texte prévoit que, sauf convention contraire, ces créances sont évaluées comme en matière de liquidation de la communauté légale des époux, selon les règles de l'article 1469 du Code civil. Il n'est pas question d'entrer dans le détail de ce texte qui relève de l'étude des régimes matrimoniaux. Il suffit de savoir ici qu'il instaure un système de dette de valeur qui consiste à évaluer le montant de la dette en tenant compte, au jour de son évaluation, de l'éventuelle dépréciation de la monnaie. Le principe, assorti de très importantes exceptions, est que la créance due par le partenaire à l'autre est égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant¹²⁹.

Le texte précise toutefois que « ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune ». Par exemple, si le titulaire n'avait pas participé aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante, la créance qui lui est due est diminuée du montant de ce qui aurait dû être sa participation.

c) Les droits du partenaire survivant

Le PACS ne crée pas entre les partenaires de lien de famille équivalent à celui qui unit les époux. Ils ne sont donc pas héritiers l'un de l'autre. Le partenaire survivant ne bénéficie d'aucun droit dans la succession du défunt.

Par dérogation à ce principe, la loi du 23 juin 2006 a étendu au partenaire des droits qui sont accordés au conjoint survivant. L'article 515-6, alinéa 2 fait bénéficier le partenaire survivant de l'attribution préférentielle du logement et des meubles le garnissant prévue à l'article 831-3 du Code civil. Mais la règle ne peut s'appliquer que si les partenaires étaient propriétaires indivis du local ; elle est exclue si le défunt en était propriétaire exclusif.

L'article 515-6, alinéa 3, surtout, étend au partenaire survivant le bénéfice de l'article 763, alinéa 1 et 2 du Code civil. Si, à l'époque du décès, le partenaire occupe effectivement, à titre d'habitation principale, le logement appartenant au défunt ou aux deux partenaires, il a de plein droit la jouissance gratuite de ce logement pendant un an. Si le logement des partenaires était assuré par un bail, les loyers lui

¹²⁹ c'est à dire la plus value dont le patrimoine du débiteur s'est éventuellement enrichi. Le système de la dette de valeur s'oppose au principe du nominalisme monétaire selon lequel la dette due est égale à la dette contractée

sont remboursés pendant un an par la succession. Malgré ses dispositions, le partenaire n'est toujours pas un héritier mais seulement un créancier de la succession.

Faut-il alors admettre que le mariage soit le domaine de l'ambiguïté ?

Une réponse affirmative s'impose certes, en l'occurrence, dans le cadre d'une conception atomiste.

Ne peut-on, en revanche, espérer une réponse négative dans le cadre d'une conception dialectique ?

Ne peut-on observer qu'au sein de celle-ci, le mariage révèle une nature contractuelle au niveau de son existence et une nature institutionnelle au niveau de ses effets ?

CHAPITRE I

LA NATURE CONTRACTUELLE DU MARIAGE AU NIVEAU DE SON EXISTENCE

On vérifie, à ce stade, la nature contractuelle du mariage en examinant ce dernier sous le double angle : d'une part, de sa formation ; d'autre part, de sa dissolution.

Section 1- Formation du mariage

La liberté du mariage est un principe de valeur supérieure à la loi. Elle est garantie par la CEDH dont l'article 12 stipule : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Le Conseil constitutionnel lui a par ailleurs reconnu valeur constitutionnelle, comme composante de la liberté individuelle affirmée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³⁰. La jurisprudence judiciaire a également reconnu le principe de la liberté du mariage dans des affaires concernant des contrats de travail qui contenaient des clauses de célibat¹³¹. La Cour de cassation a toutefois admis qu'« il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par l'employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement »¹³². Dans les actes à titre gratuit, la validité de la clause de célibat semble dépendre du fait de savoir si elle a été dictée par l'intention de nuire ou au contraire l'intérêt du gratifié.

Pour accéder à l'état d'époux, il faut répondre à des conditions qui sont imposées par la loi et dont on peut déduire, sinon une définition, du moins la conception que le droit français se fait du mariage. Ce sont des conditions de validité, d'ordre biologique ou moral, sans lesquelles le mariage peut être annulé, mais qui ne sont pas immuables : elles peuvent évoluer dans le temps avec l'évolution des mentalités. D'autres conditions, en revanche, paraissent indispensables à l'existence même du mariage : sans elles l'union ne peut même pas être qualifiée de mariage. Il convient d'exposer d'abord les conditions d'existence,

¹³⁰ DC 13 août 1993

¹³¹ Affaires des hôtesses de l'air : CA Paris, 30 avril 1963

¹³² Cass. Ass. plén., 19 mai 1978

puis les conditions de validité du mariage, enfin les sanctions des unes et des autres qui sont en réalité les mêmes.

Sous-section 1- Les conditions d'existence du mariage

Ces conditions sont au nombre de deux : le consentement et le respect des formalités.

§ 1 - Le consentement au mariage

Le mariage est un acte juridique auquel les époux doivent consentir librement. L'article 146 du Code civil donne à cet élément indispensable à tout acte juridique une valeur particulière : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Cette disposition, qui fait du consentement une véritable condition d'existence du mariage, s'explique par l'importance toute particulière de cet acte : il ne crée pas seulement des obligations d'ordre patrimonial comme les autres contrats, il engage toute la personne des époux qui consentent en réalité à abdiquer une partie de leur liberté.

Le consentement que le droit prend principalement en compte est celui qui est exprimé lors de la cérémonie. Pourtant, la volonté des époux s'est formée préalablement et doit nécessairement perdurer par la suite. Le consentement postérieur est aujourd'hui pris en considération par le droit puisqu'il est possible aux époux de renoncer à rester mariés et de demander le divorce. En revanche, le Code civil ignore la volonté antérieure à la cérémonie, celle qui s'est manifestée sous forme d'un projet de mariage et même de promesses, ce qu'on appelle les fiançailles. Il apparaît pourtant, à observer le droit de plus près, que ce consentement préalable n'est pas totalement dépourvu de valeur juridique. Il faut l'examiner avant de voir le consentement exprimé lors de la cérémonie.

I - Le consentement préalable à la cérémonie

Le Code civil admet deux formes de mariage très particulières qui s'appuient toujours plus ou moins sur un consentement préalable : le mariage *in extremis* et le mariage posthume.

A - Le mariage *in extremis*

Le mariage *in extremis* est le mariage contracté par un moribond, une personne qui est sur le point de mourir. Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle du décès qui suit brutalement la cérémonie du mariage.

Dans le cas du mariage *in extremis*, on sait que l'un des époux est sur le point de mourir. Alors que le mariage est normalement un acte tourné vers l'avenir, en

particulier vers l'établissement d'une communauté de vie, curieusement, le Code civil admet la validité de telles unions et aménage même certaines règles de formation du mariage pour cette hypothèse. C'est sans doute une considération d'équité qui a conduit les rédacteurs du Code civil à conserver cette institution présente déjà dans l'Ancien droit. Il s'agit de permettre à un homme qui a vécu de longues années avec une femme en union libre de régulariser l'union¹³³ mais aussi d'assurer au conjoint survivant une certaine sécurité par l'octroi de droits patrimoniaux. Cette seule intention n'est pas constitutive d'une fraude dans ce cas de figure, alors que le mariage conclu à des fins exclusivement patrimoniales est normalement considéré comme nul.

Bien que les formalités en soient allégées, le mariage *in extremis* implique une cérémonie et par conséquent un consentement émis par chacun des époux à ce moment. Néanmoins, la difficulté tient à ce que bien souvent le moribond est incapable d'articuler ce consentement, alors même qu'il aurait la lucidité pour le faire. Ce à quoi s'ajoutent les craintes de détournements et de pressions. Les signes qu'il peut manifester¹³⁴ doivent alors être interprétés et c'est précisément la volonté exprimée avant la cérémonie qui peut servir de preuve du consentement ou de l'absence de consentement. Ainsi, il a pu être jugé que le consentement était absent dans un cas où le moribond avait toujours eu une volonté clairement exprimée, même encore la veille, de ne pas se marier¹³⁵. A l'inverse, la validité du mariage fut reconnue dans une affaire où les époux avaient manifesté leur intention de se marier avant l'accident de travail dont avait été victime le mari¹³⁶. Le mariage *in extremis* n'est certes pas fondé sur une volonté antérieure à la cérémonie, mais cette volonté préalable permet de déduire la volonté concomitante¹³⁷.

B - Le mariage posthume

L'imagination d'un législateur n'ayant pas de borne, la loi du 31 décembre 1951 a introduit dans le Code civil le mariage contracté par un mort - avec tout de même un vivant. Cette formule aberrante est issue d'une loi de circonstance adoptée

¹³³ aspect rédempteur du mariage *in extremis* quelque peu dépassé

¹³⁴ clignement d'œil, râle, souffle, larmes, regard, etc.

¹³⁵ CA Paris, 20 mars 1872

¹³⁶ Cass. 1^o civ, 22 janvier 1968

¹³⁷ Voir encore Cass. 1^o civ, 31 janvier 2006, 2^e espèce

à la suite de la rupture du barrage de Malpasset qui provoqua l'inondation de Fréjus et causa plusieurs centaines de morts.

Parmi ceux-ci figurait un homme qui devait se marier deux semaines plus tard et dont la fiancée était enceinte. L'enfant serait né naturel à une époque où le statut des enfants nés hors mariage était très inférieur à celui des enfants légitimes.

C'est cette circonstance purement casuelle qui incita le législateur à adopter une mesure générale et permanente dont il n'existe guère d'équivalent à l'étranger et qui a été plutôt mal accueillie en doctrine.

L'article 171 du Code civil prévoit que le président de la République peut autoriser la célébration du mariage si certaines conditions sont réunies. Seuls des motifs graves peuvent justifier une telle autorisation. Hormis, naguère, la naissance d'un enfant naturel au statut défavorable, on ne voit guère quel motif suffisamment grave pourrait être pris en considération. Quoi qu'il en soit, c'est le président de la République qui procède à l'appréciation des motifs graves.

Il doit également vérifier la volonté du défunt de se marier. Le mariage posthume repose exclusivement et expressément, cette fois, sur la volonté antérieure de l'un des époux. C'est ce qui en fait toute l'originalité. Le mariage n'est en effet possible que si « l'un des époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement ».

Les formalités en question peuvent consister notamment dans la publication du projet de mariage et la visite médicale nécessaire pour l'obtention du certificat prénuptial. C'est donc ici la volonté passée qui fonde essentiellement le mariage posthume. Toutefois, une décision récente modifie cette analyse. La Cour de cassation a en effet décidé qu'« il appartient au juge, saisi d'une demande d'annulation du mariage posthume, de vérifier si ce consentement a persisté jusqu'au jour du décès »¹³⁸. Si le mariage est sans doute célébré sans le défunt et sans l'expression de sa volonté présente, il n'en reste pas moins que la volonté incarnée dans les démarches officielles ne saurait suffire s'il s'avère que par la suite le défunt a changé d'avis.

L'autorisation du président de la République prend la forme d'un décret. Dérogeant au principe de séparation des ordres juridictionnels administratif et

¹³⁸ Cass. 1^o civ, 28 février 2006

judiciaire, la Cour de cassation a décidé que le tribunal de grande instance est seul compétent pour apprécier la requête en nullité du décret¹³⁹.

Cependant, la haute juridiction a également affirmé que le contrôle du tribunal ne porte que sur la régularité formelle de la procédure. L'appréciation des motifs graves et de la réalité du consentement ressort du pouvoir discrétionnaire du chef de l'Etat. La Cour de cassation a toutefois atténué cette position en décidant que le tribunal a le pouvoir d'apprécier la persistance du consentement, opérant ainsi une répartition quelque peu artificielle des pouvoirs entre le président et le juge.

Ce mariage exclusivement tourné vers le passé produit des effets très limités. L'article 171, alinéa 2 précise d'abord que les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. La fiction de la rétroactivité permet ainsi de rétablir l'ordre naturel des événements. Par ailleurs, ce mariage n'entraîne aucun droit successoral au profit du conjoint survivant et aucun régime matrimonial ne s'applique¹⁴⁰. Subsistent néanmoins des conséquences d'ordre social, comme une éventuelle pension de réversion. Par ailleurs, la disparition de la distinction des filiations légitime et naturelle n'ôte pas tout intérêt de l'union à l'égard de l'enfant : elle lui permet d'avoir une filiation paternelle par application de la présomption de paternité, s'il naît moins de trois cents jours après la dissolution du mariage.

II - Le consentement au moment de la cérémonie

Le consentement au mariage est d'une importance primordiale, c'est lui et lui seul qui fait le mariage. Il doit donc exister et être intègre, c'est-à-dire donné en toute liberté et en toute connaissance de cause.

A - L'existence du consentement

L'article 146 du Code civil atteste du caractère essentiel du consentement dans l'existence même du mariage : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Cette importance accordée à la volonté des époux est héritée du droit romain qui avait rompu avec les modes de formation répandus dans le monde antique. Dans les systèmes grec, judaïque, babylonien et germanique, le mariage se formait en deux étapes : la première consistait généralement en un accord entre les familles et la seconde en la remise de la femme à son mari, voire en la consommation de l'union. En droit romain, au contraire, le seul échange des

¹³⁹ Cass. 1^o civ, 6 décembre 1989

¹⁴⁰ art. 171, al. 3

consentements suffisait. Le Code civil a conservé cette tradition : aucune autre démarche que la manifestation du consentement devant l'officier de l'état civil n'est exigée pour la formation du mariage. En particulier l'absence de consommation charnelle ne remet nullement en cause la formation de l'union.

Seul le consentement est nécessaire, mais tout le consentement. Cette exigence a une double portée : le consentement doit être exprimé ; il doit correspondre à une intention réelle.

1 - L'expression du consentement

Le consentement doit être exprimé par l'époux lui-même et implique par conséquent sa présence au moment de la cérémonie. On ne peut se marier par représentation. L'article 146-1 du Code civil exprime cette règle : « le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence ». Le texte n'existe que depuis la loi du 24 août 1993 relative à la lutte contre l'immigration et a été introduit dans la perspective d'une lutte contre les mariages fictifs¹⁴¹. Il n'en reste pas moins qu'elle correspond à un principe qui était déjà admis implicitement depuis longtemps.

Au moment de la cérémonie, l'officier de l'état civil reçoit « la déclaration » de chacune des parties qu'elles veulent se prendre pour époux. Cette déclaration ne peut être le fait que des époux eux-mêmes, même s'ils sont mineurs ou majeurs soumis à un régime de protection. Le refus d'un époux au dernier moment est toujours possible, comme il a été vu à propos des fiançailles. Aucune formalité sacramentelle n'est exigée. En principe, c'est un « oui » oral que l'on attend des époux, mais si l'un d'entre eux est muet ou mourant, un écrit ou tout autre signe exprimant avec certitude la volonté permet un consentement valable. Toutefois, si l'intéressé se trouvait sous l'empire d'un trouble physique lui interdisant toute manifestation de volonté, le mariage ne pourrait être célébré.

2 - L'intention réelle

Le consentement exprimé lors de la cérémonie, le « oui fatidique », ne doit pas être réduit à un simple mot vide de sens. Il doit correspondre à une intention réelle et sérieuse. Autrement dit, l'absence de consentement ne recouvre pas seulement les hypothèses où l'un des époux n'est pas présent ou refuse de

¹⁴¹ L'article 146-1 vise principalement les mariages conclus par les Français à l'étranger avec des étrangers, dont le législateur soupçonne qu'ils ont pour but exclusif de permettre à l'étranger d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française.

consentir, mais aussi celle où la conscience de l'un des époux est si fortement altérée que le consentement ne correspond à rien et celle où l'un des époux au moins recherche exclusivement un avantage accessoire que la loi attache au mariage, c'est-à-dire contracte un mariage fictif.

a) L'altération des facultés mentales

En ce qui concerne le mariage, l'existence d'un trouble mental est assimilée à une absence de consentement, alors que pour les autres actes juridiques, le trouble mental n'apparaît que comme un vice du consentement. La nuance n'est pas anodine : l'absence de consentement au mariage est sanctionnée par la nullité absolue, alors que les vices du consentement n'encourent que la nullité relative. Cette solution dérogatoire au droit commun atteste de l'importance accordée au consentement au mariage.

L'altération du trouble mental peut trouver sa cause dans toute sorte de maladies mentales¹⁴², mais aussi sans doute dans l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants. Le mariage *in extremis* est autorisé, mais l'accident qui le fait mourir peut lui avoir fait perdre sa lucidité. La volonté préalable serait insuffisante pour pallier l'absence de volonté au moment de la cérémonie. Dans tous les cas, ce qui invalide le consentement, c'est l'inaptitude dans laquelle se trouve l'époux de comprendre la signification et la portée de son acte.

Conformément au droit commun, la lucidité est présumée et c'est à celui qui invoque l'existence d'un trouble mental d'en apporter la preuve¹⁴³. Autrement dit, l'existence d'un état général d'altération des facultés mentales n'est suffisante ni pour interdire au malade de se marier, ni pour présumer le trouble au moment de l'acte. Le mariage conclu par une personne malade est valable s'il a été conclu dans un intervalle de lucidité¹⁴⁴.

b) Les mariages fictifs

Le mariage produit de nombreuses conséquences. Les principales concernent les devoirs que les époux s'engagent à respecter en donnant leur consentement. L'ensemble de ces devoirs constituent le statut matrimonial et concourent, avec les conditions de formation, à définir le mariage. D'autres sont plus accessoires et

¹⁴² Cass. 1° civ, 29 janvier 1975, à propos d'un cas de schizophrénie.

¹⁴³ Cass. 1° civ, 2 décembre 1992

¹⁴⁴ Cass. 1° civ, 24 mars 1998

pourraient très bien ne pas exister sans que pour autant la notion de mariage en soit modifiée : les droits successoraux, l'acquisition de la nationalité française, l'obtention d'un titre de séjour, le rapprochement géographique des époux, etc. Ils ne sont pas obligatoires pour les époux et constituent des avantages dont ils peuvent bénéficier s'ils le souhaitent.

Ces avantages accessoires ne sont octroyés aux époux qu'en contrepartie du choix qu'ils ont fait de soumettre leur union à la reconnaissance de la société. Ils ont souvent pour objectif de faciliter la vie commune des époux¹⁴⁵. Il arrive que des époux contractent dans la seule intention d'obtenir l'un de ces avantages, tout en rejetant le statut matrimonial et les devoirs qui le composent¹⁴⁶. Une fois l'avantage obtenu, ils entreprennent de divorcer. Les deux époux peuvent être complices, ou bien l'un peut être sincère tandis que l'autre consent dans un esprit de fraude. Une telle instrumentalisation du mariage est jugée inacceptable.

On a parlé de mariage blanc, de mariage simulé, de mariage à effets limités, de mariage frauduleux, de mariage de complaisance. Ces qualifications ne correspondent généralement ni à l'état d'esprit des époux¹⁴⁷ ni à une analyse juridique tout à fait exacte¹⁴⁸. La formule de mariage fictif présente le mérite de ne pas correspondre à une qualification juridique et de n'être qu'une image.

La question s'est posée de savoir quel est le critère du mariage fictif répréhensible et méritant d'être sanctionné. A vrai dire, les choses étaient assez claires : les tribunaux sanctionnaient les époux lorsqu'ils constataient, au cas par cas, que les époux ne s'étaient pas mariés afin de fonder un foyer et d'établir une véritable vie commune mais pour obtenir un avantage accessoire au mariage¹⁴⁹. La Cour de cassation, dans son célèbre arrêt Appietto¹⁵⁰, a jeté le trouble en décidant : « si le mariage est nul faute de consentement lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les époux ont cru pouvoir limiter ses effets légaux... » En l'occurrence, le mariage était valable alors que les époux ne s'étaient mariés que pour conférer la légitimité de leur enfant à naître. Ce faisant, la Cour de cassation

¹⁴⁵ ainsi de l'acquisition de la nationalité française ou d'un titre de séjour

¹⁴⁶ Voir un cas particulier où une transsexuelle voulait épouser un homosexuel qui avait l'apparence d'une femme sans avoir cependant changé de sexe. Les juges ont estimé que le mariage poursuivait le but de défendre la cause homosexuelle et que les époux étaient donc dépourvus d'intention conjugale. AA Versailles, 8 juillet 2005

¹⁴⁷ mariage blanc, mariage de complaisance

¹⁴⁸ mariage simulé, frauduleux

¹⁴⁹ Voir ainsi Tribunal civil Melun, 20 janvier 1954 ; CA Paris, 16 octobre 1958

¹⁵⁰ Cass. 1^o civ, 20 novembre 1963

opérait une distinction entre deux sortes d'effets accessoires, ceux dont la recherche exclusive entache le mariage de nullité et ceux dont la poursuite laisse le mariage intact. C'était un critère difficile à mettre en œuvre et peu fondé, car la légitimité par exemple est tout aussi accessoire au mariage que la nationalité et sa seule recherche atteste tout autant de la volonté d'instrumentaliser le mariage¹⁵¹.

Il y a en réalité mariage fictif dès lors que les époux recherchent un avantage tout en refusant le statut matrimonial, à savoir le respect des devoirs du mariage dont le principal est la communauté de vie. Et tout mariage fictif mérite sanction. Dans une décision plus récente, la Cour de cassation semble l'avoir admis en ne reprenant, modifiée, que la première partie de la formule de l'arrêt Appietto et en n'opérant donc plus de distinction parmi les accessoires du mariage : « le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale »¹⁵².

L'arrêt Appietto a eu le mérite de déterminer la sanction des mariages fictifs, de même que son fondement : le mariage ainsi contracté est nul pour absence de consentement. Il mettait fin à diverses solutions jurisprudentielles¹⁵³ ainsi qu'à certaines propositions doctrinales consistant à maintenir le mariage tout en refusant l'octroi de l'avantage recherché. La sanction semblait inappropriée en ce que, d'une part, on ne voit guère l'intérêt de maintenir un mariage qui n'a aucun contenu, d'autre part, depuis la loi du 11 juillet 1975 les époux peuvent divorcer librement par consentement mutuel.

Quant au fondement, l'absence de consentement, il reste discutable. Il est difficile de dire que les époux n'ont pas voulu le mariage puisqu'au contraire ils se sont mariés dans le but d'obtenir un avantage. Ce qu'ils refusent ce sont les effets qui en découlent. Certaines juridictions sanctionnent parfois le mariage fictif sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint¹⁵⁴, parfois même sur les deux fondements¹⁵⁵. Cette sanction n'est envisageable que dans la mesure où l'un des époux contracte mariage en toute sincérité, croyant que l'autre se trouve dans le même état d'esprit. Un auteur a estimé que le problème n'était pas celui du consentement, mais celui de la cause qui serait absente ou illicite. Un autre a

¹⁵¹ La preuve en est de ce caractère accessoire que désormais le mariage n'entraîne plus la légitimité

¹⁵² Cass. 1^o civ, 28 octobre 2003

¹⁵³ Tribunal civil Bayonne, 9 avril 1936

¹⁵⁴ CA Montpellier, 14 décembre 1992

¹⁵⁵ Cass. 1^o civ, 28 novembre 2006

envisagé la notion de détournement d'institution. Quant à la notion de fraude, souvent désignée pour qualifier ce genre de mariage, elle n'a jamais dispensé de s'interroger sur le fondement de la nullité du mariage : elle permet tout au plus de décrire l'état d'esprit des époux, mais ne fonde pas la nullité. La loi du 24 août 1993 avait introduit un article 190-1 dans le Code civil¹⁵⁶, destiné à fonder la nullité du mariage conclu en fraude à la loi. Mais il n'a jamais servi à la lutte contre les mariages fictifs et la loi du 26 novembre 2003 l'a purement et simplement abrogé.

La recherche de la nationalité française ou d'un titre de séjour constitue l'un des motifs les plus fréquents des mariages fictifs. Le mariage est donc parfois instrumentalisé par un étranger qui cherche à contourner ainsi les règles relatives à la naturalisation ou à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

L'instrumentalisation n'est cependant avérée que dans la mesure où l'époux, avec l'éventuelle complicité de son conjoint français, ne poursuit que cet avantage et refuse par conséquent de se conformer aux obligations du mariage. Dès l'avantage obtenu, il a la ferme intention de retrouver sa liberté et de demander le divorce, l'avantage lui étant conservé.

Il est bien sûr légitime de lutter tout à la fois contre de telles unions qui ne sont que des apparences de mariage et contre le contournement des règles concernant le statut des étrangers et l'acquisition de la nationalité française. Le risque est cependant grand de porter la suspicion à l'égard de tous les mariages mixtes, alors que la plupart sont sans doute contractés en toute sincérité. Les statistiques ne doivent pas effrayer. Les mariages mixtes représentaient, en 2005, 15,4 % de la totalité des mariages, selon les chiffres publiés par l'INED.

Mais combien étaient fictifs ? Cela paraît bien difficile à savoir.

C'est sans doute dans cet état d'esprit que le législateur français n'a cessé d'intervenir depuis plus de vingt pour tenter une lutte qui s'est toujours révélée jusqu'à présent inefficace mais qui n'a pas encore pris fin.

Depuis une loi du 7 mai 1984, le législateur a cru trouver une parade contre les mariages fictifs en exigeant une communauté de vie entre les époux comme condition préalable de la déclaration d'acquisition de nationalité ou de la demande de cane de résident. Et depuis cette date, le délai de communauté de vie exigé n'a cessé d'augmenter. Pour l'acquisition de la nationalité française, il n'était que de six

¹⁵⁶ « Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage »

mois en 1984. La loi du 22 janvier 1993 l'avait élevé à deux ans. Une loi du 16 mars 1998 l'avait réduit à un an mais la loi du 26 novembre 2003 l'a de nouveau augmenté à deux ans¹⁵⁷, jusqu'à ce que la loi du 24 juillet 2006 le porte à quatre ans - et même à cinq si l'étranger ne justifie pas avoir résidé de manière interrompue en France pendant au moins trois ans¹⁵⁸ ! Une dispense de délai était prévue lorsqu'un enfant était né du mariage. La loi du 26 novembre 2003 l'a supprimée. Quant à l'acquisition d'une carte de résident, elle est subordonnée à un délai de trois ans de communauté de vie depuis la loi du 24 juillet 2006¹⁵⁹.

Si un mariage fictif, motivé par l'acquisition de la nationalité française, est néanmoins contracté, le législateur a prévu un dispositif qui permet de priver l'époux fraudeur de l'avantage qu'il a obtenu indûment. Ce dispositif n'a pas pour but de remettre en cause le mariage lui-même.

La déclaration d'acquisition de la nationalité française par un époux étranger doit faire l'objet d'un enregistrement¹⁶⁰ dans le délai d'un an à compter de la délivrance au demandeur du récépissé constatant la remise de son dossier¹⁶¹. L'enregistrement peut être refusé si les conditions légales n'en sont pas réunies¹⁶². Surtout, il peut être contesté par le ministère public, « en cas de mensonge ou de fraude dans le délai de deux ans à compter de leur découverte »¹⁶³.

Et la cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement constitue une présomption de fraude. Les époux mixtes dont l'un a demandé l'acquisition de la nationalité française par mariage doivent donc vivre ensemble au moins six ans pour que l'avantage soit conservé : quatre ans de communauté de vie préalable à la déclaration, un an de délai pour l'enregistrement, un an pendant lequel la séparation fait présumer la fraude. C'est plus que la durée de vie de nombreux mariages. Les époux mixtes n'ont pas intérêt à connaître des difficultés conjugales pendant toute cette période.

¹⁵⁷ trois ans si l'étranger ne justifiait pas d'une résidence ininterrompue pendant un an en France

¹⁵⁸ C. civ., art. 21-2

¹⁵⁹ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L. 314-9-3°

¹⁶⁰ C. civ, art. 26-1

¹⁶¹ art. 26-3, al. 4

¹⁶² C. civ., art. 26-2

¹⁶³ C. civ, art. 26-4, al. 3

Une solution similaire est retenue pour le cas où l'avantage recherché est l'obtention d'un titre de séjour : le préfet qui soupçonne de fraude le mariage envisagé peut refuser l'octroi de l'avantage recherché¹⁶⁴.

B - L'intégrité du consentement

Comme pour tout acte juridique, le consentement au mariage doit être exempt de vices. Les articles 1109 et suivants du Code civil déterminent trois sortes de vices du consentement pouvant affecter la validité d'un contrat : l'erreur, la violence et le dol. Pour le mariage, l'article 180 retient également la violence et l'erreur, mais ne fait aucune référence au dol. La raison en est d'abord que l'on admet depuis l'ancien droit que les tromperies, artifices et autres manœuvres participent d'une stratégie de séduction bien naturelle. Comme on aime à le rappeler, Loysel avait exprimé cette règle dans une formule humoristique : « en mariage, trompe qui peut ». Ensuite, on ne saurait admettre en mariage la fonction que le dol assure en droit des contrats : celle d'élargir le champ des erreurs justifiant la nullité. Le mariage ne peut être annulé qu'en raison de certaines erreurs portant sur l'identité ou les qualités de la personne, qu'elles aient été spontanées ou provoquées.

Il faut retenir que les vices du consentement n'entraînent la nullité du mariage que s'ils existaient au moment de la cérémonie. La contrainte exercée postérieurement ou l'erreur commise par la suite sont indifférentes. Les faits pourront à la rigueur être invoqués à l'appui d'une demande en divorce.

L'article 180 du Code civil exige que le mariage ait été contracté avec le consentement libre de chacun des époux. L'absence de liberté correspond à l'hypothèse de la violence. Celle-ci est rarement physique, elle est plutôt d'ordre moral : c'est la crainte d'être exposé à « un mal considérable et présent », selon les termes de l'article 1112. Elle consiste donc à exercer des pressions sur une personne pour l'amener à consentir au mariage. Traditionnellement, le droit considère que la crainte révérencielle, c'est-à-dire la crainte qu'inspire un ascendant, n'est pas une cause de nullité d'un contrat¹⁶⁵, à moins que les pressions émanant de la famille ne prennent le caractère de véritables menaces¹⁶⁶.

¹⁶⁴ CE, Avis du 9 octobre 1992, Abihilali

¹⁶⁵ C. civ, art. 1113

¹⁶⁶ Ainsi des menaces de mon proférées par le père de la jeune fille : Bastia, 27 juin 1949

La jurisprudence a eu tendance, plus récemment, à prononcer l'annulation de mariages forcés, conclus sous la contrainte des parents, dans le cadre de familles issues de l'immigration¹⁶⁷. Le législateur a souhaité lutter contre de telles unions en adoptant la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Une des mesures participant de ce nouveau combat a consisté à préciser à l'article 180 que « 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 ».

L'erreur est une fausse représentation de la réalité. Lorsqu'elle porte sur une qualité substantielle de la chose, elle est source de nullité du contrat.

L'erreur apparaît également comme une cause de nullité du mariage¹⁶⁸ lorsqu'elle porte sur le conjoint. Toute erreur ne peut toutefois pas être invoquée. Il doit s'agir d'une erreur dans la personne ou sur les qualités substantielles de la personne.

A l'origine, l'article 180 n'envisageait que l'erreur dans la personne, c'est-à-dire l'erreur sur l'identité physique¹⁶⁹ mais aussi l'erreur sur l'identité civile du conjoint, lorsque par exemple le conjoint utilise de faux papiers d'identité pour se faire passer pour une autre personne ou pour se rattacher à une famille qui n'est pas la sienne¹⁷⁰.

Le Code civil n'envisageait pas ce cas d'erreur et la Cour de cassation, dans son fameux arrêt Berthon, avait refusé toute extension du texte au-delà de sa lettre¹⁷¹. Mais la jurisprudence postérieure s'était montrée moins scrupuleuse et avait élargi la notion de personne à ses qualités essentielles. La loi du 11 juillet 1975 relative au divorce a modifié le texte qui vise désormais expressément aussi bien l'erreur dans la personne que l'erreur sur ses qualités essentielles.

C'est la jurisprudence qui a eu la charge de définir ce que sont les qualités essentielles en procédant au cas par cas. Il en ressort deux critères cumulatifs, l'un objectif, l'autre subjectif. Pour que le mariage soit annulé, il faut d'abord que l'erreur ait porté sur une qualité qui, objectivement, peut être considérée comme essentielle au regard de l'union matrimoniale, une qualité qu'il est normal d'attendre de son conjoint et dont l'absence rend impossible la communauté de vie. Les tribunaux ont

¹⁶⁷ CA Colmar, 28 avril 2005

¹⁶⁸ C. civ, art. 180, al. 2

¹⁶⁹ hypothèse peu vraisemblable

¹⁷⁰ CA Paris, 12 mars 1903

¹⁷¹ Cass. ch. réunies, 24 avril 1862

ainsi retenu l'erreur sur la santé physique¹⁷² ou mentale¹⁷³ du conjoint, sur son aptitude physique aux relations sexuelles¹⁷⁴, sur l'absence d'un mariage antérieur dissous par divorce¹⁷⁵, sur l'honorabilité¹⁷⁶, sur l'intention matrimoniale¹⁷⁷. A l'inverse, ne sont pas considérées comme des qualités objectivement essentielles la fortune, la profession ou la nationalité.

Une seconde condition est cependant exigée : l'erreur doit avoir porté sur une qualité subjectivement essentielle. Autrement dit, il faut que l'erreur ait été déterminante du consentement de celui qui agit en nullité. Si cette qualité, pourtant objectivement essentielle, était indifférente au conjoint, la nullité n'est pas prononcée. A l'inverse, si une qualité non objectivement essentielle a été déterminante, la demande de nullité est rejetée, même si elle a été commise à la suite d'un dol, puisque celui-ci est indifférent en matière de mariage.

§ 2 - Le formalisme du mariage

Ce formalisme tient à l'existence de formalités préalables, au respect de certaines formes quant à la cérémonie du mariage et quant à la forme de l'acte de mariage.

I - Les formalités préalables

La cérémonie du mariage est précédée d'un certain nombre de formalités obligatoires dont le défaut empêche normalement la célébration mais n'entraîne pas la nullité du mariage s'il est quand même contracté. Elles ont pour objectif de permettre à l'officier de l'état civil de contrôler que les futurs époux remplissent les conditions de fond du mariage, en particulier la réalité de leur consentement : il s'agit de la publication du projet de mariage, elle-même subordonnée à la remise de certaines pièces et à l'audition des époux.

L'article 63 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 14 novembre 2006, impose la remise à l'officier de l'état civil d'un certain nombre d'indications et de pièces :

¹⁷² TGI Dinan, 4 avril 2006: ignorance par le mari de la séropositivité de sa femme.

¹⁷³ TGI Vesoul, 28 novembre 1989: ignorance d'une curatelle

¹⁷⁴ TGI Avranches, 10 juillet 1973

¹⁷⁵ Cass. 1^o civ, 2 décembre 1997

¹⁷⁶ TGI Paris, 23 mars 1982 : erreur sur le passé pénal. TGI Paris, 13 février 2001: erreur sur l'état de prostituée.

¹⁷⁷ TGI Paris, 7 mai 1996. Cass. 1^o civ, 13 décembre 2005, dans une hypothèse où l'épouse avait découvert le soir des noces que le mari entretenait une liaison et où il n'était pas établi que le mari avait l'intention de poursuivre la relation après le mariage.

- l'expédition¹⁷⁸ de l'acte de naissance de chacun des époux de moins de trois mois s'il a été délivré en France ou de moins de six mois s'il a été délivré outre-mer ou dans un consulat ;

- la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique, telle qu'une carte nationale d'identité ;

- 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 ;

- un certificat médical datant de moins de deux mois attestant que l'intéressé a été examiné en vue du mariage.

Ce dernier document est ce qu'on appelle le certificat prénuptial. La seule obligation qui s'impose à chacun des futurs époux séparément est de consulter un médecin qui délivre un certificat attestant de cette visite. Le certificat ne doit contenir aucune indication relative à l'état de santé du futur époux. Tenu par le secret professionnel, le médecin ne peut communiquer les résultats de la visite et d'éventuelles analyses ou examens à quiconque, en particulier au futur conjoint. Il revient à la conscience de chacun des fiancés d'informer l'autre qu'il est éventuellement atteint d'une maladie. La santé n'est pas une condition de validité du mariage. En revanche, en cas de silence, l'un des époux pourra, par la suite, demander la nullité du mariage pour erreur sur la santé de son conjoint au titre de l'article 180 du Code civil. Lors de la visite, le médecin peut proposer un test de dépistage du SIDA qui n'est cependant pas obligatoire¹⁷⁹. Une dispense de certificat prénuptial est prévue en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de mariage *in extremis*¹⁸⁰.

Des pièces peuvent parfois être exigées en plus de celles énoncées : dispense d'âge ou de parenté, autorisation nécessaire d'un représentant légal, justification de la dissolution du premier mariage en cas de remariage, certificat du notaire qui a éventuellement reçu un contrat de mariage, etc.

L'audition des futurs époux par l'officier de l'état civil est une formalité instaurée par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

¹⁷⁸ copie intégrale

¹⁷⁹ CSP, art. L. 2121-1

¹⁸⁰ art. 169

Le législateur, souhaitant lutter tout à la fois contre les mariages fictifs et contre les mariages forcés, qui souvent se combinent, a estimé qu'une audition des futurs époux permettrait à l'officier de l'état civil de détecter l'absence d'intention réelle de la part de l'un ou de l'autre fiancé. La loi du 14 novembre 2006 en a quelque peu modifié les modalités.

L'article 63 du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil doit procéder à une audition commune des futurs époux. S'il l'estime nécessaire, il demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des époux. Une telle audition permettra éventuellement à un fiancé qui subit une pression de la part de l'autre de s'exprimer plus librement. Dans le même sens, la loi du 14 novembre 2006 a précisé que l'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère, de son représentant légal et de son futur conjoint. On sait en effet que les jeunes filles mineures subissent parfois des pressions de la part de la famille pour contracter un mariage qu'elles ne veulent pas.

Le principe d'une audition des futurs époux se comprend, mais ses modalités font craindre un traitement discriminatoire à l'égard des couples mixtes ou étrangers. Il est en effet prévu que l'audition commune a lieu, sauf impossibilité¹⁸¹ ou « s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180 », c'est-à-dire, concrètement, s'il apparaît que le mariage ne risque pas d'être fictif et/ou forcé. Or, il va de soi que le mariage d'un couple franco-français suscite beaucoup moins un tel risque.

Lorsque les formalités précédentes sont accomplies, l'officier de l'état civil fait procéder à la publication du projet de mariage.

Cette formalité a pour objectif d'informer les tiers qui pourront ainsi avertir l'officier de l'état civil de l'existence d'un éventuel empêchement à mariage.

Cette mesure de publicité est empruntée à la publication des bans du droit canonique. Elle prend la forme d'un affichage à la porte de la mairie du lieu du mariage et à celle du domicile ou, à défaut, de la résidence de chacun des époux¹⁸². La publication contient des informations sur l'identité des futurs époux et le lieu du mariage. Le mariage ne peut être célébré ni avant l'écoulement d'un délai de dix

¹⁸¹ Jugé que l'impossibilité était caractérisée pour la future épouse algérienne qui n'avait pu quitter son pays en raison des refus opposés à ses différentes demandes de visa, Cass. 1^o civ, 9 janvier 2007

¹⁸² C. civ, art. 63, al. 1er et 166

jours depuis la publication¹⁸³ ni plus d'un an après cette date¹⁸⁴. Si ce délai n'est pas respecté, il faudra alors une nouvelle publication.

Le Code civil prévoit des dispenses dans certaines circonstances¹⁸⁵.

Le procureur de la République peut en effet dispenser les couples de la publication et de tout délai ou de l'affichage de la publication seulement. Implicitement, le texte vise l'hypothèse du mariage *in extremis* qui ne s'accommoderait guère de l'attente d'un délai de dix jours.

II - La cérémonie du mariage

La cérémonie a lieu au moment fixé par les parties - et selon les disponibilités de l'officier de l'état civil - dix jours au moins après la publication et dans l'année qui suit cette dernière. Quoique la pratique concentre les célébrations en week-end, le samedi, il n'y a aucune limitation quant au jour ou à l'heure. Le lieu est la mairie de la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence établie depuis au moins un mois¹⁸⁶, ouverte au public. Une dispense est cependant possible en cas d'empêchement grave¹⁸⁷, soit à la demande du procureur de la République, soit sur la propre initiative de l'officier de l'état civil en cas de péril imminent de mort de l'un des époux. On reconnaît ici encore l'hypothèse du mariage *in extremis*. La cérémonie peut alors se dérouler au domicile ou à la résidence de l'une des parties.

Doivent être présents l'officier de l'état civil, les époux¹⁸⁸ y compris lorsque le mariage est célébré à l'étranger¹⁸⁹, et au moins deux témoins, un par époux, au plus quatre¹⁹⁰.

La cérémonie laïque du mariage civil est calquée sur la cérémonie religieuse. Il ne faut sans doute pas y voir la survivance d'un certain mysticisme, mais la volonté de rendre solennel un moment important non seulement pour les époux mais aussi pour la société : la cérémonie, tout à la fois, symbolise la reconnaissance par la société de l'union d'un couple qui réunit les conditions exigées et marque la différence entre une simple union de fait et une union de droit.

¹⁸³ art. 64

¹⁸⁴ art. 65

¹⁸⁵ art. 169

¹⁸⁶ C. civ., art. 74

¹⁸⁷ C. civ, art. 75, al. 2

¹⁸⁸ sauf en cas de mariage posthume

¹⁸⁹ C. civ, art. 146-1

¹⁹⁰ deux par époux

Avant la cérémonie, il est prévu depuis la loi du 14 novembre 2006 que les époux confirment l'identité des témoins déclarés ou en désignent de nouveaux le cas échéant¹⁹¹.

L'officier de l'état civil commence par la lecture de certains textes du Code civil, ceux qui énoncent les devoirs principaux du mariage¹⁹². Depuis la loi du 4 mars 2002, il doit également lire l'article 371-1 qui définit l'autorité parentale, ce qui rétablit curieusement un lien privilégié entre mariage et autorité parentale au moment où cette même loi l'a supprimé.

L'officiant demande ensuite aux époux s'ils ont fait un contrat de mariage et dans l'affirmative la date du contrat ainsi que le nom et la résidence du notaire qui l'a constaté.

Il reçoit alors la déclaration des parties qu'elles veulent se prendre pour mari et femme. En réalité, il interroge les époux qui se contentent de prononcer un « oui ». Cette réponse est suffisante, elle n'est même pas nécessaire : toute manifestation de volonté est recevable pourvu qu'elle soit sans équivoque. Un muet ou un moribond peuvent ainsi se marier.

L'officier de l'état civil prononce enfin, au nom de la loi, que les parties sont unies par le mariage et dresse « sur le champ » l'acte de mariage.

III - L'acte de mariage

L'acte de mariage, dressé par l'officier de l'état civil immédiatement après qu'il a prononcé le mariage des époux, est un acte de l'état civil dont le contenu est déterminé par l'article 76 du Code civil et qui doit faire l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chaque époux. Il a deux fonctions : une fonction de validité de l'acte juridique du mariage qui est un acte solennel et une fonction probatoire. Il faut souligner qu'il s'agit d'un acte authentique, puisqu'il est dressé par un officier public, l'officier de l'état civil, bénéficiant par conséquent d'une force probante très grande puisqu'il fait foi de ce qu'il constate jusqu'à inscription de faux. Il faut également préciser que cette preuve préconstituée du mariage est la seule admise par le Code civil. L'article 194 énonce en effet : « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les

¹⁹¹ C. civ., art. 74-1

¹⁹² art. 212, 213, 214 alinéa 1er et 215

registres de l'état civil ». Le mariage ne peut donc être prouvé ni par témoignage ni par possession d'état¹⁹³.

Le principe de la preuve du mariage par l'acte de mariage reçoit exception lorsque les registres de l'état civil n'ont pas été tenus ou lorsqu'ils ont été perdus, l'article 46 prévoit que dans un tel cas les mariages, naissance et décès peuvent être prouvés par les registres et papiers émanés des père et mère décédés ainsi que par témoins. Il semble là encore que la possession d'état d'époux ne peut pas être utilisée.

Cependant, en cas d'irrégularité de forme de l'acte de mariage, l'action en nullité des époux n'est pas recevable s'il existe entre eux une possession d'état¹⁹⁴. Celle-ci joue un rôle probatoire exceptionnel en complétant l'acte irrégulier. La jurisprudence a étendu la solution au cas d'irrégularité dans la célébration elle-même, faisant jouer à la possession un rôle de validité du mariage¹⁹⁵.

Enfin, l'article 197 du Code civil prévoit un cas très particulier où la possession d'état peut prouver le mariage au profit des enfants. Il s'agit de l'hypothèse où les deux parents sont décédés de telle sorte que les enfants ne peuvent savoir où leur union a été célébrée. La légitimité des enfants ne peut être contestée si les deux parents ont vécu publiquement comme mari et femme. Il faut en outre que les enfants eux-mêmes bénéficient d'une possession d'état d'enfant légitime qui ne soit pas contredite par leur acte de naissance. C'est ce que le doyen Carbonnier appelait « le mariage par les œuvres » : ce sont les enfants qui font en quelque sorte le mariage de leurs parents. Depuis l'ordonnance de 2005 relative à la filiation, on peut cependant estimer que la règle est non seulement sans intérêt mais également sans objet : la légitimité n'existe plus et si les enfants ont une possession d'état à l'égard de leurs deux parents, la filiation s'en trouve suffisamment établie, sans que le mariage des parents y change quelque chose.

Sous-section 2 - Les conditions de validité du mariage

On ne peut concevoir de mariage sans consentement des époux et sans cérémonie, le premier fait le mariage, la seconde le qualifie.

¹⁹³ art. 195

¹⁹⁴ art. 196

¹⁹⁵ Cass. civ., 1er août 1930

Toutes les autres conditions ont pour effet de restreindre une liberté qui se concevrait comme absolue. En réalité, elles traduisent la conception que la société se fait de l'union matrimoniale et aucune, en principe, ne se trouve sans correspondance avec cette conception. On peut les regrouper en trois catégories : elles sont fondées sur des considérations d'ordre physiologique, familial ou social.

§ 1 - Les conditions d'ordre physiologique

L'article 228 du Code civil prévoyait il y a peu que la femme ne pouvait se remarier qu'après un délai de trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent. Ce délai de viduité, qui s'imposait à la veuve¹⁹⁶ mais aussi à la femme divorcée, se justifiait par des raisons d'ordre biologique. Il fallait éviter que la femme qui se remarierait trop rapidement mette au monde dès le début de son remariage un enfant qu'il aurait été possible, en application de la présomption de paternité, de rattacher aux deux maris successifs. Si la femme se mariait après trois cents jours, terme maximum de la période légale de conception, et donnait naissance à un enfant dès le premier jour de son second mariage, l'enfant ne pouvait être rattaché qu'à ce dernier ; on évitait ainsi tout risque de conflit de filiations paternelles. Cette interdiction supportait de nombreuses exceptions, notamment lorsque la femme avait accouché pendant le délai de trois cents jours, ou bien lorsqu'elle produisait un certificat médical attestant qu'elle n'était pas enceinte.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, au nom d'un principe d'égalité mal compris, a supprimé l'obligation de respecter le délai de viduité. Le risque des conflits de paternité n'a pourtant pas disparu car, désormais, la femme peut se remarier immédiatement alors qu'elle se trouve enceinte, sans être tenue de produire un tel certificat. Comment résoudre le conflit qui risque de surgir ?

Ni l'aptitude aux relations sexuelles¹⁹⁷, ni la procréation ne sont des conditions du mariage. Contrairement au droit canonique, le droit français ne fait pas de la consommation du mariage un élément de perfection du mariage. Il n'en reste pas moins que le mariage, d'une part, entraîne une obligation aux relations sexuelles, d'autre part, a pour finalité, du moins dans une conception traditionnelle, la procréation. C'est pour cette raison que le droit exige encore une différence de sexe entre les époux et, dans une moindre mesure, qu'ils aient atteint un certain âge.

¹⁹⁶ comme l'indique son étymologie

¹⁹⁷ Même si l'erreur sur l'aptitude commise par le conjoint est sanctionnée par la nullité. Mais dans ce cas, c'est l'intégrité du consentement qui justifie la sanction et non l'impuissance ou la frigidité.

I - La différence de sexe

Aucun texte du Code civil ne prévoit expressément que le mariage est l'union de l'homme et de la femme et qu'il ne peut être contracté entre deux personnes de même sexe. La solution ne s'en impose pas moins avec évidence. On en trouve des signes dans certaines dispositions, en particulier l'article 75, qui énonce que lors de la cérémonie les parties déclarent qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et l'article 144 du Code civil qui pose une règle relative à l'âge des époux : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Le silence ou la discrétion des rédacteurs du Code civil s'explique facilement : en 1804, nul n'aurait jamais eu l'idée de prétendre que le mariage put être conclu par des personnes de même sexe, tant la différence de sexe était considérée comme de l'essence du mariage¹⁹⁸.

Les revendications en faveur de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels sont devenues très fortes, au point qu'un maire n'a pas hésité à célébrer un mariage entre deux hommes, bravant ainsi l'opposition formée par le procureur de la République. Le mariage a été annulé par les juridictions bordelaises¹⁹⁹. La décision du tribunal de grande instance de Bordeaux est particulièrement bien motivée.

Dans un premier temps, le tribunal affirme que la différence de sexe constitue bien une condition de fond exigée par le droit national. Cette solution ressort tant du discours préliminaire de Portalis, de différents textes du Code civil, que des travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité : la loi avait précisément pour objectif de proposer un statut juridique aux couples homosexuels.

Dans un second temps, les juges examinent la solution au regard du droit européen des droits de l'homme. L'article 12 de la CEDH, qui garantit le droit au mariage de l'homme et de la femme, ne vise que le mariage traditionnel. La jurisprudence de la Cour européenne est d'ailleurs dans ce sens, comme le montre l'arrêt Goodwin du 11 juillet 2002 qui a reconnu au transsexuel le droit de se marier avec une personne de son sexe d'origine, conformément au caractère hétérosexuel du mariage. L'article 8 de la convention, qui garantit le droit à la vie privée, impose la

¹⁹⁸ La jurisprudence a eu l'occasion de l'affirmer dans des affaires où le sexe de l'un des époux était incertain en raison de malformations. Cass. civ., 6 avril 1906

¹⁹⁹ TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 ; CA Bordeaux 19 avril 2005

reconnaissance de la liberté sexuelle, non du mariage des couples homosexuels. Quant à l'interdiction de la discrimination de l'article 14, elle n'interdit pas toute différence de traitement fondée sur une justification objective et raisonnable, laquelle réside, en la matière, dans la fonction du mariage qui est de fonder la famille.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux²⁰⁰ en affirmant que le principe selon lequel le mariage de droit français est l'union d'un homme et d'une femme n'est contredit par aucune des dispositions de la Cour européenne des droits de l'homme ni de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁰¹.

Le transsexualisme est une maladie qui consiste, pour une personne, à avoir la conviction d'appartenir au sexe opposé à celui que lui a donné la nature et que lui a reconnu la société. La reconnaissance sociale et juridique de ce phénomène a été progressive. Les transsexuels, afin de mettre en accord leur corps avec leur psychisme, recourent en général à des traitements médicaux et des interventions chirurgicales mutilantes qui sont justifiées, sur le plan pénal, par leur caractère thérapeutique. Ils cherchent ensuite à changer leur état civil : la jurisprudence leur a d'abord reconnu le droit de changer de prénom, puis sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰², celui de changer de sexe²⁰³. Enfin, la question se posait de leur statut sur le plan familial, en particulier en matière de mariage.

Certains auteurs estimaient que les transsexuels, qui parviennent à changer de sexe morphologique mais pas de sexe génétique, n'appartiennent plus à leur sexe d'origine et pas encore au sexe revendiqué et ne peuvent donc pas se marier. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt Goodwin du 11 juillet 2002, a reconnu aux transsexuels qui ont obtenu un changement de sexe le droit de se marier avec une personne de leur sexe d'origine. Elle a en effet estimé que le sexe génétique n'est pas l'élément décisif de la détermination du sexe.

Reste l'hypothèse de l'époux qui devient transsexuel et obtient un changement juridique de sexe, de sorte que les deux époux sont désormais de même sexe : que devient le mariage ? Il ne peut être annulé pour identité de sexe des époux puisqu'au jour de sa formation la condition de différence de sexe était remplie. On peut sans doute envisager le divorce. Mais, contrairement à ce que certaines juridictions ont

²⁰⁰ Cass. 1^o civ., 13 mars 2007

²⁰¹ Texte qui n'est par ailleurs pas en vigueur

²⁰² CEDH, 25 mars 1992, B. c/ France

²⁰³ Civ. 1^o 21 mai 1990

décidé²⁰⁴, le divorce pour faute est certainement inapproprié dans la mesure où le transsexualisme est une maladie et qu'il n'y a pas de faute à être malade, ni à se soigner²⁰⁵. En revanche, le conjoint - ou le transsexuel lui-même - peut demander un divorce pour altération définitive du lien conjugal, ou bien les époux peuvent divorcer par consentement mutuel. Cependant, la voie du divorce présente l'inconvénient d'être subordonnée à l'initiative des époux. Or, on ne peut admettre que le sort d'un mariage qui contredit de manière aussi flagrante le principe d'hétérosexualité puisse dépendre de la volonté privée des intéressés. Les auteurs proposent de sanctionner le mariage par la caducité qui consiste en l'anéantissement pour l'avenir d'un acte initialement valable mais dont l'une des conditions de validité disparaît par la suite. La sanction pourrait éventuellement être prononcée à la demande du procureur de la République, voire par le juge qui prononce le changement de sexe.

II - L'âge

L'article 144 du Code civil dispose que « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Cette majorité nuptiale a longtemps été justifiée par l'exigence d'une maturité physiologique de la part des époux leur permettant ainsi de poursuivre les fins du mariage, c'est-à-dire la procréation. On pouvait adhérer à cette explication lorsque dans l'ancien droit les seuils d'âge étaient de douze ans pour la femme et de quatorze ans pour l'homme. Depuis, cet âge minimum légal n'a fait que reculer, alors que l'aptitude physiologique des personnes n'a évidemment pas évolué dans le même sens ! On peut trouver de meilleures raisons, ou des raisons complémentaires, dans l'idée que pour se marier il faut avoir une certaine maturité émotionnelle, psychologique et être apte à bénéficier d'une indépendance économique : si l'on veut créer une famille, il ne faut pas être soi-même dépendant de ses parents.

Il y a peu, l'âge légal du mariage pour la femme était de quinze ans. C'est la loi du 4 avril 2006 qui a opéré l'alignement. On peut y voir bien sûr la volonté d'effacer l'une des dernières traces d'inégalité entre les sexes en droit de la famille. Mais il faut surtout comprendre cette mesure comme le moyen de lutter contre les mariages forcés que subissent encore parfois les jeunes filles. Le législateur a estimé qu'interdire le mariage aux jeunes filles mineures constituerait un moyen pour

²⁰⁴ CA Nîmes, 7 juin 2000

²⁰⁵ Le changement juridique de sexe semble faire partie de la thérapie

elles d'échapper aux pressions de leurs familles - même si l'on peut douter de l'efficacité de la mesure.

La loi du 4 avril 2006 n'a pas supprimé la possibilité pour le procureur de la République d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves²⁰⁶. C'est la grossesse de la femme qui est uniquement invoquée en pratique. Un mineur peut donc encore se marier et, dans ce cas, il doit obtenir l'autorisation de ses représentants légaux.

§ 2 - Conditions d'ordre familial

Depuis l'origine du Code civil, la famille joue un rôle important dans le mariage des enfants, sous la forme d'autorisations familiales.

La fonction de ces autorisations a cependant évolué. Alors qu'elles étaient prévues initialement pour permettre aux familles d'empêcher un mariage qu'elles n'approuvaient pas, elles ne jouent plus aujourd'hui qu'un rôle de protection des incapables. Ceux-ci ont en effet le droit de se marier, en donnant eux-mêmes leur consentement. Qu'il s'agisse des mineurs ou des majeurs protégés, leur mariage n'est cependant valable que s'il a été contracté avec l'accord de leur famille.

Depuis la loi du 4 avril 2006 qui a relevé la majorité nuptiale des jeunes filles à dix-huit ans, l'hypothèse d'un mariage contracté par un mineur paraît exceptionnelle. Des dispenses peuvent cependant être accordées par le procureur de la République. Le consentement de la famille ne s'en trouve pas moins nécessaire. Le droit de consentir au mariage d'un enfant mineur appartient en principe aux parents titulaires de l'autorité parentale, peu important qu'ils en aient ou non l'exercice. Le dissentiment entre le père et la mère vaut consentement : autrement dit, même si l'un des parents s'y oppose, le consentement de l'autre est suffisant²⁰⁷. De même, si un seul des parents se trouve dans la possibilité de donner l'autorisation, son consentement est suffisant²⁰⁸. Si les deux parents se trouvent dans cette situation, c'est aux aïeux²⁰⁹ qu'il appartient de se prononcer. Là encore, le dissentiment vaut consentement²¹⁰. Enfin, l'enfant qui n'a ni parent ni ascendant pouvant donner son

²⁰⁶ C. civ, art. 145

²⁰⁷ C. civ, art. 148

²⁰⁸ art. 149

²⁰⁹ en pratique, les grands-parents

²¹⁰ art. 150

accord ne peut se marier sans le consentement du conseil de famille²¹¹. Le mineur émancipé peut se marier dans les mêmes conditions²¹².

Les personnes compétentes donnent un consentement spécial pour le mariage avec telle personne, librement révocable jusqu'au moment de la cérémonie, et souverain, c'est-à-dire que ni le consentement ni son refus ne doivent être motivés.

Lorsque le majeur a été placé sous tutelle, il peut se marier s'il se trouve dans un intervalle de lucidité. Un avis du médecin traitant est pour cette raison nécessaire. Il lui faut en outre le consentement, soit de ses père et mère, soit d'un conseil de famille spécialement convoqué.

Celui-ci délibère après avoir entendu les futurs époux²¹³. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs, et qui entrera en vigueur le 1er janvier 2009, a cependant modifié ces règles. Selon le nouvel article 460 du Code civil, si le majeur est sous tutelle, le mariage n'est possible qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs époux. L'avis du médecin traitant n'est plus exigé et les père et mère du majeur ne peuvent plus prendre la décision, leur avis peut seulement être sollicité²¹⁴.

Si le majeur est placé sous curatelle, l'accord du curateur est requis, à défaut celui du juge des tutelles ; ces solutions n'ont pas changé²¹⁵. Enfin, le majeur sous sauvegarde de justice peut se marier librement puisqu'il n'est pas soumis à un régime d'incapacité.

§ 3 - Conditions d'ordre social

Les conditions d'ordre social qui subsistent dans notre droit sont liées à la culture et à l'histoire et apparaissent donc comme relatives ; en d'autres temps et en d'autres lieux, elles peuvent être plus ou moins rigoureuses. Bien que parfois présentées comme commandées par des raisons d'ordre biologique, et pour tout dire eugénique, pour ce qui concerne la prohibition de l'inceste, elles s'analysent avant tout comme des conditions de morale sociale et sont donc susceptibles d'évoluer

²¹¹ art. 159

²¹² C. civ, art. 481 devenu art. 413-6

²¹³ C. civ, art. 506

²¹⁴ ainsi que celui de l'entourage

²¹⁵ art. 514 ; art. 460 nouv

dans le temps. On les présente généralement comme empêchant le mariage. Il s'agit des empêchements de parenté ou d'alliance et de l'empêchement de polygamie.

I - Les empêchements de parenté ou d'alliance

L'inceste reste sans doute l'un des derniers tabous de notre société. Il fait horreur pour des raisons qui ne sont pas toujours rationnelles, même si on peut aussi avancer le risque de malformations chez l'enfant qui naîtrait d'une union consanguine, ou la nécessité pour la survie du groupe social de s'ouvrir, ou encore celle de l'intégration des groupes sociaux les uns aux autres. La prohibition de l'inceste et les empêchements à mariage qui en résultent relèvent surtout de considérations d'ordre moral, la crainte des désordres au sein des familles. La preuve en est l'interdiction du mariage au sein des familles adoptives et surtout entre alliés. La preuve en est également le rétrécissement constant du champ de cet empêchement. La preuve en est enfin la distinction établie par la loi entre les empêchements absolus et les empêchements relatifs²¹⁶.

L'empêchement est absolu, c'est-à-dire qu'il ne souffre d'aucune exception et n'est susceptible d'aucune dispense, entre ascendants et descendants sans limitation de degré²¹⁷. Le mariage est donc impossible entre un père et sa fille, ou entre une grand-mère et son petit-fils, etc. Il en va de même entre frère et sœur²¹⁸. La question se pose de savoir si les empêchements s'appliquent lorsque le lien de filiation n'a pas été établi, lorsque la parenté n'est que de fait. Sur ce point les auteurs sont partagés et il n'existe pas de jurisprudence ferme. Les fondements multiples de ces prohibitions justifieraient qu'elles trouvent à s'appliquer. Le législateur a d'ailleurs prévu une telle solution, dans l'hypothèse de l'adoption plénière, entre l'enfant et sa famille d'origine, alors que la filiation à son égard a forcément été détruite si elle a jamais existé. De même, l'action à fins de subsides, lorsqu'elle aboutit, crée des empêchements à mariage entre le père possible et l'enfant.

Il existe également des empêchements relatifs, c'est-à-dire que la prohibition peut être levée sur décision du président de la République pour des causes graves qui résident en pratique, là encore, dans la grossesse de la femme.

²¹⁶ Dans la famille adoptive, il faut distinguer. Si l'adoption est plénière, on applique les règles qui vont être exposées. Si l'adoption est simple, il existe des règles spéciales

²¹⁷ C. civ, art. 161

²¹⁸ art. 162

On trouve ces empêchements, en ligne collatérale, entre oncle et nièce et entre tante et neveu²¹⁹. Les cousins, même germains, peuvent se marier entre eux librement.

L'alliance crée également un empêchement relatif entre alliés en ligne directe : un beau-père ne peut épouser l'ex-femme de son fils et une belle-mère ne peut se marier avec son ex-gendre²²⁰. Dispense peut être accordée lorsque la personne qui crée l'alliance est décédée²²¹. Il faut signaler que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Royaume-Uni en raison de l'empêchement entre alliés en ligne directe comme portant atteinte à la liberté du mariage²²².

II - L'empêchement de polygamie

L'article 147 du Code civil énonce : « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Comme l'a écrit Carbonnier, cette interdiction est « une clef de voûte de la civilisation européenne » qui nous vient directement du droit romain, en passant par le droit canonique. L'empêchement est bilatéral, il s'impose aussi bien à l'homme qu'à la femme. Il est absolu dans la mesure où il ne supporte ni exception ni dispense. Au contraire, il est sanctionné non seulement civilement par la nullité absolue du second mariage, mais aussi pénalement puisque la bigamie est constitutive d'un délit²²³.

D'autres systèmes juridiques, les systèmes de droit musulman notamment, autorisent au contraire la bigamie, ce qui montre que la monogamie ne constitue pas une valeur universelle. Pour autant, des personnes de statut polygamique ne peuvent contracter en France valablement un second mariage avant dissolution du premier, bien que leur loi nationale les y autorise : l'ordre public international français s'y oppose.

En revanche, le droit français, par l'effet atténué de l'ordre public international, permet qu'un mariage polygame conclu valablement à l'étranger par des personnes de statut polygamique produise certains effets en France, dès lors qu'ils ne heurtent pas l'ordre public français. Ainsi des effets successoraux ou alimentaires. En

²¹⁹ Selon Cass. req., 28 novembre 1877, cette prohibition s'étend au mariage entre grand-oncle et petite-nièce.

²²⁰ art. 161

²²¹ art. 164

²²² CEDH, 13 septembre 2005, B. et L c/ Royaume-Uni. La solution paraît critiquable lorsque des enfants sont issus de la précédente union. Dans le cas contraire, où est le trouble, alors que les intéressés peuvent vivre en concubinage ?

²²³ C. pén., an. 433-20 : le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

revanche, un étranger polygame ne pourra bénéficier du regroupement familial pour faire venir en France sa seconde épouse.

Le droit français a longtemps montré une certaine hostilité à la polygamie successive, c'est-à-dire au remariage. A l'origine, le Code civil interdisait notamment à deux ex-époux de se remarier ensemble, ainsi qu'à un ex-époux adultère de se remarier avec son complice. Ces empêchements ont disparu. Désormais, le remariage est totalement libre.

Sous-section 3 - Les sanctions du mariage

Lorsque l'une des conditions de formation du mariage fait défaut, qu'il s'agisse d'une condition d'existence ou de validité, le Code civil prévoit en principe la nullité de l'union. Le régime en apparaît toutefois original par rapport à celui de la nullité des contrats. C'est que le mariage est un acte juridique qui a pour effet particulier de créer une communauté de vie entre les époux et que la remise en cause de cet acte fondateur ne peut se faire sans précautions.

Mieux vaut d'ailleurs éviter qu'un mariage nul ne soit contracté. C'est pourquoi le Code civil prévoit une sanction préventive : l'opposition à mariage qui a précisément pour effet d'empêcher la conclusion d'un mariage qui ferait par la suite l'objet d'une action en nullité. Mieux vaut prévenir que guérir.

§ 1 - L'opposition à mariage

L'opposition à mariage est l'acte par lequel certaines personnes désignées par la loi informent l'officier de l'état civil que le mariage projeté sera affecté d'une cause de nullité et lui font défense de procéder à la célébration.

L'officier de l'état civil doit alors suspendre la cérémonie. Il ne faut pas confondre l'opposition avec l'« avis officieux » qui consiste en l'information de l'officier de l'état civil par toute personne, sans forme particulière, de l'existence d'une cause de nullité. Dans ce cas, l'officier de l'état civil n'est pas tenu de suspendre la cérémonie.

Un époux peut faire opposition pour empêcher le remariage de son conjoint²²⁴. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que seul le conjoint encore marié peut former opposition²²⁵. C'est donc l'empêchement de bigamie qui peut justifier l'opposition.

²²⁴ C. civ, art. 172

²²⁵ Cass. civ, 14 avril 1902

Ce cas mis à part, le droit de faire opposition appartient en premier lieu aux père et mère, à défaut aux autres ascendants²²⁶. En l'absence de restriction contenue dans le texte, il faut admettre que les ascendants peuvent invoquer n'importe quel motif, pourvu qu'il corresponde à une cause de nullité du mariage. Leur droit est discrétionnaire, ils ne seront pas sanctionnés en cas d'abus. Cependant, si une opposition faite par un ascendant a été rejetée, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable²²⁷.

D'autres membres de la famille peuvent former opposition, mais uniquement à défaut d'ascendants et dans certains cas seulement²²⁸ : le frère et la sœur, l'oncle et la tante, le cousin ou la cousine germains. Leur opposition est possible dans deux cas : lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu alors que le futur époux est mineur ; en cas de démence du futur époux majeur, à charge pour l'opposant de requérir l'ouverture d'une tutelle. Le tuteur ou le curateur peuvent former opposition dans les mêmes cas, à condition d'y être autorisés par le conseil de famille²²⁹.

Depuis la loi du 24 août 1993, le procureur de la République peut former opposition dans les cas où il pourrait agir en nullité du mariage²³⁰. On pense tout particulièrement aux hypothèses de mariage fictif²³¹ mais aussi, depuis la loi du 4 avril 2006, de mariage forcé²³². Ce sont d'ailleurs ces oppositions qui ont redonné vie à cette institution.

L'article 175-2 du Code civil établit avec précision le processus que doit suivre le procureur de la République pour former opposition à un mariage susceptible d'être annulé pour absence de consentement ou vice du consentement. L'officier de l'état civil qui a estimé, au vu du dossier des futurs époux ou à la suite de l'audience prévue à l'article 63, qu'il existe des indices sérieux laissant présumer l'absence ou le vice du consentement de l'un des futurs époux²³³, peut saisir le procureur de la

²²⁶ C. civ, art. 173

²²⁷ art. 173, al. 2

²²⁸ C. civ, art. 174

²²⁹ art. 175

²³⁰ art. 175-1

²³¹ absence de consentement

²³² violence ou crainte révérencielle

²³³ Il y a ici une incohérence entre les textes. Il résulte de l'article 175-2 que l'officier de l'état civil avertit le procureur qu'il existe des indices faisant présumer que le mariage pourra être annulé sur le fondement de l'article 146 ou de l'article 180. Ce dernier texte vise la violence et l'erreur. Or, l'article 180 n'autorise l'action en nullité du procureur qu'en cas de violence. Il semble donc que l'on soit dans une situation où le procureur peut faire opposition alors qu'il ne pourrait pas agir en nullité, ce qui est contraire à l'article 175-1.

République « sans délai ». Dans les quinze jours, ce dernier doit prendre une décision : ou bien laisser procéder au mariage, ou bien faire opposition, ou bien surseoir à la cérémonie le temps de faire procéder à une enquête. Il doit motiver sa décision et la faire connaître à l'officier de l'état civil ainsi qu'aux intéressés. La durée du sursis ne peut excéder un mois, renouvelable une fois. A l'expiration de ce sursis, le procureur décide s'il laisse procéder à la cérémonie ou s'il forme opposition²³⁴. La décision de sursis est susceptible de recours exercé par l'un ou l'autre des époux devant le président du tribunal de grande instance qui doit statuer dans les dix jours.

L'opposition est formée par exploit d'huissier contenant, à peine de nullité, certaines indications précises : qualité de l'opposant, élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré, motif de l'opposition²³⁵. Elle doit être adressée aux deux futurs époux ainsi qu'à l'officier de l'état civil.

L'opposition régulièrement formée interdit à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage, sous peine d'amende²³⁶ et au risque d'être condamné à des dommages et intérêts.

L'opposition est temporaire, elle cesse de produire ses effets au bout d'un an, mais elle peut être renouvelée²³⁷.

Elle cesse également ses effets en cas de mainlevée. La mainlevée peut être volontaire si elle procède de l'auteur de l'opposition. Elle peut surtout être judiciaire, prononcée par le tribunal de grande instance à la demande de l'un ou l'autre des fiancés, après avoir vérifié que la prétendue cause de nullité n'existe pas.

§ 2 - La nullité du mariage

Tout défaut d'une condition de formation du mariage ne constitue pas forcément une cause de nullité. On distingue en effet les empêchements prohibitifs et les empêchements dirimants. Seuls ces derniers peuvent fonder l'annulation du mariage. Les empêchements prohibitifs font seulement obstacle à la célébration. Il s'agit du défaut de publication du mariage, de l'absence de certificat prénuptial, de l'existence d'une opposition à mariage, du défaut d'autorisation hiérarchique pour les militaires. S'il y est passé outre, le mariage ne pourra pas être remis en cause.

²³⁴ Cass. 1^o civ, 6 février 2007 où les autorités ont pris quelques libertés avec cette procédure.

²³⁵ art. 176

²³⁶ 4,50 euros jusqu'en 2006 ; 3 000 euros depuis la loi du 24 juillet 2006

²³⁷ art. 176, al. 2

Après avoir vu les causes de nullité, il faudra examiner les effets de la nullité.

I - Les causes de nullité

Comme en droit des contrats, il existe deux sortes de nullités, les nullités absolues qui constituent des nullités d'ordre public, et les nullités relatives qui sont des nullités de protection. Mais le classement des nullités n'est pas toujours simple, car le législateur crée parfois des nullités hybrides, comme c'est le cas de la nullité pour violence qui peut désormais être demandée par le procureur de la République, alors qu'elle a pour but de protéger l'époux qui en est victime. Par tradition, on examinera la violence avec les nullités relatives, tout en sachant qu'elle est soumise à un régime particulier.

A - Les nullités absolues

Déterminons, d'abord, les causes de nullité du mariage, avant d'en envisager les effets.

1 - La détermination des causes de nullité absolues

Les causes de nullité absolue sont les plus nombreuses. La liste s'en trouve dressée dans le Code civil aux articles 184, pour les conditions de fond, et 191, pour les conditions de forme : le défaut d'âge, l'absence de consentement, l'absence de l'époux lors de la cérémonie, la bigamie, l'inceste ; la clandestinité et l'incompétence de l'officiant.

En ce qui concerne l'absence de consentement, il faut rappeler qu'elle couvre le cas du mariage fictif, mais aussi celui du trouble mental, alors qu'en droit des contrats ce dernier s'analyse comme une cause de nullité relative.

La clandestinité consiste en la célébration du mariage en l'absence de toute forme de publicité : absence de publication du projet, absence de témoins, fermeture des portes de la mairie. La jurisprudence a décidé qu'elle ne constitue une cause de nullité que dans l'hypothèse où les époux ont agi frauduleusement, en particulier pour échapper à une éventuelle opposition à mariage²³⁸.

La nullité est facultative pour le juge.

L'incompétence, enfin, recouvre diverses hypothèses : les époux se sont mariés dans une commune autre que celle où l'un d'eux avait son domicile ou sa résidence depuis un mois ; l'officiant n'avait pas la qualité d'officier de l'état civil,

²³⁸ Cass. civ, 15 juin 1887

c'était par exemple un simple conseiller municipal. Là encore, les juges apprécient l'opportunité de prononcer la nullité ; ils apprécient la gravité de l'incompétence²³⁹.

Deux cas dans lesquels le mariage ne répond pas aux exigences de formation ne sont pas envisagés par le Code civil, alors même que la validité du mariage ne saurait être retenue : l'absence de toute cérémonie et l'identité de sexe entre les époux. Certains auteurs, s'appuyant sur le principe « pas de nullité sans texte » ont considéré que dans ces cas, le mariage est, non pas nul, mais inexistant en raison de la gravité du vice qui l'affecte. La théorie de l'inexistence ne présente en pratique guère d'intérêt car elle ne dispense pas de recourir au juge pour la faire constater.

La doctrine contemporaine préfère recourir à la théorie des nullités virtuelles et considère que ces deux manquements sont sanctionnés par la nullité absolue.

2 - Les titulaires de l'action

L'action en nullité absolue, puisqu'elle tend à protéger l'ordre public, est ouverte à tout intéressé. C'est ce qui ressort tant de l'article 184 que de l'article 191 du Code civil. Cependant, ce régime connaît une certaine adaptation par rapport au régime de droit commun, en raison de l'importance et de la particularité de l'acte en cause. Toute personne n'a pas le droit d'invoquer n'importe quel intérêt, ce qui ressort - assez peu clairement - de l'article 187 du Code civil.

Certaines personnes, parce que le mariage les concerne directement, peuvent agir en vertu d'un intérêt aussi bien moral que pécuniaire, sans avoir même d'ailleurs à faire la démonstration de cet intérêt qui se trouve en quelque sorte présumé. Ce sont les époux eux-mêmes, les père et mère, les ascendants. On peut ajouter le premier conjoint qui invoque la bigamie²⁴⁰, ainsi que le conseil de famille s'il avait compétence pour autoriser le mariage²⁴¹.

Pour les époux, la question s'est posée de savoir s'ils peuvent agir en nullité, alors que le mariage a été dissous par divorce. La réponse semble devoir être positive, à condition qu'ils justifient d'un intérêt.

²³⁹ Voir l'affaire des mariages de Montrouge, dans laquelle, pendant de nombreuses années, les mariages avaient été célébrés par un conseiller municipal de la commune de Montrouge qui n'avait pas reçu valablement délégation de pouvoir de l'officier de l'état civil. La Cour de cassation a estimé que la nullité ne s'imposait pas. Cass. civ, 7 août 1883

²⁴⁰ C. civ, art. 188

²⁴¹ art. 186 *a contrario* C'est-à-dire pour le mariage d'un mineur en l'absence d'ascendant pouvant consentir ou d'un majeur sous tutelle

Selon l'article 187 du Code civil, les collatéraux peuvent agir en nullité mais seulement en invoquant un « intérêt né et actuel », ce qui semble viser un intérêt pécuniaire²⁴² qui apparaîtra au décès de l'un des époux. Ils ne peuvent d'ailleurs agir du vivant des époux. Il en va de même des enfants d'un autre mariage. Enfin, bien qu'ils ne soient pas visés expressément, les créanciers peuvent certainement agir, comme tout intéressé, s'ils démontrent un intérêt pécuniaire à agir.

Il n'est rien précisé non plus concernant les enfants du couple ou leurs descendants. Ils doivent pouvoir agir, comme tout intéressé, dans la limite sans doute d'un intérêt pécuniaire. Cet intérêt consistera à évincer de la succession le conjoint survivant qui ne pourrait pas bénéficier du mariage putatif. L'intérêt est d'autant plus grand depuis la loi du 3 décembre 2001 que les droits du conjoint survivant sont devenus très importants, y compris en présence de descendants du *de cujus*.

L'article 190 donne pouvoir, et fait même devoir, au procureur de la République d'agir pour faire prononcer l'annulation d'un mariage atteint d'une cause de nullité absolue - et faire condamner les époux à se séparer ! Il ne peut agir que du vivant de ces derniers. Son rôle de gardien de l'ordre public suffit à justifier son action.

3 - L'extinction de l'action

Selon l'article 2262 du Code civil, toutes les actions se prescrivent par un délai de trente ans, sauf délai plus court prévu par la loi. En droit des contrats, l'action en nullité absolue est soumise à ce délai de droit commun. En matière de mariage, le Code civil est silencieux. On enseignait traditionnellement que l'article 2262, relatif aux actions personnelles ou réelles, n'est pas applicable aux actions d'état et par conséquent que l'action en nullité absolue ne s'éteint pas, elle est imprescriptible. Certaines juridictions du fond l'ont décidé²⁴³. Néanmoins, depuis la loi du 3 janvier 1972, les actions relatives à la filiation se prescrivent. L'argument tiré de la nature de l'action ne tient plus. L'action est désormais généralement considérée comme prescriptible et soumise au délai de droit commun.

²⁴² successoral

²⁴³ CA Paris, 17 février 1961

En droit des contrats, les actions en nullité absolue sont insusceptibles de confirmation : le vice qui affecte l'acte ne peut être réparé après coup. En droit du mariage, le principe demeure mais il est accompagné d'exceptions.

Tout d'abord, le vice d'impuberté est couvert dans deux hypothèses²⁴⁴ :

- lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge légal ;

- si c'est la femme qui n'avait pas l'âge, lorsqu'elle a conçu un enfant avant l'échéance du délai de six mois.

Ensuite, selon l'article 196, le vice de forme de l'acte de mariage est couvert si les époux apportent la preuve d'une possession d'état. La possession d'état joue ainsi, par exception, un rôle probatoire d'appoint.

B - Les nullités relatives

Très peu de causes de nullité du mariage entraînent la nullité relative. Il en existe deux, les vices du consentement et l'incapacité de l'époux, c'est-à-dire en réalité l'absence d'autorisation. Il s'agit bien de nullités de protection mais elles sont soumises à un régime dérogatoire au droit commun.

1 - Les vices du consentement

La nullité pour erreur ou pour violence a manifestement pour but de protéger le consentement de l'époux qui en est victime. C'est donc ce dernier qui est attributaire de l'action et en principe personne d'autre. En principe seulement, car la loi du 4 avril 2006 a donné compétence au procureur de la République pour agir en nullité sur le fondement de la violence. La raison en est simple à comprendre. On peut en effet penser que si les pressions sur un époux ont été suffisamment puissantes pour le contraindre à se marier, elles risquent de l'être également pour l'empêcher d'agir en nullité. Il paraît donc important qu'une tierce personne puisse également exercer l'action.

L'action en nullité de droit commun s'éteint au bout d'un délai de cinq ans²⁴⁵. Pour ce qui concerne les vices du consentement, la loi du 4 avril 2006 a consacré une solution qui était déjà retenue²⁴⁶ : l'action est soumise au délai de droit commun, dont le point de départ est le jour du mariage ou celui où l'époux victime a acquis sa

²⁴⁴ C. civ, art. 185

²⁴⁵ C. civ, art. 1304

²⁴⁶ Cass. 1^o civ., 17 novembre 1958

pleine liberté ou a eu connaissance de son erreur²⁴⁷. Si le jour où le vice du consentement est une date admise en principe comme point de départ de l'action en nullité pour vice du consentement, on comprend mal dans quel cas il se situerait à la date même du mariage. Peut-être est-ce le point de départ du délai de l'action du procureur de la République²⁴⁸ ?

Jusqu'à la loi du 4 avril 2006, l'article 181 du Code civil prévoyait un cas de confirmation tacite. En effet, l'action n'était plus recevable chaque fois qu'il y avait eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux avait acquis sa liberté ou qu'il avait eu connaissance de l'erreur. La loi de 2006 a supprimé cette règle, sans doute pour éviter que l'action puisse s'éteindre trop rapidement. Reste sans doute la possibilité d'une confirmation, au moins expresse, conformément au droit commun des contrats.

2 - L'incapacité

En principe, seul l'incapable peut agir en nullité. Mais l'article 182 du Code civil donne également compétence pour agir à ceux²⁴⁹ qui auraient dû donner leur consentement, ce qui constitue une légère entorse au principe qu'une nullité de protection ne peut être invoquée que par la partie protégée.

Naguère, le délai de prescription extinctive était très bref²⁵⁰.

La loi du 4 avril 2006 l'a augmenté à cinq ans toujours avec l'objectif de permettre une lutte plus efficace contre les mariages forcés. Le point de départ en est, pour ceux qui devaient donner leur consentement, le jour où ils ont eu connaissance du mariage. Pour le mineur, c'est le jour où il atteint l'âge légal de se marier, c'est-à-dire dix-huit ans.

L'article 183 envisage expressément la confirmation du mariage : l'action ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par ceux qui auraient dû donner leur consentement, chaque fois que ces derniers ont approuvé expressément ou tacitement l'union.

II - Les effets de la nullité du mariage

²⁴⁷ C. civ, art. 181

²⁴⁸ date normalement retenue pour les nullités d'ordre public

²⁴⁹ père, mère, ascendants, conseil de famille

²⁵⁰ un an

Dans tous les cas, l'annulation du mariage produit effet pour l'avenir, de la même manière que le divorce ou le décès. Pour l'avenir, les époux ne sont plus considérés comme mariés. Tous les devoirs conjugaux prennent fin, le régime matrimonial disparaît, les vocations successorales également, chaque époux perd l'usage du nom du conjoint et retrouve le droit de se remarier. L'annulation n'entraîne pas nécessairement, en revanche, la séparation de fait des époux. Il est possible en effet que l'action en nullité ait été exercée par un tiers, alors même que les époux souhaitaient rester mariés. Le prononcé de l'annulation ne change rien pour eux et on ne voit pas ce qui leur interdirait de poursuivre une communauté de vie en tant que concubins. Quant aux enfants mineurs, si les ex-époux se séparent, ils doivent faire l'objet d'une décision du juge quant aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale²⁵¹. Ni l'annulation, ni même la séparation ne modifient en principe l'attribution de cet exercice, mais il faut au moins désigner le parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle, à moins que ne soit choisie la résidence alternée.

En droit commun des contrats, la nullité produit un effet rétroactif qui consiste à faire comme si l'acte n'avait jamais existé. Ainsi, si les contractants avaient déjà exécuté leurs obligations, il y a lieu à restitution de ce qui a été donné ou livré. En droit du mariage, la solution est en principe la même.

La rétroactivité entraîne des conséquences supplémentaires par rapport à celles qui ont déjà été évoquées. De manière générale, les ex-époux sont considérés comme n'ayant été que des concubins. Le régime matrimonial est censé n'avoir jamais existé. Les donations *propter nuptias* tombent. Les pensions alimentaires sont censées ne jamais avoir été dues, les arrérages doivent en être restitués. Si la nullité est prononcée après le décès de l'un des époux, le conjoint survivant qui a hérité doit rendre les biens qu'il a recueillis aux cohéritiers.

Il est toutefois difficile de faire comme si la communauté de vie et d'intérêts n'avait jamais eu lieu. C'est pour cette raison que le législateur a aménagé de sérieuses atténuations à cet anéantissement pour le passé, tant à l'égard des époux qu'à l'égard de leurs enfants.

A - L'atténuation à l'égard des époux

²⁵¹ C. civ, art. 202, al. 3

La notion de mariage putatif a été créée par le droit canonique ancien à une époque où il existait un grand nombre d'empêchements à mariage fondés sur un lien existant entre les époux avant leur mariage. Il s'agissait d'atténuer les rigueurs de la nullité pour des époux qui pouvaient ignorer l'existence d'un tel empêchement. Un mariage putatif se définit en effet comme un mariage dont l'un des époux ou les deux ignoraient qu'il était affecté d'une cause de nullité. Il a été contracté de bonne foi par au moins l'un des époux et c'est ce qui justifie que l'annulation ne produise pas d'effet rétroactif.

La condition principale, sinon unique, du mariage putatif réside dans la bonne foi d'au moins l'un des époux. Par application de l'article 2268 du Code civil, la bonne foi est présumée. Peu importe que l'erreur de l'époux n'ait pas été invincible ou légitime. Peu importe son objet : une cause de nullité absolue ou relative. Elle peut consister en une erreur de fait²⁵² ou de droit²⁵³.

La question se pose de savoir s'il faut en outre que le mariage ne soit pas inexistant, en particulier si l'absence totale de cérémonie fait obstacle au mariage putatif. La Cour de cassation a décidé que la bonne foi constitue la seule condition exigée par la loi²⁵⁴. Cependant, cette décision a été rendue à l'occasion d'une affaire où un mariage avait été célébré entre une Française et un Anglais, en France, devant le Consul de Grande-Bretagne, mais où les époux étaient considérés comme de bonne foi. Or, il semble bien que la bonne foi est nécessairement liée à un minimum de cérémonie : sans ce minimum on ne peut pas considérer que les époux sont de bonne foi ; on ne peut pas considérer qu'ils avaient une intention matrimoniale sérieuse et réelle.

Enfin, le bénéfice de la putativité est subordonné à une décision judiciaire.

L'article 201 du Code civil dispose que « le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ». Cette formule est erronée ou pour le moins maladroite. Il est bien entendu que le mariage ne produit justement plus ses effets pour l'avenir ; en revanche, il conserve ses effets pour le passé.

Autrement dit, la putativité évince la rétroactivité. Mais encore faut-il distinguer selon que les deux époux ou un seul d'entre eux sont de bonne foi.

²⁵² L'époux ignorait que son conjoint était déjà marié

²⁵³ L'époux ignorait que le droit français interdit la bigamie

²⁵⁴ Cass. civ, 30 juillet 1900

Si les deux époux sont de bonne foi, la putativité exerce ses pleins effets.

La rétroactivité est totalement écartée : les droits successoraux du conjoint survivant lui sont conservés, les donations *propter nuptias* ne sont pas anéanties, etc. Quant à l'avenir, les intérêts patrimoniaux sont réglés peu ou prou comme s'il y avait divorce. Le régime matrimonial est liquidé selon ses propres mécanismes, une prestation compensatoire peut être octroyée à l'un des ex-époux²⁵⁵, le conjoint étranger conserve la nationalité française acquise par mariage²⁵⁶.

Si un seul des époux est de bonne foi, lui seul bénéficie de la putativité. Il en résulte d'abord que le mariage ne conserve ses effets passés que pour cet époux²⁵⁷. A l'égard de l'époux de mauvaise foi, la nullité rétroagit.

Pour la liquidation des intérêts patrimoniaux, l'époux de bonne foi a le droit de choisir entre deux méthodes : celle de son régime matrimonial ou celle que l'on applique parfois aux concubins, la société créée de fait. Si l'époux de bonne foi survit à l'autre, il conserve sa part dans la succession ; dans l'hypothèse inverse, l'époux de mauvaise foi doit restituer la part de succession qu'il avait recueillie.

B - L'atténuation à l'égard des enfants

A l'origine, les articles 201 et 202 du Code civil prévoyaient que les enfants du couple conservaient le bénéfice de la légitimité si le mariage avait été contracté de bonne foi par au moins l'un des parents. Cet avantage pour les enfants relevait de la théorie du mariage putatif.

Depuis la loi du 3 janvier 1972, l'article 202 prévoyait que le mariage produisait ses effets à l'égard des enfants que les époux fussent de bonne ou mauvaise foi. Il ne s'agissait donc plus de la théorie du mariage putatif. La règle n'a pas changé depuis, mais sa portée en a été modifiée puisque la notion de légitimité a disparu : elle signifie désormais simplement que malgré l'annulation, même rétroactive, du mariage, les enfants conservent leur lien de filiation à l'égard des deux parents, alors que logiquement la rétroactivité de la nullité devrait empêcher la présomption de paternité déjouer. Quant à l'exercice de l'autorité parentale, il est fixé comme en matière de divorce²⁵⁸.

²⁵⁵ Cass. 1^o civ, 23 octobre 1990

²⁵⁶ C. civ, art. 21-5

²⁵⁷ art. 201, al. 2

²⁵⁸ C. civ, art. 202, al. 2

Section 2 - La dissolution du mariage

Le couple marié peut se trouver désuni de plusieurs façons : soit de manière radicale et définitive, par une dissolution du lien conjugal, opérée naturellement par la mort de l'un des époux et artificiellement par le divorce légalement prononcé, soit de manière moins absolue par une séparation (de corps) judiciairement organisée et conduisant seulement à un relâchement du lien.

Sous-section 1 - Le divorce

Le divorce peut être défini comme la dissolution d'un mariage valable, prononcée par décision judiciaire du vivant des époux, pour certaines causes prévues par la loi. Il se distingue donc de l'annulation du mariage, qui sanctionne un vice de formation du lien matrimonial et fait disparaître celui-ci rétroactivement, sous réserve toutefois qu'il ne soit pas putatif. La physionomie du divorce est de ce fait originale : bien que judiciairisé, le droit du divorce laisse cependant aux époux une grande liberté de décision dans le règlement de leur mésentente conjugale. Répondant à un besoin actuel et évident de ne pas être uni à la même personne durant toute la vie dans l'hypothèse dans laquelle le mariage serait devenu une coquille vide, le divorce est aujourd'hui entré dans les mœurs bien que son introduction dans le dispositif légal français n'ait pas toujours été aisée.

Historiquement, alors que les civilisations anciennes, particulièrement romaines, connaissaient le divorce et en abusaient, le droit canonique le condamna assez rapidement, faisant prévaloir le principe de l'indissolubilité du mariage. Cette solution, en vigueur durant tout l'Ancien droit, comportait toutefois des tempéraments : la possibilité, tout d'abord, de la séparation de corps²⁵⁹ et, ensuite, une assez large application de la théorie des nullités de mariage.

C'est la Révolution française qui, désirant restaurer le caractère contractuel du mariage, admit à nouveau le divorce, de manière assez large d'ailleurs par l'introduction du divorce non seulement pour des causes déterminées, mais également par consentement mutuel et, même, pour incompatibilité d'humeur, ce qui ressemblait fort à une répudiation unilatérale²⁶⁰. Parallèlement, cette loi supprima la séparation de corps. Le divorce ainsi facilité connut un tel développement que les rédacteurs du Code civil préférèrent une solution de compromis : conformément à la

²⁵⁹ séparation de lit et de table : *divortium quoad torum et mensam*

²⁶⁰ loi du 20 septembre 1792

philosophie individualiste, l'institution fut maintenue mais limitée dans le nombre de ses causes²⁶¹. La séparation de corps fut également restaurée.

Cependant, le divorce fut entraîné dans la chute de l'Empire. La Restauration supprima purement et simplement le divorce, la religion catholique ayant été proclamé religion d'Etat²⁶². Il fallut alors attendre la III République, avec la loi du 27 juillet 1884, dite loi Naquet, pour que le divorce soit réintroduit, à une différence près, cependant, que le divorce par consentement mutuel ne fut pas repris. Ne subsistait plus alors que le divorce pour faute qui, toutefois, au fil du temps, présenta l'inconvénient de contraindre les époux à créer la preuve de fautes afin de gagner le procès les opposant. Dans ces conditions, la loi de 1884 sembla dépassée, notamment à partir des années 1960, l'évolution des mœurs appelant rapidement une modification du dispositif en vigueur.

Un projet de loi fut élaboré en ce sens par le doyen Carbonnier qui aboutit, après modifications, à la loi du 11 juillet 1975, entrée en vigueur le 1er janvier 1976. En reconnaissant trois causes principales de divorce, la faute, le consentement mutuel²⁶³ et la rupture de la vie commune, le législateur a ainsi entendu répondre de manière correcte à la diversité des situations de crises conjugales. La procédure de divorce fut également simplifiée, particulièrement par l'institution, au sein du tribunal de grande instance, d'un juge spécialisé : le juge aux affaires matrimoniales (JAM), devenu le juge aux affaires familiales (JAF) avec la loi du 8 janvier 1993.

Cette libéralisation a cependant eu un effet amplificateur du nombre de divorces prononcés²⁶⁴. Les procédures ont été également détournées : le divorce pour faute était utilisé plus en raison de ses conséquences financières que pour réellement voir reconnaître judiciairement les fautes du conjoint. Les procédures étaient, en outre, particulièrement longues : neuf mois en moyenne pour un divorce sur demande conjointe, douze mois en cas de demande acceptée et plus de seize mois pour un divorce pour rupture de la vie commune ou pour faute. Enfin, le contentieux de l'après-divorce n'a cessé de croître, particulièrement au sujet de la prestation compensatoire dont le régime a été fortement controversé. D'où la réforme

²⁶¹ suppression du divorce pour incompatibilité d'humeur, ouverture du divorce en cas de faute d'un conjoint rendant intolérable le maintien du lien conjugal et autorisation très restrictive du divorce par consentement mutuel

²⁶² loi de Bonald du 8 mai 1816

²⁶³ divorce sur demande conjointe et divorce demandé par un époux et accepté par l'autre

²⁶⁴ leur nombre ayant dépassé 100 000 au cours des années 1980 pour atteindre 120000 en 1995, avant de diminuer ensuite. En 2001 : 113 000 divorces dont plus d'un tiers est encore constitué de divorces pour faute

opérée par la loi du 30 juin 2000 qui a assoupli les possibilités de révision de la prestation.

Les objectifs fixés par la loi du 11 juillet 1975 n'ayant pas été pleinement réalisés, il était nécessaire de réformer à nouveau le droit du divorce. C'est pourquoi une première proposition de loi a été examinée et votée par l'Assemblée nationale en 2001, puis par le Sénat en 2002 : elle visait à supprimer le divorce pour faute et à consacrer au bénéfice de tous les époux un droit au divorce. Le changement de législature a empêché la poursuite de la réforme entreprise. Néanmoins, un projet de loi a de nouveau été présenté au Parlement en 2003, qui a abouti au vote d'une loi promulguée le 26 mai 2004 et dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er janvier 2005.

Bien que maintenant la pluralité des cas de divorce, la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, le décret du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale et le décret du 29 octobre 2004 fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire visent désormais à simplifier, à pacifier les procédures devant le juge aux affaires familiales et à rationaliser les incidences de la dissolution du mariage. Les textes continuent également d'imposer l'intervention d'un juge : celui-ci doit d'abord vérifier que la demande est fondée sur l'une des causes énumérées par la loi et se prononcer, ensuite, suivant des règles qui diffèrent du droit commun de la procédure civile. Enfin, une fois la demande en divorce admise, le lien matrimonial est dissous, ce qui emporte des effets particuliers, tant pour les époux que pour les enfants.

§ 1 - Les cas de divorce

La loi du 26 mai 2004 maintient le pluralisme des cas de divorce en instaurant quatre cas, énumérés au nouvel article 229 du Code civil : le divorce sur demande conjointe, renommé divorce par consentement mutuel, que la nouvelle loi privilégie ; le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage remplaçant l'ancien divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ; le divorce du fait de la rupture de la vie commune remplacé depuis par le divorce pour altération définitive du lien conjugal ; le divorce pour faute que la loi du 26 mai 2004 n'a que très peu modifié.

I - Le divorce par consentement mutuel

Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, le divorce par consentement mutuel recouvrait deux procédures : une procédure gracieuse si les époux étaient d'accord

tant sur le principe que sur les conséquences de la séparation²⁶⁵ et une procédure contentieuse si ceux-ci n'étaient d'accord que sur le principe du divorce à défaut de l'être sur ses conséquences²⁶⁶. Désormais, la loi ne conserve que la procédure gracieuse de divorce par consentement mutuel pour le seul cas où les époux s'accordent à la fois sur le divorce et sur ses conséquences. Quant au divorce sur demande acceptée, devenu divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, il acquiert son autonomie et constitue, procéduralement, un cas de divorce contentieux. Par ailleurs, la loi du 26 mai 2004 apporte une nouveauté, en laissant aux époux la possibilité de demander le divorce même dans les six premiers mois du mariage, la condition tenant à l'existence d'une durée minimale de l'union incluse par la loi du 11 juillet 1975 au 3^e alinéa de l'article 230 ayant été supprimée.

Ainsi, le divorce par consentement mutuel peut être demandé conjointement par les deux époux qui vont, ensuite, conclure une convention relative à l'organisation de leur divorce. Le principe est que les parties n'ont pas à faire connaître au juge les raisons de leur décision. C'est ce que précise l'article 230 du Code civil selon lequel « le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce ». Le divorce par consentement mutuel a donc une seule cause : la volonté concordante des époux de dissoudre le lien qui les unit et de régler les conséquences extrapatrimoniales ou patrimoniales d'une telle dissolution.

Bien que constituant le fondement du divorce par consentement mutuel, la volonté des époux ne suffit cependant pas à elle seule à faire le divorce : il faut, en effet, qu'intervienne le juge aux affaires familiales qui ne peut civil prononcer le jugement de divorce sans s'être, au préalable, assuré que les intérêts familiaux n'ont pas été bafoués par la convention proposée par les époux. L'article 232 du Code civil ne donne ainsi au juge l'occasion de prononcer le divorce que « s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé ». Ceci exclut donc tout consentement forcé ou, tout du moins, obtenu par pression.

²⁶⁵ divorce sur demande conjointe

²⁶⁶ divorce demandé par un époux et accepté par l'autre

II - Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage

Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage²⁶⁷ mais pas les conséquences qui en résultent. Il est ainsi prévu que l'époux qui a accepté le divorce ne peut se rétracter, même par la voie de l'appel. Le juge, après s'être assuré de l'existence d'un consentement libre et éclairé de chacun des époux, prononce le divorce et statue sur ses conséquences. Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, l'ancien divorce sur demande acceptée n'a pas connu un grand succès. Il est vrai que ce divorce supposait de la part des époux l'aveu de faits de l'un et de l'autre rendant intolérable le maintien de la vie commune. C'est pourquoi la loi du 26 mai 2004 a eu pour objectif de simplifier la procédure de divorce en supprimant la rédaction d'un mémoire exposant subjectivement les raisons du divorce.

III - Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Le divorce pour altération définitive du lien, introduit par la loi du 26 mai 2004, remplace le divorce pour rupture de la vie commune issu de la loi du 11 juillet 1975. Ce dernier avait été l'objet, à l'époque, d'une forte controverse sur la question de savoir s'il n'organisait pas une forme de répudiation, l'objectif du législateur ayant été de permettre à un époux d'obtenir le divorce à la suite d'une rupture prolongée de la vie commune de plus de six ans ou d'une altération des facultés mentales de l'autre conjoint depuis six ans également. Il s'agissait ainsi d'autoriser l'époux demandeur à se libérer d'un conjoint qui ne voulait pas divorcer.

Ce cas de divorce est cependant resté très marginal²⁶⁸, d'abord en raison des conditions portant sur le délai, jugé trop long ; ensuite en raison des lourdes charges continuant de peser sur l'époux demandeur²⁶⁹ ; enfin en raison de l'époux défendeur qui, dans de rares cas, pouvait paralyser la procédure en invoquant l'exceptionnelle dureté des conséquences matérielles ou morales du divorce, s'il était prononcé.

²⁶⁷ sans considération des faits à l'origine de celle-ci

²⁶⁸ moins de 2 % des procédures

²⁶⁹ maintien du devoir de secours, impossibilité de recevoir une prestation compensatoire, révocation des donations et avantages matrimoniaux...

C'est pour ces diverses raisons que le législateur a réformé le divorce pour rupture de la vie commune afin, également, d'en faire une vraie alternative au divorce pour faute. Alors que l'ancien article 237 du Code civil mettait l'accent sur la durée de la rupture, la nouvelle rédaction insiste sur son aspect définitif. Dorénavant, il suffit que les époux vivent séparés depuis un délai préfix²⁷⁰ de deux ans au lieu des six ans initialement retenus pour que le lien conjugal soit dissous, peu important les raisons de la séparation. Le nouvel article 238 du Code civil dispose, en effet, que « 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 ». Cette condition de cessation de la vie commune, à l'instar de ce que la jurisprudence exigeait en matière de divorce pour rupture de la vie commune, doit revêtir un aspect matériel²⁷¹ et un aspect psychologique²⁷². Ainsi, des époux sont matériellement séparés de fait lorsqu'ils ne vivent plus sous le même toit. Il existe, cependant, certaines situations d'éloignement, liées à des motifs objectifs, tels que professionnels²⁷³. C'est pourquoi l'intention de ne plus cohabiter doit être manifeste et volontaire.

L'ancien divorce pour rupture de la vie commune était également critiqué comme permettant la répudiation de l'un des époux par l'autre et, dans certains cas, l'abandon d'un conjoint malade et en détresse. On peut dire à ce sujet que le nouveau divorce pour altération du lien conjugal va certainement encore plus loin. En effet, l'époux qui ne veut pas divorcer ne peut plus invoquer l'exceptionnelle dureté qu'aurait le divorce, tant pour lui que pour ses enfants. En outre, l'ancien article 238 du Code civil permettait à l'un des conjoints de demander le divorce lorsque l'autre était atteint, depuis au moins six ans, d'altérations graves de ses facultés mentales rendant intolérable le maintien de la vie commune. A présent, le conjoint demandeur n'a plus à invoquer la séparation due à l'altération des facultés mentales comme cause de divorce puisque seule compte, désormais, la cessation de la communauté de vie entre les époux. Il suffit donc au conjoint, pour pouvoir demander le divorce pour altération du lien conjugal, de suspendre avec le dément toute communauté de vie pendant deux ans, ce qui laisse perplexe quant à l'exécution du devoir de secours entre époux, notamment lorsque l'un d'entre eux n'a plus ses facultés

²⁷⁰ qui ne peut être ni raccourci ni interrompu, sauf bien sûr en cas de reprise de la vie commune

²⁷¹ l'absence de cohabitation

²⁷² la volonté de rompre le lien

²⁷³ mais également emprisonnement, hospitalisation

mentales. Incontestablement, la réforme, qui, sous couvert d'altération définitive du lien conjugal, consacre la répudiation unilatérale, fragilise le modèle de la famille traditionnelle.

IV - Le divorce pour faute

Avant la loi du 11 juillet 1975, le divorce ne pouvait être prononcé qu'à titre de sanction des fautes commises par un époux voire par les deux.

Malgré les opinions en faveur de la suppression de l'idée de faute et de divorce-sanction, le divorce pour faute a été conservé car il reste le meilleur moyen, encore aujourd'hui, de circonscrire, en déterminant judiciairement quelles sont les fautes, les devoirs et les obligations du mariage. En outre, il aurait été malvenu de supprimer un cas de divorce qui représente actuellement près de 40 % des demandes. Un chiffre aussi élevé cache, toutefois, une réalité plus sombre du fait des nombreux détournements de procédure apparus en pratique : d'une part, le divorce pour faute était souvent choisi lorsque le défendeur refusait le divorce ou lorsque les conditions du divorce pour rupture de la vie commune n'étaient pas réunies ; d'autre part, les procédures de divorce pour faute étaient la plupart du temps engagées en raison des conséquences financières pesant sur l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé²⁷⁴.

Aussi la loi du 26 mai 2004, si elle ne modifie que très peu le divorce pour faute, a-t-elle eu pour but d'inciter les parties à des procédures moins conflictuelles en dissociant les conséquences patrimoniales du divorce pour faute de l'attribution des torts. De telle sorte que le recours au divorce pour faute devrait, dans l'avenir, se limiter à des fautes spécifiques, telles que les violences conjugales.

Les causes de divorce pour faute demeurent cependant inchangées. Le demandeur doit, en effet, prouver que son conjoint a violé les obligations du mariage, selon les conditions posées par l'article 242 du Code civil. Le juge dispose d'un libre pouvoir pour apprécier si les conditions sont bien réunies. Si le demandeur réussit à prouver que son conjoint a effectivement commis une faute, ce dernier peut se défendre, en s'opposant au divorce, ou répliquer, en demandant également le divorce.

²⁷⁴ pas de prestation compensatoire, condamnation éventuelle à des dommages et intérêts, perte des donations et avantages matrimoniaux...

A - La caractérisation de la faute

Selon l'article 242 du Code civil, modifié par la loi du 26 mai 2004, « 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 ». Pour qu'il y ait faute, trois conditions sont exigées : les faits reprochés doivent être constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, rendre intolérable le maintien de la vie commune et être imputables à l'époux défendeur.

1 - Un fait imputable

Selon l'article 242 du Code civil, les faits, pour être fautifs, doivent être imputables à l'autre conjoint. L'imputabilité est, en effet, inhérente à la notion de faute, cause du divorce. Encore faut-il s'entendre sur ce que signifie l'imputabilité. Pour la doctrine, un fait n'est imputable à son auteur que si ce dernier avait, au moment de l'accomplir, une volonté consciente et libre de ses actes. C'est pourquoi l'on déduit habituellement que l'imputabilité disparaît lorsque l'un des époux est aliéné, lorsqu'il a été contraint par une force majeure ou par le fait d'un tiers²⁷⁵. Il appartiendra alors au juge de vérifier l'état mental ou les arguments du conjoint pour savoir si les faits peuvent ou non lui être imputés²⁷⁶.

2 - Un fait constituant une faute conjugale

Avant la loi du 11 juillet 1975, l'adultère était fréquemment invoqué à l'appui d'une demande en divorce pour faute, d'autant plus qu'il constituait une cause péremptoire de divorce qui obligeait le juge à le prononcer sans libre pouvoir d'appréciation. Depuis 1975, l'adultère ne constitue plus une cause péremptoire de divorce, de même que la condamnation à une peine afflictive et infamante²⁷⁷ que visait l'article 243 du Code civil et que la loi du 26 mai 2004 a, depuis, abrogé. Contrairement à ce que l'on pourrait supposer, la notion de devoirs et obligations du mariage ne se limite pas ici aux obligations expressément énumérées par les articles 212 et 215 du Code civil²⁷⁸. Les juges apprécient en effet très largement cette notion de faute et estiment que les époux se doivent mutuellement loyauté, respect, et

²⁷⁵ ainsi la femme victime d'un viol ne commet pas de faute

²⁷⁶ au contraire, dans le droit de la responsabilité civile délictuelle, où la faculté de discernement n'est pas exigée pour retenir une faute au sens de l'art. 1382 du C. civ

²⁷⁷ peine particulièrement grave comme la réclusion criminelle

²⁷⁸ fidélité, secours, assistance et communauté de vie

doivent agir conformément à leur intérêt et à celui de leurs enfants. La communauté de vie et ses vicissitudes font apparaître une diversité de situations conflictuelles qui ne peuvent être prévues et réglées d'avance par le législateur et dans lesquelles, cependant, on est en droit d'attendre qu'un époux adopte un comportement en conformité avec les exigences du mariage et avec le respect qu'attend l'autre conjoint. Il incombe, en conséquence, au juge de préciser quels sont, dans chaque situation de fait, les devoirs qui s'imposent aux époux l'un envers l'autre. Ainsi, ont été jugés fautifs les brutalités à l'égard du conjoint et/ou des enfants, des propos injurieux ou diffamatoires, le refus de consommer le mariage²⁷⁹ ou de soigner une stérilité, une ivresse habituelle ou encore la dissimulation de faits antérieurs au mariage qui ont des répercussions sur la vie conjugale et en connaissance desquels le conjoint n'aurait pas contracté mariage²⁸⁰.

En dépit de l'appréciation large de la faute, certains comportements restent, cependant, délicats à apprécier car ils traduisent généralement une opposition caractérisée entre les libertés individuelles des époux et certaines obligations matrimoniales auxquelles ils sont astreints. Ainsi, s'est posé le problème de la pratique religieuse des conjoints. Si la jurisprudence considère aujourd'hui, au vu du principe de la libre conscience, que la pratique d'une religion n'est pas constitutive d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, l'adhésion à une secte ou la pratique excessive d'une religion reconnue qui conduirait l'un des époux à négliger ou perturber la vie familiale peut être considérée comme un comportement répréhensible dès lors que les autres conditions exigées à la caractérisation de la faute sont remplies.

Il résulte également de la jurisprudence que des faits invoqués aux fins d'obtenir le divorce pour faute peuvent être postérieurs à l'introduction de la procédure. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, jugé dans un arrêt du 23 septembre 1999 que « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre ». Il résulte donc de cette décision que la violation des devoirs du mariage, même si le divorce n'est pas encore prononcé, peut être considérée comme une

²⁷⁹ Cass. 16 décembre 1963

²⁸⁰ Cass. civ. 2e, 12 mai 1960 sur la dissimulation d'une maladie grave

faute, cause du divorce, dès lors qu'elle remplit les conditions posées par l'article 242 du Code civil.

Ainsi, la définition de ces devoirs des époux est assez large pour permettre aux tribunaux de sanctionner une grande diversité de comportements fautifs. Encore faut-il toutefois, pour que le divorce soit prononcé, que ces manquements soient, comme l'indique l'article 242, graves ou renouvelés. Cette condition est, en effet, nécessaire pour réfréner le nombre de divorces susceptibles d'être demandés. Néanmoins, les juges ne sauraient exiger que les faits invoqués présentent à la fois le caractère de gravité et celui de répétition car ces caractères, comme l'indiquent explicitement l'article 242 du Code civil, sont alternatifs²⁸¹. Il résulte donc de cette alternative qu'un seul fait isolé, s'il est grave, suffit à justifier le divorce.

3 - Un fait rendant intolérable le maintien de la vie commune

La violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage doit nécessairement avoir pour conséquence de rendre intolérable le maintien de la vie commune. Cette condition est une exigence supplémentaire qui supporte le caractère grave ou renouvelé de la faute conjugale. En fait, cet effet se rattache généralement de manière automatique à la preuve de la violation grave ou réitérée. En effet, pour les époux, les deux conditions posées par l'article 242 font déjà partie de la définition des violations des devoirs et obligations du mariage : un fait ne paraîtra vraiment injurieux et grave que s'il constitue un outrage intolérable et, inversement, un fait n'est intolérable que s'il est gravement outrageant²⁸². Mais, pour renforcer les conditions exigées au prononcé du divorce pour faute, le législateur impose toujours aux juges de s'expliquer spécialement sur le caractère intolérable de la vie commune.

B - Les moyens de défense

Les moyens de défense qui sont offerts à celui des époux auquel la faute est reprochée peuvent être passifs : la réconciliation et l'excuse, ou offensifs : la demande reconventionnelle en divorce pour faute.

²⁸¹ Cass. civ. 2e, 8 juillet 1999

²⁸² Cass. civ. 2°, 30 novembre 2000

1 - La réconciliation

Si les époux se sont réconciliés depuis que les fautes ont été commises par le défendeur, la demande en divorce doit être rejetée en application de l'article 244 du Code civil. La réconciliation se définit donc comme une fin de non-recevoir, mais qui en pratique est rarement admise dans la mesure où les conditions de son existence sont difficilement réunies.

Pour qu'il y ait réconciliation, il faut, en effet, la réunion de trois éléments : que la reprise de la vie commune ou son maintien ait lieu postérieurement aux faits reprochés, que l'époux victime ait la volonté de pardonner les griefs qu'il a contre son conjoint, et, enfin, qu'il y ait acceptation de ce pardon par le conjoint fautif. Il s'en déduit que le simple fait de reprendre ou de continuer la vie commune ne peut être assimilé à un pardon²⁸³.

Si la réconciliation est prouvée, elle rend alors la demande en divorce pour faute irrecevable. Elle n'a toutefois d'effet que sur les fautes antérieures. De sorte qu'après la réconciliation, une nouvelle demande peut toujours être formée en raison de la survenance de nouveaux faits. A cette occasion, les faits anciens pourront toujours être « rappelés à l'appui de cette nouvelle demande ».

2 - L'excuse

L'excuse est caractérisée par son rôle causal. Les fautes d'un époux peuvent, en effet, être excusées par le comportement de l'autre. C'est pourquoi il est admis que le défendeur puisse invoquer les fautes du demandeur pour excuser ses propres fautes. Ainsi, l'abandon du domicile conjugal peut être excusé par la brutalité de l'époux. De même, les propos injurieux peuvent être justifiés par l'adultère du conjoint.

Néanmoins, il est une limite à l'admission de l'excuse : la faute du demandeur n'excuse qu'une faute proportionnée à sa propre gravité. Ainsi, une injure ne saurait-elle justifier des violences sévères²⁸⁴.

3 - La demande reconventionnelle en divorce

²⁸³ Cass. civ. 2e, 4 avril 1962

²⁸⁴ Cass. civ. 2e, 29 mai 1963

En application de l'article 245, alinéa 2, du Code civil, le défendeur est admis à former une demande reconventionnelle, c'est-à-dire à demander à son tour le divorce, en prenant appui sur les fautes du demandeur.

Ainsi, si le juge accueille les deux demandes²⁸⁵, le divorce pour faute est alors prononcé aux torts partagés. Le juge prend donc en considération le comportement répréhensible des deux conjoints. L'article 245, alinéa 3, du Code civil prévoit même que, « 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 ». Le juge peut donc relever d'office les éléments d'une demande reconventionnelle que le défendeur aurait négligé de former, ce qui constitue très certainement l'une des particularités de la procédure de divorce par rapport au droit commun de la procédure civile.

§ 2 - La procédure de divorce

La procédure se définit comme l'ensemble des règles qui gouvernent l'introduction et le déroulement de l'instance ainsi que le jugement qui met fin au conflit opposant les parties. En matière de divorce, la procédure établie par le législateur revêt une grande importance dans la mesure où l'instance porte sur des faits touchant à l'intimité de la vie privée du couple marié et des enfants qui en sont éventuellement issus.

L'intervention d'un juge et d'un avocat au côté des époux est de ce fait indispensable, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier que le consentement de chacun est librement donné et que leurs intérêts personnels et patrimoniaux ne sont pas bafoués. Un régime procédural particulier a donc été mis en œuvre qui se découpe selon deux grandes étapes : l'exercice de l'action et le déroulement de l'instance.

I - L'exercice de l'action en divorce

Pour aboutir, l'action en divorce, en raison de son caractère éminemment personnel, doit être exercée par ses titulaires, puis présentée obligatoirement au juge des affaires familiales, seul compétent en la matière.

A - Les titulaires de l'action

La désunion des époux étant un fait relevant de leur vie privée, eux seuls ont qualité pour exercer l'action en divorce. Du caractère personnel de l'action, il résulte

²⁸⁵ la demande principale et la demande reconventionnelle

que leurs héritiers²⁸⁶ ne sont pas admis à agir en leur lieu et place ni même à poursuivre une action déjà intentée. Ainsi, au cas de décès de l'un des époux avant que le jugement de divorce ne soit définitif, l'action s'éteint dans la mesure où la mort a d'ores et déjà dissous le mariage.

Du caractère personnel de l'action se déduisent également les règles relatives à la capacité des époux à agir. La loi du 11 juillet 1975 avait déjà pris soin de déterminer les conséquences des régimes de protection des majeurs sur une procédure de divorce. Ces règles ont été précisées par la loi du 26 mai 2004 qui tient compte à la fois du régime de protection, du cas de divorce et de la qualité de demandeur ou de défendeur du majeur protégé. D'abord, l'incapacité d'un époux placé en tutelle, en curatelle ou sous sauvegarde de justice, exclut qu'un divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage soit demandé, faute pour l'époux de pouvoir émettre un consentement libre et éclairé. Dans les autres cas, ensuite, il est fait une distinction selon le régime de protection du majeur incapable. Ainsi, s'agissant du majeur en tutelle, l'article 249 du Code civil prévoit que, si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille. La loi du 26 mai 2004 précise également que, dans la mesure du possible, l'intéressé doit être entendu par le juge ou le conseil de famille. En outre, si le majeur en tutelle est défendeur, l'action est alors exercée contre le tuteur. S'agissant de l'époux en curatelle, il peut exercer lui-même l'action avec l'assistance du curateur. S'il est défendeur, là encore, il se défend lui-même avec l'assistance du curateur. Enfin, lorsque l'un des époux se trouve placé sous sauvegarde de justice, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle. Toutefois, le juge peut prendre, en attendant, les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255 du Code civil, destinées à assurer l'existence des époux et des enfants pendant la procédure, et les mesures urgentes visées à l'article 257 du Code civil.

B - La compétence du juge aux affaires familiales

En 1975, deux juridictions étaient appelées à connaître du divorce : le juge aux affaires matrimoniales (JAM), devenu depuis la loi du 8 janvier 1993 le juge aux

²⁸⁶ comme leurs créanciers

affaires familiales (JAF), et le tribunal de grande instance statuant en formation collégiale. Depuis 1993, le juge aux affaires familiales est investi d'une large compétence.

1 - La compétence d'attribution

Qualifié « d'homme orchestre du divorce », le juge aux affaires familiales a de multiples fonctions tout au long de la procédure de divorce et même après.

a) Les attributions du juge aux affaires familiales avant, au cours et au terme de l'instance

S'agissant, tout d'abord, des pouvoirs du juge aux affaires familiales avant le dépôt de la requête en divorce, la loi du 26 mai 2004 les a augmentés. Ainsi, selon l'article 220-1 du Code civil, lorsque des violences physiques ou morales exercées par l'un des époux « mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement familial ». Sauf « circonstances particulières », la jouissance du logement est attribuée au conjoint victime, ce qui conduit soit à « l'expulsion » du conjoint violent, soit à une forme d'autorisation judiciaire de résidence séparée permettant à la femme²⁸⁷ de quitter, au besoin avec ses enfants, le logement familial sans avoir à attendre l'ordonnance de non-conciliation. L'article 220-1 du Code civil dispose, en outre, que le juge se prononce « s'il y a lieu sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage ». Toutefois, ces mesures deviennent caduques à défaut d'une requête en divorce ou en séparation de corps dans les quatre mois.

Au cours de l'instance, ensuite, le juge aux affaires familiales est le seul juge du divorce et de la mise en état, ce qui signifie qu'il veille au bon déroulement de la procédure. Dès le dépôt de la requête, il peut prendre des mesures urgentes de type conservatoire, telles que l'apposition des scellés sur les biens communs. Il procède également à la tentative de conciliation « tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences », à l'issue de laquelle il prescrit, « en considération des accords éventuels des époux », les mesures provisoires pour assurer leur existence et celle de leurs enfants.

²⁸⁷ car c'est généralement de la femme dont il s'agit

Au terme de l'instance, enfin, le juge aux affaires familiales, saisi de l'assignation, est seul compétent pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause. Il peut cependant décider de renvoyer l'affaire à l'audience collégiale, ce renvoi étant de droit à la demande d'une partie.

b) Les attributions du juge aux affaires familiales après le prononcé du divorce

En règle générale, tout jugement, « dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche ». Il en va différemment du juge aux affaires familiales qui reste « seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ». Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête. Le juge aux affaires familiales est, enfin, chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

2 - La compétence territoriale

Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille. Mais, dans l'hypothèse, somme toute très courante, où les époux résident séparément au moment du dépôt de la requête, il faut alors saisir le juge du lieu où réside celui des époux avec lequel vivent habituellement les enfants mineurs. Dans tous les autres cas²⁸⁸, est compétent le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

Toutefois, en cas de demande conjointe, le juge aux affaires familiales est, selon le choix des époux, celui du lieu où réside l'un ou l'autre.

Lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs.

²⁸⁸ il n'y a pas d'enfants ou ils ne résident pas tous chez le même parent

II - Le déroulement de l'instance

En dépit des mesures simplificatrices mises en œuvre par la loi du 11 juillet 1975, la procédure de divorce restait complexe et créatrice de conflits. C'est pourquoi la loi du 26 mai 2004 a tenté de simplifier encore le déroulement de l'instance. Les modifications introduites s'articulent ainsi autour de trois objectifs principaux : simplifier les procédures qui sont fondées sur l'accord des époux, les rendre plus souples et adaptables aux situations de fait qui se présentent au juge, préparer dans les meilleures conditions les conséquences de la séparation. Aussi la procédure diffère-t-elle selon qu'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel ou d'un des trois autres cas de divorce.

A - Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel

La procédure du divorce par consentement mutuel, que la loi du 26 mai 2004 a simplifiée, est privilégiée par le législateur. En effet, les époux qui souhaitent divorcer sont incités à s'engager dans cette procédure, plus consensuelle, puisqu'ils peuvent la choisir même s'ils se sont dirigés vers une autre procédure. Selon l'article 247 du Code civil, les époux peuvent « à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ». Ainsi, lorsque les époux décident d'un commun accord de divorcer, ils doivent saisir le juge aux affaires familiales d'une requête conjointe pour qu'il puisse rendre sa décision.

1 - La présentation de la demande

Le déroulement procédural du divorce par consentement mutuel est aujourd'hui bien plus simple que sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975. Ainsi, la demande en divorce que présentent les avocats respectifs des parties ou un avocat choisi d'un commun accord revêt la forme d'une requête unique, accompagnée d'une annexe.

a) La requête initiale

La requête initiale est le document par lequel les époux extériorisent et formalisent leur volonté commune de divorcer. Celle-ci ne doit pas indiquer les faits à l'origine de la demande. En revanche, la requête doit, à peine d'irrecevabilité, contenir les différentes indications et mentions visées à l'article 1090 du Nouveau

Code de la procédure civile, dont la liste demeure inchangée par rapport à la loi du 11 juillet 1975 : l'identité complète de chaque époux²⁸⁹, la date et le lieu de leur mariage, l'identité des enfants s'il y en a, les renseignements relatifs à l'affiliation aux organismes sociaux et, enfin, l'indication du nom du ou des avocats chargés par les époux de les représenter. Elle doit, sous la même sanction, être datée et signée par chacun des époux et leurs avocats.

b) Les documents annexés

La volonté commune des époux de divorcer était formalisée, selon la loi du 11 juillet 1975, par deux documents complémentaires annexés à la requête initiale : la convention temporaire²⁹⁰ et le projet de convention définitive. Puisqu'il n'y a plus désormais, depuis la loi du 26 mai 2004, qu'une seule comparution des époux devant le juge aux affaires familiales, ces deux documents disparaissent au profit d'une convention unique portant règlement complet des effets, tant personnels que patrimoniaux, du divorce incluant, notamment, un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation.

Cette convention complète doit alors être déposée dès la requête.

2 - Le prononcé du divorce

Le juge aux affaires familiales, après avoir été saisi de la requête unique des époux, va convoquer chacun d'entre eux par lettre simple, expédiée quinze jours au moins avant la date d'audience et en avisant les avocats. À l'issue de la comparution des époux, le juge rendra une décision.

a) La comparution des époux

La loi du 26 mai 2004 a fortement accéléré la procédure du divorce par consentement mutuel. Alors que la loi du 11 juillet 1975 prévoyait deux audiences afin de laisser aux époux un temps de réflexion suffisant²⁹¹, il est désormais permis au juge, à condition que la convention passée par les époux préserve les intérêts de chacun d'eux et des enfants, de prononcer le divorce lors d'une unique audience.

²⁸⁹ nom, prénom, profession, date et lieu de naissance

²⁹⁰ destinée à régler pour la durée de la procédure la situation du couple et des enfants

²⁹¹ trois mois

L'audition se déroule alors en quatre temps. Le juge entend d'abord un conjoint seul puis l'autre afin de s'assurer que la volonté des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Une fois cette vérification faite, le juge entend les époux ensemble. Puis, en présence des avocats, est examinée la convention définitive sur laquelle le juge exerce un simple contrôle²⁹².

b) La décision

S'il a acquis la conviction que le consentement des époux au divorce n'est pas vicié, le juge rend alors un jugement par lequel il homologue la convention définitive et prononce le divorce²⁹³. En revanche, si le juge constate que la convention qui lui a été présentée préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, il peut refuser d'homologuer la convention et, donc, ne pas prononcer le divorce jusqu'à présentation d'une nouvelle convention par les époux dans un délai maximum de six mois, sous peine de caducité de la demande en divorce. Si le juge refuse d'homologuer la convention définitive, il peut tout du moins « homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 que les parties s'accordent à prendre jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt du ou des enfants ». Faisant grief aux époux, l'ordonnance d'ajournement de la convention définitive est susceptible d'appel dans les quinze jours de son prononcé.

Une fois prononcé le jugement par lequel le juge homologue la convention définitive, deux voies de recours sont ouvertes : le pourvoi en cassation et la tierce-opposition.

Le pourvoi en cassation peut être formé dans les quinze jours à compter du prononcé de la décision, notamment dans les cas où la convention définitive ne règle pas l'état liquidatif de la communauté.

En revanche, lorsque le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, la convention ne peut plus être annulée, même si un époux invoque l'existence d'un vice du consentement ou encore une lésion dans le partage de la communauté. Les raisons d'une telle exclusion de la nullité tiennent au fait que la convention est indissociable du prononcé du divorce, lequel ne peut être remis en

²⁹² le juge n'a en effet pas le pouvoir de réécrire les conventions qui sont l'oeuvre unique des époux

cause que par les voies de recours précitées : le pourvoi en cassation et la tierce-opposition.

La tierce-opposition est une voie de recours extraordinaire qui permet à un tiers, par exemple un créancier des époux, de demander que la décision d'homologuer la convention qui lui porte préjudice²⁹⁴, lui soit inopposable. Il doit alors former tierce-opposition contre la décision dans l'année qui suit l'accomplissement des formalités de publicité du jugement de divorce à l'état civil.

Hormis les voies de recours offertes aux parties et aux tiers, s'est posée la question de savoir si la convention homologuée pouvait encore être révisée sans que le divorce ne soit remis en cause, notamment en cas de vice du consentement, en cas de lésion ou encore dans l'hypothèse où un bien aurait été omis dans l'état liquidatif. Le caractère mixte de la convention homologuée, combinaison d'une sentence judiciaire et d'une simple convention à laquelle le juge accorde, précisément, son homologation, n'a fait qu'accroître la complexité de la question : s'il est clair que la première se caractérise par l'autorité de chose jugée, ce qui exclut qu'elle fasse l'objet d'une action en nullité ou en rescision pour lésion, l'affirmation a paru moins évidente à l'égard de la seconde. La Cour de cassation a cependant tranché : « le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause, hors des cas limitativement prévus par la loi »²⁹⁵, l'indissociabilité ayant été voulue par le législateur. La solution a été confirmée en 1991 lorsque la Cour de cassation a considéré qu'un vice du consentement ne permettait pas davantage de revenir sur la convention définitive²⁹⁶. S'agissant du sort des biens que l'on a omis de partager dans la convention définitive, la haute juridiction semble aujourd'hui considérer que le principe de l'indivisibilité du prononcé du divorce et de la convention définitive²⁹⁷ ne fait pas obstacle à une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs omis dans l'état liquidatif homologué selon les règles du droit commun des régimes matrimoniaux²⁹⁸. En tout état de cause, le principe reste, au nom de l'indivisibilité de l'homologation de la convention définitive et du prononcé du divorce, celui de l'intangibilité de la convention. La solution aurait pourtant peut-être

²⁹⁴ la liquidation de la communauté a, par exemple, été faite en fraude de ses droits

²⁹⁵ Cass. civ. 2e, 6 mai 1987

²⁹⁶ Cass. civ. 2e, 13 novembre 1991

²⁹⁷ d'où se déduit, on l'a vu, l'irrecevabilité des actions en rescision pour lésion et en nullité ou pour erreur

²⁹⁸ Cass. civ. v, 6 mars 2001

pu être évitée en remettant en cause le postulat de l'indivisibilité et en admettant la possibilité de revenir sur la convention sans remettre en cause pour autant le divorce lui-même.

Si la révision de la convention homologuée n'est pas toujours réalisable, la loi a néanmoins prévu deux exceptions. La première autorise à réviser les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à la demande de l'un des époux ou du ministère public, lequel peut agir à la demande d'un tiers, qu'il soit ou non membre de la famille. Ainsi, lorsque la convention définitive ne met à la charge du père aucune pension alimentaire pour l'entretien de l'enfant qui vit avec sa mère, il n'est pas pour autant fait obstacle à l'action ultérieure de cette dernière en paiement d'une pension qui, rappelons-le, résulte d'une obligation légale que les parents doivent exécuter, à moins de démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle de le faire. La seconde exception, relative à la prestation compensatoire, autorise à la réviser, à la demande d'un époux, si une clause en ce sens a été insérée dans la convention définitive.

B - Le déroulement procédural des autres cas de divorce

La principale nouveauté du dispositif de 2004 est la mise en œuvre d'un tronc procédural commun aux divorces contentieux²⁹⁹ et dont les grandes étapes figurent dans le Code civil.

1 - La phase préliminaire

La première phase de la procédure commence par la requête initiale formée par un époux et prend fin, lorsque la tentative de conciliation échoue, par l'ordonnance de non-conciliation dans laquelle le juge prescrit les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passera en force de chose jugée. Il peut également faire précéder ou suivre la requête de mesures d'urgence si l'un des époux, par son comportement, présente une menace pour sa famille.

a) La requête initiale

²⁹⁹ c'est-à-dire aux divorces pour faute, pour altération définitive du lien conjugal et pour acceptation du principe de la rupture du mariage

Selon l'article 251 du Code civil, « l'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce ».

Depuis la loi du 26 mai 2004, la requête est donc indifférenciée dans la mesure où la cause du divorce n'est plus mentionnée. Les époux choisiront cette dernière après l'audience de conciliation mais pourront en changer à tout moment de la procédure. L'objectif d'une telle mesure est d'apaiser l'audience de conciliation puisque les faits qui justifient la demande et qui n'apparaissent pas dans la requête ne seront pas discutés.

Il convient, cependant, de noter que l'interdiction d'énoncer dans la requête initiale les motifs du divorce n'empêche pas les conjoints, dans cet acte ou à l'audience, de porter à la connaissance du juge tous les éléments de droit et de fait susceptibles de compléter leur demande au titre des mesures provisoires.

b) L'audience de conciliation

Alors que la tentative de conciliation avait pour objet, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, la réconciliation des époux, celle-ci, d'ailleurs, était très rare : la nouvelle rédaction de l'article 252 du Code civil est révélatrice des changements intervenus avec la loi du 26 mai 2004. Il s'agit désormais de « concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences », autrement dit, d'inciter les époux à la préparation consensuelle et responsable des conséquences du divorce, notamment au travers de la médiation familiale ou des mesures relatives à la liquidation anticipée de leur régime matrimonial.

Une fois saisi de la requête initiale, le juge aux affaires familiales fait connaître aux époux les jour, heure et lieu de l'audience de conciliation.

Les dispositions relatives aux modalités de convocation des parties sont complétées sur deux points : tout d'abord, la convocation doit informer l'époux non requérant qu'il doit se présenter en personne, seul ou assisté d'un avocat, et préciser que l'assistance d'un avocat est requise pour accepter, lors de l'audience de conciliation, le principe de la rupture du mariage ; ensuite, la notice jointe à la convocation doit désormais reprendre les dispositions des articles 252 à 254, ainsi que les 1^{er} et 2^e de l'article 255 du Code civil, relatifs à la médiation familiale. Lors de la convocation, le juge reçoit alors les époux séparément puis ensemble avant d'inviter le ou les avocats à les rejoindre.

Ces entretiens supposent donc la présence effective des époux. Toutefois, si l'époux défendeur ne comparait pas à l'audience, ou s'il se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge doit alors s'entretenir avec le seul demandeur et l'inviter à la réflexion. Autrement dit, l'absence du défendeur ne suffit pas, à elle seule, à paralyser la procédure de divorce.

Pour faciliter le dialogue entre les époux, il est également prévu, conformément à une règle traditionnelle, que « 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 ». Cette mesure est essentielle puisque, selon le nouveau dispositif procédural, le choix du cas de divorce se fait lors de l'assignation. Elle évite ainsi que des faits relatés lors de l'audience de conciliation ne soient ensuite repris pour fonder, au moment de l'assignation, une demande en divorce pour faute.

Après avoir entendu les parties, le juge rend une décision. Si la tentative de conciliation aboutit, la conciliation des époux est alors constatée par un procès-verbal, ce qui met fin à la procédure engagée³⁰⁰. Dans le cas contraire, le juge a deux possibilités : soit il décide, lorsqu'il décèle les signes d'une réconciliation future, de suspendre l'audience en laissant aux époux un temps de réflexion de huit jours à six mois au plus ; soit il rend une ordonnance de non-conciliation autorisant l'époux qui a présenté la requête initiale à assigner son conjoint et les incite à régler les conséquences du divorce à l'amiable dans un projet de règlement qui sera présenté lors de l'audience de jugement.

c) Les mesures provisoires

Entre le début de la procédure et le prononcé du divorce s'écoule un temps assez long pendant lequel la séparation des époux et la situation personnelle des enfants doivent être aménagées. C'est pourquoi le juge est amené, lors de l'audience de conciliation, à prescrire « 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 ». Même si ces mesures sont qualifiées de provisoires du fait qu'elles ne subsistent que durant l'instance, elles

³⁰⁰ puisque les époux sont désormais réconciliés

préfigurent de manière générale celles qui seront ordonnées par le jugement de divorce.

Au titre des mesures provisoires, le juge aux affaires familiales, en application du nouvel article 255 du Code civil, peut proposer aux époux une mesure de médiation et, « après avoir recueilli leur accord », désigner un médiateur familial pour y procéder ou « enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ». Il ne saurait donc être question d'imposer au couple une médiation qui suppose, par essence, le libre consentement de chacun. Hormis le recours à la médiation en tant que mesure provisoire, le juge statue également sur les modalités de la résidence séparée des époux ; il peut, en outre, fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou encore désigner un notaire chargé de préparer le projet de liquidation du régime matrimonial.

Le juge statue également sur les relations patrimoniales des époux pendant l'instance. Ainsi, un époux peut ne pas avoir de ressources suffisantes pour vivre séparé de l'autre. Si son conjoint en a les moyens, il devra lui verser une pension alimentaire, fondée sur l'obligation de contribuer aux charges du mariage qui subsiste jusqu'au jour où le divorce devient définitif. Cette pension est généralement complétée par l'attribution de la jouissance du logement familial, lorsque les époux en sont propriétaires. A ce sujet, la question s'était posée de savoir si l'époux qui, pendant l'instance, occupe seul le domicile conjugal doit à l'autre une indemnité d'occupation, notamment lorsque le logement appartient en propre à ce dernier ou est commun ou indivis entre les époux. La loi du 26 mai 2004 est venue clarifier la situation en imposant au juge de préciser si la jouissance du logement a un caractère gratuit ou non et, le cas échéant, de constater l'accord des époux sur le montant de l'indemnité d'occupation. Cependant, une part d'incertitude demeure dans la mesure où le juge n'a pas le pouvoir de fixer lui-même ce montant, de sorte que l'époux bénéficiaire ne connaît pas à l'avance ce que lui coûtera en définitive, lors de la liquidation, la jouissance du logement.

2 - La phase décisive

a) L'assignation

Une fois l'ordonnance de non-conciliation rendue, l'époux demandeur³⁰¹ peut former une demande introductive d'instance en divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute. L'époux qui n'était pas demandeur au divorce peut former une demande reconventionnelle sur l'une ou l'autre de ces trois causes de divorce. Toutefois, il est précisé à l'article 257-1, alinéa 2, du Code civil que « lorsqu'à l'audience de conciliation les époux ont déclaré accepter le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce sur le fondement de l'article 233, l'instance ne peut être engagée que sur ce même fondement » : dans ce cas, en effet, la cause du divorce est définitivement acquise. La recevabilité de la demande introductive d'instance est, en outre, subordonnée à la production d'une proposition de règlement des conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales du divorce, afin d'éviter les longues procédures qui opposent parfois les ex-époux après son prononcé. Enfin, des délais spéciaux sont prévus pour introduire l'instance. La réforme a ainsi conservé la règle selon laquelle, pendant les trois mois suivant le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner. A l'expiration de ce délai, cette faculté est ouverte à l'époux le plus diligent.

b) Les preuves

Une fois l'assignation faite, ont lieu les débats qui portent principalement sur la recherche et l'appréciation des éléments de preuve. Il faut, en effet, démontrer qu'un époux a violé les obligations et devoirs du mariage, prouver une séparation de plus de deux ans ou encore établir le montant exact des revenus de l'époux contraint au versement d'une prestation compensatoire. A ce sujet, la loi du 26 mai 2004 a conservé l'article 259 du Code civil qui prévoit que les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défense à une demande peuvent être établis par tous moyens de preuve, y compris l'aveu. Le mode de preuve le plus utilisé est le témoignage qui est recueilli à l'audience ou, le plus souvent, sous forme d'attestations écrites. Toutefois, certains témoignages sont interdits. En effet, les descendants³⁰² ne peuvent jamais témoigner ni être entendus au cours de la procédure, pour tout ce qui concerne la cause du divorce et les conséquences de ce

³⁰¹ ou les deux époux en cas de demande conjointe de divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage

³⁰² et leurs conjoints

dernier pour les époux. Une telle interdiction s'explique en grande partie par le souci d'éviter que les enfants ne soient obligés de prendre parti pour l'un ou l'autre de leurs parents³⁰³. Les missives et les constats d'huissier, notamment pour faire la preuve d'un adultère, sont également admis, à condition toutefois que ces éléments de preuve aient été obtenus légalement, c'est-à-dire sans violence ni fraude ni violation de domicile ou atteinte à l'intimité de la vie privée³⁰⁴. Enfin, pour avoir une connaissance précise des revenus de chacun des époux, le juge peut, en application de l'article 259-3 du Code civil, « 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 ». Il semble, globalement, que la jurisprudence se montre tout de même assez rigoureuse sur la recevabilité de certaines preuves en matière de divorce. Ainsi, dans une affaire dans laquelle l'époux, soucieux d'obtenir la suppression d'une prestation compensatoire, avait confié à un détective privé la mission de rechercher les éléments du train de vie de son ex-épouse et l'existence éventuelle d'une situation de concubinage, la Cour de cassation a estimé que la surveillance et la filature ayant duré plus de six mois, « l'immixtion dans la vie privée était disproportionnée par rapport au but poursuivi »³⁰⁵. Dans une autre, la cour d'appel de Versailles a écarté les prétendues injures envoyées par l'épouse sur Internet et les copies d'écran échangées sur messagerie instantanée, sous un pseudonyme, en relevant que n'importe qui peut créer une adresse internet en l'attribuant à un autre et que, de toute façon, l'envoi de ces messages était couvert par le secret des correspondances³⁰⁶.

c) Les modifications du fondement de la demande

Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, changer de type de divorce en utilisant une passerelle ou en formant une demande reconventionnelle.

S'agissant, en premier lieu, des passerelles existant entre les différentes procédures de divorce, les époux pouvaient, en application de la loi du 11 juillet

³⁰³ sur l'interprétation extensive de l'article 259, et son application au cas d'une attestation de la mère de l'épouse relatant des propos tenus par ses petits-enfants sur le comportement de leur père vis-à-vis d'une autre femme, voir Cass. civ. 1^o, 3 nov. 2004

³⁰⁴ article 259-2 c. civ., v. admettant la production d'un journal intime, Cass. civ. 2e, 6 mai 1999, ; contra, y voyant une atteinte à la vie privée : Paris, 9 sept. 1999

³⁰⁵ Cass. civ. 2e, 3 juin 2004

³⁰⁶ Versailles, 29 janv. 2004

1975, demander au juge de constater leur accord et d'homologuer leur projet de convention seulement durant la conciliation, tant qu'aucune décision sur le fond n'avait été rendue. Ceci avait alors pour conséquence d'obliger les époux à reprendre la procédure depuis le début et à attendre que le délai de réflexion de trois mois soit expiré pour renouveler leur requête. L'une des principales innovations de la loi du 26 mai 2004 est l'élargissement des passerelles entre les différents divorces afin d'inciter les époux à s'accorder au moins sur le principe du divorce. Dorénavant, la loi ajoute à la passerelle déjà existante entre une procédure contentieuse et le divorce par consentement mutuel une autre passerelle d'un divorce pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal vers un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. Ces passerelles peuvent intervenir à tout moment de la procédure. Ainsi, si les époux décident de passer d'un divorce contentieux à un divorce par consentement mutuel, ils devront présenter au juge une convention réglant les conséquences du divorce.

S'agissant, en second lieu, des demandes reconventionnelles, il est permis à l'époux défendeur de demander un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute. Cependant, si les époux ont accepté, durant l'audience de conciliation, le principe de la rupture du mariage et le prononcé du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, l'instance ne peut, en vertu de l'article 257-1 du Code civil, être engagée que sur ce fondement. Lors d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur peut reconventionnellement demander un divorce pour faute. Dans ce cas, le juge examine d'abord cette demande. Si elle est rejetée, le juge statue alors sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal et vérifie que les conditions posées à l'article 238 sont réunies. Le demandeur initial peut également décider de modifier le fondement de sa demande et invoquer les fautes de son conjoint. Ainsi, si une épouse, infidèle et violentée, demande le divorce pour altération du lien conjugal et que son conjoint forme une demande reconventionnelle pour faute, en l'espèce l'adultère, rien ne l'empêche de modifier le fondement de sa demande et d'invoquer les violences de son époux à son égard.

Le jugement rendu par le juge aux affaires familiales peut être soit un jugement de rejet, notamment lorsque l'époux défendeur a fait valoir une réconciliation ou réfuté chacune des preuves produites par l'autre, soit un jugement de divorce.

a) Le jugement de rejet

Le jugement par lequel le juge rejette la demande en divorce met fin à l'instance. Il en résulte plusieurs conséquences. La première, tout d'abord, tient au fait que le jugement rend irrecevable une demande en divorce, ou en séparation, qui est fondée sur les mêmes griefs. Une nouvelle demande en divorce peut cependant toujours être formée si elle repose sur d'autres griefs³⁰⁷ ou si elle respecte les conditions exigées par le Code civil, notamment le délai de deux ans, en cas d'altération définitive du lien conjugal. De même, le rejet de la demande en divorce n'empêche pas la présentation ultérieure d'une requête nouvelle, fondée sur une cause différente de celle initialement invoquée. La seconde conséquence, ensuite, est que les mesures provisoires édictées par le juge prennent fin au moment du rejet de la demande. Le problème est que les époux reprennent rarement, à la suite du jugement de rejet, une vie commune.

Il est donc très probable que l'un des époux saisisse à nouveau le juge pour résoudre les difficultés liées à la séparation de fait. C'est pourquoi il est prévu, afin d'éviter une procédure supplémentaire créatrice de conflits, que le juge qui prononce un jugement de rejet, ordonne, éventuellement d'office, certaines mesures nouvelles relatives, par exemple, à la contribution aux charges du mariage, à la résidence de la famille ou encore aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

b) Le jugement de divorce et les voies de recours

Inspiré par le principe du respect de la vie privée et le souci d'éviter la résurgence de conflits après le prononcé du divorce, le jugement doit être concis et discret. En effet, en cas de divorce accepté, le juge prononce le divorce sans autre motif que le visa de son ordonnance qui a constaté l'acceptation du principe de la rupture du mariage par les conjoints. De même, lorsque le divorce est prononcé pour

³⁰⁷ par exemple, la commission d'un adultère après le jugement de rejet

altération définitive du lien conjugal, le jugement ne doit pas faire référence à la cause du divorce.

Enfin, dans tous les cas de divorce, le juge, à la demande expresse des deux époux, peut seulement constater, dans les motifs du jugement, qu'il existe des faits constituant une cause de divorce sans pour autant les énoncer. Le juge, dans ce cas, doit toutefois préciser si le divorce est prononcé aux torts partagés des époux ou aux torts exclusifs de l'un d'entre eux.

La vie privée des époux est donc préservée, d'autant plus que les mentions du jugement qui seront publiées en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chaque époux resteront silencieuses quant aux circonstances personnelles ayant entouré la demande en divorce. Cette publication à l'état civil n'a lieu, toutefois, qu'après que le jugement est devenu définitif, c'est-à-dire passé en force de chose jugée après l'expiration des délais de recours ou l'exercice des voies de recours prévues par la loi. À ce sujet, seuls l'appel et le pourvoi en cassation sont autorisés.

S'agissant de l'appel formé à l'encontre du jugement de divorce, le délai³⁰⁸ est d'un mois à compter de la signification du jugement par voie d'huissier. S'agissant du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel, le délai³⁰⁹ est de deux ans à compter de la signification, par huissier, de l'arrêt.

§ 2 - Les effets du divorce

Le prononcé du divorce a pour effet principal de dissoudre le lien conjugal, c'est-à-dire d'y mettre fin sans rétroactivité. De ce fait, cet état nouveau des époux emporte un certain nombre de conséquences sur leur situation respective ainsi que sur les relations qu'ils entretiennent avec leurs enfants.

I - Les effets du divorce pour les époux

Le souci du législateur, en aidant les époux à organiser les conséquences de leur séparation le plus efficacement possible, a été de pacifier leurs relations tant personnelles que financières.

A - Les effets personnels

Le divorce étant prononcé, les époux redeviennent célibataires.

³⁰⁸ suspensif selon le droit commun de la procédure civile

³⁰⁹ également suspensif, contrairement au droit commun de la procédure civile

Disparaissent ainsi les devoirs du mariage comme, par exemple, l'obligation de cohabiter, de respecter le devoir de fidélité ou encore le devoir de secours en cas de besoin de l'un des époux. Les ex-conjoints peuvent donc librement se remarier, sans restriction, puisque dorénavant le délai de viduité d'une durée de trois cents jours, destiné à éviter la confusion des paternités, que la femme divorcée devait traditionnellement respecter, est supprimé par la loi du 26 mai 2004.

Le mariage étant dissous, les liens d'alliance qui unissaient jusqu'alors un époux à la famille de son conjoint disparaissent, même en présence d'enfants communs du couple divorcé. Ce qui implique que l'époux, libéré du lien conjugal, n'a plus d'obligation alimentaire à l'égard de ses anciens beaux-parents. Il faut rappeler, toutefois, que les empêchements à mariage entre les ex-alliés en ligne directe³¹⁰ subsistent sans dispense possible. On en déduit alors qu'une femme divorcée ne peut se remarier avec le père ou le fils³¹¹ de son ex-époux.

Enfin, chacun des époux, à la suite du divorce, reprend en principe l'usage de son nom. Toutefois, un conjoint peut conserver l'usage du nom de l'autre³¹², soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'accord du juge « s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants ». Il en va ainsi lorsque le conjoint s'est fait connaître sous ce nom dans son activité professionnelle ou lorsqu'il désire continuer à porter le même nom que ses enfants³¹³.

B - Les effets patrimoniaux

L'une des principales réformes opérées par la loi du 26 mai 2004 a été d'effacer le lien autrefois établi entre l'attribution des torts et les conséquences financières du divorce qui, généralement, avait pour effet néfaste d'alimenter les conflits entre époux et même de les amener à détourner à leur profit les procédures. Ainsi, le divorce pour faute était-il souvent choisi dans la perspective de ne pas avoir à verser une prestation compensatoire et le divorce pour rupture de la vie commune généralement délaissé en raison du maintien du devoir de secours à l'égard de l'ex-conjoint dans le besoin.

³¹⁰ mais non en ligne collatérale, par exemple entre un ex-beau-frère et une ex-belle sœur

³¹¹ d'un précédent mariage, par exemple

³¹² cette faculté est dorénavant laissée aussi bien aux hommes qu'aux femmes

³¹³ particulièrement pour des commodités scolaires

La priorité est désormais, avec la loi du 26 mai 2004, d'apaiser les relations des époux en favorisant le règlement consensuel des conséquences patrimoniales et de faire en sorte que ce règlement soit achevé dans les meilleures conditions lors du prononcé du divorce, même si les opérations de liquidation du régime matrimonial s'étendent très souvent au-delà de cette date. Si l'objectif peut paraître légitime, on n'a cependant pas manqué de faire remarquer que la loi nouvelle, qui a certes maintenu le divorce pour faute, l'avait tout de même vidé de l'essentiel de sa portée en faisant disparaître les conséquences attachées à la faute. Sur cette voie, on pourrait se demander si, en définitive, les obligations nées du mariage ne sont pas devenues des obligations sans sanction.

1 - La vocation successorale

La dissolution du mariage au prononcé définitif du divorce a pour première conséquence de faire disparaître les droits que chacun des époux avait dans la succession de l'autre.

2 - La pension de réversion

Quand un époux décède, son conjoint non divorcé bénéficie du droit à réversion de la retraite que percevait ou aurait dû percevoir le défunt. Si un divorce est prononcé, le droit à réversion, qu'il s'agisse des retraites de la sécurité sociale ou des pensions civiles et militaires, est admis au bénéfice du conjoint divorcé, sauf s'il s'est remarié avant le décès de l'ex-époux. Si ce dernier s'était également remarié, il est alors prévu de répartir la pension de réversion entre les bénéficiaires non remariés au prorata du nombre d'années de mariage avec le défunt.

3 - Les prestations de sécurité sociale

L'époux divorcé qui bénéficiait en tant qu'ayant droit de son conjoint de la sécurité sociale conserve cette qualité pendant un an à compter du jour où les formalités de publicité à l'état civil ont été effectuées. Passé ce délai, et sauf dérogation tenant aux enfants à charge, le conjoint qui n'exerce pas d'activité professionnelle doit alors souscrire une affiliation personnelle.

4 - La liquidation du régime matrimonial

Le divorce, en même temps qu'il opère dissolution du lien conjugal, dissout le régime matrimonial. Une liquidation doit alors être organisée, suivie pour les régimes de communauté d'un partage des biens communs.

L'un des objectifs de la loi du 26 mai 2004 a été d'accélérer autant que possible le processus de liquidation, le but étant de permettre le prononcé de la liquidation en même temps que le prononcé du divorce. En effet, les solutions précédemment admises comportaient en pratique de nombreux inconvénients. La liquidation du régime matrimonial était fréquemment reportée après le prononcé du divorce, ce qui donnait lieu généralement à un long conflit et à des frais de procédure importants. En outre, le juge statuait sur la prestation compensatoire avant même que la liquidation ne soit opérée, donc sans connaître exactement les droits de chacun des époux dans le partage.

Dorénavant, les conventions entre époux sont privilégiées, les pouvoirs du juge ont été augmentés et la durée des opérations de liquidation diminuée et encadrée. Ainsi, dans le divorce par consentement mutuel, les opérations de liquidation sont intégrées à la convention définitive. Les époux règlent donc eux-mêmes les conséquences financières de la rupture du mariage, avant même le prononcé du divorce. Dans les divorces contentieux, et à défaut d'un règlement conventionnel des époux, le juge ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux. Sa compétence a ainsi été élargie par la loi du 26 mai 2004. Il peut désormais statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle ou accorder, à l'un des époux ou aux deux, une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis.

Afin de disposer rapidement d'un état des patrimoines, le juge peut, dès l'audience de conciliation, désigner, au titre des mesures provisoires, « tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux » et, dans le but de favoriser les liquidations anticipées, désigner également un notaire chargé d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. Le juge peut, enfin, « statuer sur les désaccords persistants entre les époux si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné, au titre des mesures provisoires » contient des informations suffisantes.

Outre l'augmentation des pouvoirs du juge en matière de liquidation, la loi du 26 mai 2004 a voulu mettre un terme aux longues procédures, la plupart du temps

conflictuelles, en instaurant un nouveau calendrier de la liquidation. Désormais, si les opérations ne sont pas terminées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties. Au vu de celui-ci, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire de six mois.

Si, à l'expiration du délai, la situation n'est toujours pas réglée, le notaire en informe le tribunal et établit, si nécessaire, un nouveau procès-verbal. Le tribunal statue alors sur les contestations subsistant entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif.

Pendant l'instance, il est aussi permis aux époux de passer toutes conventions pour la liquidation de leur régime matrimonial et le partage de leurs biens. Il est précisé, toutefois, que lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié. En outre, les effets de ces conventions sont suspendus jusqu'au prononcé du divorce, le juge pouvant, à la demande d'un époux, modifier ces conventions si les conséquences du divorce fixées par le jugement de divorce « remettent en cause les bases de la liquidation et du partage ». La loi du 26 mai 2004 ouvre, enfin, aux époux la possibilité de soumettre pendant l'instance « toutes conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce » à l'homologation du juge, qui exerce alors un simple « contrôle en équité ». Cette disposition permet essentiellement aux époux de fixer la prestation compensatoire par une convention qui sera ensuite homologuée par le juge, lequel vérifiera seulement que les intérêts de chaque époux et des enfants sont respectés.

5 - Le sort des donations et avantages matrimoniaux

Sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, le sort des donations et avantages matrimoniaux dépendait du cas de divorce prononcé : tantôt les époux étaient libres de les révoquer³¹⁴, tantôt ils les conservaient avec le caractère qu'elles présentaient³¹⁵, tantôt ils les perdaient de plein droit. Ainsi, dans ce dernier cas, le conjoint aux torts exclusifs duquel le divorce pour faute était prononcé perdait-il de

³¹⁴ en cas de divorce sur requête conjointe ou aux torts partagés

³¹⁵ les donations et avantages insérés dans le contrat de mariage étaient irrévocables tandis que ceux consentis pendant le mariage étaient révocables

plein droit les donations et avantages qui lui avaient été consentis. A l'inverse, l'époux « innocent » les conservait de plein droit « encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas eu lieu ». Il en allait de même, au profit de l'époux défendeur et au détriment du demandeur en cas de divorce pour rupture de la vie commune.

Le sort des donations et avantages matrimoniaux a été profondément transformé par la loi du 26 mai 2004 qui établit dorénavant une nouvelle distinction.

D'une part, pour les donations de biens présents entre époux et les avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage, le divorce est sans incidence, indépendamment de l'attribution des torts lors du prononcé d'un divorce pour faute. En outre, les donations de biens présents entre époux ne sont plus désormais librement révocables, sauf exceptions conformes au droit commun³¹⁶.

D'autre part, pour les dispositions à cause de mort entre époux³¹⁷ accordées par contrat de mariage ou durant l'union, et les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès d'un époux³¹⁸, et sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis, le divorce emporte désormais révocation de plein droit, indépendamment de l'attribution des torts.

6 - Le logement familial

L'attribution définitive du logement familial dépend des droits que chacun des époux a sur celui-ci. Ainsi, si le logement était loué par les époux, le droit au bail peut être attribué par le juge à l'un d'entre eux, en considération des intérêts de chacun et des enfants. Si le logement appartient aux époux, l'un des deux peut en obtenir l'attribution préférentielle. Enfin, si le logement familial appartient en propre à l'un des époux, l'article 285-1 du Code civil permet au juge de le concéder a bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants, lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Il y a, dans ce cas, un bail forcé dont le juge fixe la durée et qu'il peut renouveler jusqu'à la majorité du plus Jeune des enfants³¹⁹. Toutefois, le juge peut

³¹⁶ inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites ou ingratitude, mais non pour survenance d'enfant

³¹⁷ par exemple les donations au dernier vivant

³¹⁸ par exemple, une clause d'attribution de la communauté au conjoint survivant

³¹⁹ voir cep., décidant que le juge ne peut imposer à l'un des ex-époux de consentir à l'autre un bail rural sur un bien qui lui est propre, Cass. civ. 1re, 4 janv. 1995

également décider de résilier le bail si des circonstances de fait nouvelles le justifient. En revanche, la possibilité pour le juge d'obliger le demandeur d'un divorce pour rupture de la vie commune à concéder à bail le logement au défendeur n'a pas été reprise par la loi du 26 mai 2004.

7 - La prestation compensatoire

Le divorce, en même temps qu'il dissout le lien conjugal, met fin au devoir de secours posé à l'article 212 du Code civil. Cependant, l'article 270 du Code civil prévoit que « 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 peut donc être allouée à un époux qui n'est pas nécessairement dans le besoin. Il suffit, en effet, pour que la prestation soit due, de constater que la rupture du mariage est à l'origine d'un déséquilibre financier.

Cette prestation compensatoire a été créée par la loi du 11 juillet 1975, remplaçant ainsi la pension alimentaire qui était la source de nombreux conflits. Aussi, pour tenter de pacifier l'après-divorce, la prestation compensatoire était-elle forfaitaire, transmissible aux héritiers et, en principe, non révisable. Ce dispositif a, cependant, été critiqué dans la mesure où, la prestation n'étant quasiment pas soumise à révision, il donnait parfois lieu à des situations injustes. Il arrivait, en effet, qu'une ex-épouse, remariée avec une personne fortunée, continue de percevoir une rente de son ex-mari au chômage ou en retraite. Devant ces difficultés et l'important contentieux que le système mis en place en 1975 générait, le législateur a jugé nécessaire d'intervenir, sans attendre la réforme générale du droit du divorce. Aussi la loi du 30 juin 2000 a-t-elle eu pour objectif d'accroître les possibilités de révision de la prestation compensatoire fixée sous forme de rente, particulièrement en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des époux, tout en réaffirmant son caractère forfaitaire et en assouplissant les modalités du versement sous forme de capital. La réforme entreprise en 2000 s'est cependant avérée être lacunaire. Par exemple, s'agissant du versement de la prestation compensatoire sous forme de capital, la loi du 30 juin 2000 avait admis la possibilité d'un versement fractionné pendant une durée limitée de huit ans, supprimant par là même la possibilité de rente temporaire dans les divorces contentieux, alors que de nombreux

couples avaient peu de patrimoine. Une fois encore, une réforme des règles relatives à la prestation compensatoire était nécessaire.

La loi du 26 mai 2004 a ainsi apporté quelques retouches au système, en généralisant la prestation compensatoire à tous les cas de divorce, en favorisant le recours aux prestations compensatoires conventionnelles dans les divorces contentieux, en autorisant les prestations compensatoires mixtes³²⁰ et en limitant la charge du paiement de la prestation par les héritiers du débiteur à l'actif successoral transmis.

a) Domaine de la prestation compensatoire

Dorénavant, le droit au versement d'une prestation compensatoire est ouvert, quels que soient les cas de divorce, même le divorce pour altération définitive du lien conjugal, et quels que soient les torts³²¹. Le dispositif est ici nouveau car la loi du 11 juillet 1975 avait exclu du bénéfice de la prestation compensatoire l'époux fautif ainsi que l'époux demandeur d'un divorce pour rupture de la vie commune. Ce dernier cas de divorce était, en effet, le seul à laisser subsister, en dépit de la dissolution du lien conjugal, le devoir de secours au profit de l'époux défendeur. Le conjoint demandeur devait, en conséquence, secourir l'autre époux dans le besoin en lui versant une pension alimentaire qui ne pouvait, selon la jurisprudence, se cumuler avec une prestation compensatoire³²². Désormais, le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal met fin au devoir de secours, comme les autres cas de divorce et laisse au conjoint demandeur le droit de demander une prestation compensatoire.

Ces mesures sont toutefois délicates et difficilement compréhensibles pour l'époux « innocent » dans un divorce pour faute ou pour l'époux « répudié » dans un divorce pour altération définitive du lien conjugal qui aura à verser à son ex-conjoint une prestation compensatoire afin de compenser le déséquilibre financier que crée le divorce qu'ils se sont vu imposer. C'est pourquoi la loi du 26 mai 2004 permet au juge, eu égard aux circonstances particulières de la rupture, de refuser d'accorder la prestation « si l'équité le commande » soit en considération des critères de fixation prévus à l'article 271 du Code civil, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation.

³²⁰ combinant capital et rente viagère

³²¹ le divorce pour faute n'est donc plus un divorce-sanction

³²² Cass. civ. 2e, n février 1981

b) Evaluation et modalités d'exécution
de la prestation compensatoire

La fixation du montant et des modalités de versement de la prestation compensatoire peut être faite soit par les époux, soit par le juge.

Les époux peuvent, quel que soit le cas de divorce, décider conventionnellement du montant et des modalités de versement de la prestation compensatoire soit sous forme de capital, soit sous forme de rente viagère. La convention ainsi établie sera ensuite homologuée par le juge aux affaires familiales qui contrôlera que les intérêts de chacun ont été préservés. Les époux peuvent également prévoir une clause autorisant la révision de la prestation par le juge en cas de changement important des ressources ou des besoins de chacun. Ils peuvent enfin introduire une clause dérogeant au principe de la transmissibilité de la prestation aux héritiers du débiteur.

Le rôle du juge est donc subsidiaire, eu égard à la possibilité des époux de régler conventionnellement la question de la prestation compensatoire. Il intervient en effet dans le cadre d'un divorce pour faute, d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage si les parties ne lui ont pas présenté une convention à homologuer. Celui-ci, en l'absence d'un accord des époux, va fixer le montant de la prestation et décider des modalités de son versement.

S'agissant, tout d'abord, de l'évaluation de son montant, le juge ne doit pas seulement prendre en considération les ressources et besoins actuels de l'un et de l'autre des époux, mais aussi prévoir ce qui se passera dans un futur prévisible en tenant compte de leur situation au moment du prononcé du divorce³²³. Pour faciliter la tâche du juge, il est demandé aux époux de fournir une « déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie ». En outre, aux termes de l'article 271 du Code civil que la loi du 26 mai 2004 a également modifié, le juge prend en considération, outre les besoins de l'époux créancier et les ressources du conjoint débiteur, 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

³²³ Cass. civ. 2e, 25 mars 1987

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 », « leurs droits existants et prévisibles », « leur situation respective en matière de pensions de retraite » et, enfin, « le patrimoine, estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu après la liquidation du régime matrimonial ». Cette énumération n'est d'ailleurs pas limitative. Autrement dit, l'existence d'une disparité - dont les éléments ont, on vient de le voir, encore été enrichis par la loi nouvelle - étant établie, il faut ensuite, et très concrètement cette fois, la chiffrer et pour cela tenir compte des revenus de l'un et des besoins de l'autre. Or, précisément, les mots « revenus » et « besoins » laissent entière la question du périmètre des éléments à retenir. On signalera tout de même ici qu'il est aujourd'hui acquis que les allocations familiales sont étrangères à cette appréciation parce que versées non pas à l'époux mais à l'enfant³²⁴. Il est non moins acquis que les pensions à enfant peuvent venir en déduction des ressources de l'époux débiteur. Partant, on a pu se demander si les mêmes pensions ne devaient pas venir en déduction des besoins de l'époux créancier ? A vrai dire, une réponse négative paraît devoir s'imposer dans la mesure où l'époux qui reçoit la pension parce que l'enfant réside avec lui ne la reçoit pas pour lui mais, précisément, pour l'enfant. Aussi bien a-t-on justement pu relever qu'est justifiée la différence de traitement entre le débiteur pour lequel, quel que soit le destinataire, la pension diminue effectivement ses ressources et le créancier pour lequel la destination des sommes est déterminante. C'est, en tout cas, la position actuelle de la jurisprudence³²⁵.

S'agissant, ensuite, des modalités de versement de la prestation compensatoire, la loi du 26 mai 2004 maintient le principe du versement sous la forme d'un capital. Ainsi, il peut s'agir de verser une somme d'argent, d'attribuer des biens en propriété ou un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit. Néanmoins, il est prévu, lorsque l'époux débiteur n'est pas en mesure de régler la prestation compensatoire dans ces conditions, que le juge puisse étaler le versement du capital sur une durée maximum de huit ans. Le capital est alors versé sous forme de rentes périodiques dont la fréquence est judiciairement décidée. Le nouvel article 275-1 du Code civil prévoit également que le capital puisse être constitué, d'une part, en un versement d'une somme d'argent ou une attribution de

³²⁴ Cass. civ. 2e, 12 mai 2004

³²⁵ Cass. civ. v, 25 mai 2004

bien et, d'autre part, en des versements périodiques. Cette faculté de prestation mixte³²⁶ a été réintroduite par la loi du 26 mai 2004 parce que bien adaptée à la situation de certains couples dans lesquels le conjoint, sans ressources, peut obtenir l'usufruit du logement qu'il occupait avant le divorce, tout en recevant une rente mensuelle.

C'est donc seulement à titre exceptionnel et par décision spécialement motivée que le juge peut, en raison de l'âge ou de l'état de santé du créancier, fixer la prestation compensatoire sous la forme d'une rente viagère, c'est-à-dire égale à la durée de la vie de l'époux créancier. En somme, le versement de la prestation sous forme de rente est surtout utile aux conjoints âgés ayant été mariés pendant une longue période et qui ont un patrimoine réduit. En outre, la durée de la rente étant viagère, le remariage de l'époux créancier est sans incidence sur le versement de la prestation.

c) La révision de la prestation compensatoire

La prestation a un caractère forfaitaire et définitif. L'évaluation ne peut donc en règle générale être remise en cause. Néanmoins, l'incertitude économique, l'augmentation du chômage et des recompositions familiales amènent tôt ou tard à réviser les modalités d'exécution de la prestation compensatoire. Ainsi est-il prévu, en cas de changement important de sa situation, que le débiteur d'une prestation compensatoire versée sous la forme d'un capital puisse demander la révision des modalités de paiement. Par décision spéciale et motivée, le juge peut, en effet, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans. Le débiteur peut également « se libérer à tout moment du solde du capital » quand bien même l'époux créancier ne le souhaiterait pas. De son côté, le créancier peut aussi saisir le juge d'une demande en paiement du solde du capital, après la liquidation du régime matrimonial.

Lorsque la prestation est versée sous la forme d'une rente, elle peut être, selon l'article 276-3 du Code civil, « révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties ». La révision ne peut avoir ainsi pour effet de porter la rente à un montant

³²⁶ capital et rente

supérieur à celui fixé initialement par le juge. Enfin, l'article 276-4 du Code civil permet au débiteur de la prestation sous forme de rente de saisir à tout moment le juge « aux fins de statuer sur le principe de la substitution d'un capital à tout ou partie de la rente ». Le créancier peut également former cette demande s'il prouve qu'une modification de la situation du débiteur permet cette substitution, notamment lors de la liquidation du régime matrimonial.

d) La transmission de la prestation compensatoire

Les lois du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004 n'ont pas porté atteinte au principe de la transmissibilité passive de la prestation compensatoire aux héritiers de l'époux débiteur, même si cette règle aboutit parfois à l'étrange résultat de faire payer par la seconde épouse la prestation compensatoire due à la première. Même si le principe de la transmission passive aux héritiers n'a pas été discuté, la loi du 26 mai 2004 a néanmoins apporté une modification au régime de cette transmission qu'elle a construit autour de deux principes et d'une exception.

S'agissant des principes, tout d'abord, le nouvel article 280 du Code civil prévoit que le paiement de la prestation compensatoire est supporté « par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral ». Ce qui signifie que les héritiers devront désormais s'acquitter de la dette uniquement dans la limite du montant global de la succession qui leur revient. Si ce montant est insuffisant, la somme qui reste à payer sera prélevée sur les émoluments des éventuels légataires particuliers³²⁷.

Afin que les héritiers et l'ex-époux créancier n'entretiennent pas des relations pécuniaires qui pourraient au fil du temps se dégrader, l'article 280, alinéa 2, du Code civil dispose également que lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'un capital dont le versement est étalé, le solde de ce capital devient immédiatement exigible. En revanche, lorsqu'elle est fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital, également immédiatement exigible³²⁸.

S'agissant de l'exception, ensuite, le nouvel article 280-1 du Code civil offre aux héritiers la possibilité de maintenir les formes et modalités de règlement de la

³²⁷ qui sont les personnes que le défunt a entendu gratifier dans son testament

³²⁸ mais retranché, selon l'article 280-2 du Code civil, des pensions de réversion éventuellement versées du chef du conjoint décédé

prestation compensatoire. Dans ce cas, cependant, ils s'obligent personnellement au paiement de la prestation, c'est-à-dire non plus seulement sur ce qu'ils perçoivent dans la succession, mais aussi sur leur patrimoine personnel. Toutefois, l'article 280-1 exige, à peine de nullité, que l'accord unanime des héritiers soit constaté par acte notarié. Les héritiers bénéficient alors de la déduction des pensions de réversion éventuellement versées ainsi que des assouplissements apportés par les lois du 30 juin 2000 et 26 mai 2004 au principe d'intangibilité de la prestation : possibilité de demander le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans, faculté de se libérer à tout moment du solde du capital ayant la forme d'une somme d'argent, possibilité de demander la substitution du capital à la rente ou encore la révision, la suspension ou la suppression de la rente.

8 - Les dommages et intérêts

Si les incidences financières du divorce sont désormais dissociées de l'attribution des torts, la loi du 26 mai 2004 ouvre cependant une action en dommages et intérêts en faveur du conjoint sur le fondement de l'article 266 du Code civil. Ce texte dispose en effet que « 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... ». Cette disposition vise à permettre au conjoint d'obtenir la réparation du préjudice résultant du divorce. Ainsi, quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à réparer le préjudice matériel ou moral que le divorce fait subir à son conjoint. A ce sujet, il convient de ne pas confondre le préjudice résultant de la dissolution du mariage de celui éprouvé à la suite de fautes commises à l'origine du divorce qui, lui, doit être réparé sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil³²⁹.

En ce qui concerne l'application de l'article 266, deux nouveautés mises en œuvre par la loi du 26 mai 2004 peuvent être relevées. En premier lieu, le conjoint de l'époux fautif n'est plus le seul à pouvoir bénéficier de cette disposition. Le législateur a, en effet, attribué ce droit à l'époux défendeur dans un divorce pour altération

³²⁹ voir ainsi, décidant que l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal peut demander réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun, Cass. civ. 1^o, 24 janv. 1990 ; comp., cassant, sur le double visa des articles 266 et 1382 du Code civil, une cour d'appel qui avait condamné le mari à des dommages et intérêts du fait de violences conjugales anciennes et répétées sans choisir expressément entre les deux fondements juridiques et sans « caractériser un préjudice résultant de la dissolution du mariage », l'épouse ayant simplement formé une demande sur le fondement de l'article 266, Cass. civ. 1^o, 14 déc. 2004

définitive du lien conjugal lorsqu'il n'a formé aucune demande en divorce. Cette mesure est justifiée par le fait que ce conjoint ne peut plus désormais invoquer la clause d'exceptionnelle dureté et bénéficier du maintien du devoir de secours³³⁰.

En second lieu, les dommages et intérêts ne visent plus à réparer les conséquences « matérielles et morales » du divorce mais les conséquences « d'une particulière gravité » que le conjoint subit.

9 - La date des effets du divorce

La loi du 26 mai 2004 a modifié la date des effets pécuniaires du divorce.

Selon l'ancien article 262-1 du Code civil, le divorce prenait effet à la date de l'assignation et il était également prévu que les conjoints, à l'exception de l'époux fautif, pouvaient, l'un ou l'autre, demander que l'effet du jugement remonte à la date où ils avaient cessé de cohabiter. A présent, la date des effets patrimoniaux du divorce diffère selon le cas de divorce que les époux ont choisi. Ainsi, s'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel, il est prévu que le divorce prenne effet à la date de l'homologation de la convention, à moins que celle-ci n'en dispose autrement. S'il s'agit, en revanche, d'un divorce contentieux, il prend effet à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Cependant, à l'occasion de l'action en divorce, l'un des époux, même déclaré fautif, est admis à demander au juge de fixer les effets du jugement à la date à laquelle a pris fin la cohabitation.

Ainsi donc, l'effet essentiel du divorce, quelle qu'en soit la cause et quels que soient les torts reprochés, est la rupture du lien conjugal qui, dans le même temps, donne aux ex-époux une liberté pour l'avenir dans leurs relations personnelles³³¹ et une responsabilité pour le passé en les obligeant à régler, le plus conventionnellement possible, leurs rapports patrimoniaux. Cependant, la dissolution du mariage ne touche pas seulement le couple mais aussi les enfants qui en sont issus, même si, en principe, les droits et devoirs des père et mère, à leur égard, subsistent.

II - Les effets du divorce pour les enfants

³³⁰ comp, antérieurement, jugeant que l'époux demandeur en divorce pour rupture de la vie commune ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, Cass. civ. 2e, 23 janv. 1980

³³¹ remariage...

Traditionnellement, une section du Code civil était consacrée aux conséquences du divorce pour les enfants. Cependant, la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, a réaménagé le plan du Code civil en créant un paragraphe unique relatif à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, quel que soit le cas de séparation. De nouvelles règles spécifiques relatives à l'exercice de l'autorité parentale et à l'exécution de l'obligation d'entretien après le divorce ont donc été mises en place et doivent, de ce fait, être évoquées.

A - L'exercice de l'autorité parentale

L'autorité parentale, que la loi du 4 mars 2002 a redéfinie, est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant qui est d'être élevé par ses deux parents, quelle que soit leur situation conjugale³³². Le divorce, comme la séparation, n'a donc en principe aucune incidence sur l'autorité parentale.

On rappellera ici brièvement que la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale se présente comme réalisant un rééquilibrage des droits des parents à l'égard du père par la réaffirmation et le renforcement de la coparentalité, ainsi que par l'édiction de mesures propres à en assurer une mise en œuvre effective³³³. La loi de 2002 relative à l'autorité parentale parachève les évolutions des réformes de 1970³³⁴, 1987 et 1993³³⁵, et intervient après celle accordant au père un congé parental. Plus précisément, elle vise à instituer un droit commun de l'autorité parentale qui ne fasse plus de différence entre les enfants selon les circonstances de leur naissance ni entre les parents selon leur statut. Ainsi l'article 372 du Code civil dispose-t-il désormais que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale » sans plus faire aucune allusion à la qualité de l'enfant, et l'article 373-2, déjà évoqué, rend en principe sans effet sur l'exercice de l'autorité parentale la séparation des parents. A cet égard, la loi nouvelle s'inspire largement des conclusions du groupe de réflexion chargé de proposer des modifications du droit de la famille puisque, dans son rapport remis au garde des Sceaux, il était préconisé « l'instauration de règles posant le principe d'un exercice commun de l'autorité parentale quels que soient les aléas de la vie du couple - juridiquement, la séparation

³³² mariés, divorcés, séparés ou concubins

³³³ comp., également dans le sens d'une plus grande égalité, la loi du même jour relative au nom de famille qui, elle, tend à un rééquilibrage des droits des parents à l'égard de la mère en permettant à celle-ci de transmettre son nom à ses enfants, soit seul, soit couplé avec celui du père

³³⁴ autorité parentale

³³⁵ autorité parentale conjointe

ne doit plus apparaître comme une coupure dans l'exercice de l'autorité parentale, mais comme une simple donnée rendant nécessaire un aménagement des modalités d'exercice de celles-ci ». Aussi bien la référence à la « résidence habituelle » de l'enfant introduite en 1987 comme devant être désignée par le juge est-elle supprimée, et la résidence alternée est expressément reconnue comme mode d'exercice de l'autorité parentale.

Il faut dire que la « résidence habituelle » faisait apparaître l'un des parents comme « principal » au détriment de l'autre, conçu comme « secondaire »

Sans doute est-il tout de même quelque peu illusoire de croire que le divorce ou la séparation, de droit ou de fait, ne bouleverse pas la situation personnelle des enfants. Néanmoins, il est prévu que les père et mère qui exerçaient en commun l'autorité parentale durant le mariage continuent à le faire après la séparation. Les parents divorcés ou séparés sont ainsi libres d'organiser eux-mêmes les modalités de l'exercice commun de l'autorité parentale à condition de respecter l'intérêt de l'enfant et les droits et les obligations inhérents à cet exercice. Le juge n'intervient alors qu'à défaut d'accord parental ou lorsqu'il apparaît, après enquête sociale ou audition de l'enfant mineur que l'intérêt de ce dernier est menacé. Ce qui peut, dans ce cas, conduire le juge à laisser à un seul parent l'exercice de l'autorité parentale voire, exceptionnellement, à confier l'enfant à un tiers.

1 - L'exercice en commun

La première disposition du nouveau paragraphe consacré à l'exercice de l'autorité parentale rappelle le principe de l'exercice en commun, déjà en vigueur antérieurement. Ainsi, chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Le juge doit avoir recueilli leur avis et indique, à défaut d'accord des époux sur ce point, le parent au domicile duquel l'enfant aura sa résidence. A ce propos, la loi du 4 mars 2002 innove puisque, comme on l'a dit plus haut, elle autorise la résidence alternée de l'enfant chez l'un et l'autre des parents.

En vertu de cet exercice commun, les parents restent administrateurs légaux des biens de l'enfant, bénéficiant ainsi du droit de jouissance légale. A l'égard des tiers, enfin, il est prévu que chacun des époux est réputé avoir agi avec le consentement de l'autre lorsqu'il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relatif à

la personne de l'enfant comme, par exemple, l'inscription dans un établissement scolaire.

2 - L'exercice par un parent

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut déroger au principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale en décidant que celle-ci sera exercée unilatéralement par un seul des parents. L'article 373-2-1 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002, reprend sur ce point les dispositions de l'ancien article 287, issu de la loi du 8 janvier 1993. La jurisprudence impose cependant au juge de motiver sa décision³³⁶.

La réforme opérée par la loi de 2002 ne modifie pas les droits, très réduits, du parent qui est privé de l'exercice de l'autorité parentale. Celui-ci conserve ainsi le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit, en outre, être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale bénéficie, enfin, d'un droit de visite et d'un droit d'hébergement de l'enfant³³⁷ selon un calendrier fixé à l'avance par le juge.

3 - L'enfant confié à un tiers

A titre exceptionnel, et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge peut décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans la famille ou, à défaut, dans un établissement d'éducation. La personne à qui l'enfant est confié a alors le pouvoir d'accomplir tous les actes usuels relatifs à l'éducation et à la surveillance de l'enfant. Les décisions plus importantes restent, quant à elles, prises par les père et mère. En cas de conflit entre le tiers et les parents, il reviendra alors au juge aux affaires familiales de trancher dans l'intérêt de l'enfant.

B - L'exécution de l'obligation d'entretien

Chaque parent doit contribuer, en vertu de l'article 371-2 du Code civil, à l'entretien et à l'éducation des enfants, proportionnellement à ses revenus, aux ressources de l'autre parent et aux besoins de l'enfant. En cas de séparation ou de divorce, les parents restent tenus d'exécuter l'obligation d'entretien, qu'ils exercent l'autorité parentale en commun ou non.

³³⁶ Cass. civ. 2^e, 2 avril 1996

³³⁷ sauf motifs graves, notamment dans des cas de maltraitance

Ainsi, le parent qui exerce l'autorité parentale ou, en cas d'exercice commun, celui chez lequel l'enfant réside, participe à l'entretien de manière continue. En revanche, celui qui n'exerce pas l'autorité parentale ou chez lequel l'enfant ne réside pas doit continuer à contribuer à son entretien.

L'exécution de cette obligation prend alors la forme d'une pension alimentaire ou, éventuellement, d'un capital qui sera versé au parent chez lequel l'enfant vit ou à la personne à laquelle il a été confié. Les parents peuvent fixer le montant de la contribution dans la convention qu'homologue le juge. A défaut d'accord parental, c'est alors le juge qui fixe lui-même ce montant. Il convient, à ce sujet, de noter que les conventions entre époux et les décisions du juge relatives à l'obligation d'entretien peuvent être soumises à révision. En outre, il faut rappeler que l'obligation d'entretien ne cesse pas nécessairement à la majorité de l'enfant, particulièrement lorsqu'il n'est pas en état de subvenir lui-même à ses besoins. Cette solution était déjà prévue par l'article 295 du Code civil, relatif aux conséquences du divorce pour les enfants, et largement admise par la jurisprudence. Désormais, cette règle appartient au droit commun de l'autorité parentale tel que l'a édicté la loi du 4 mars 2002. Enfin, le caractère alimentaire de l'obligation d'entretien appelle, lorsqu'elle n'est pas exécutée, des sanctions civiles et pénales en cas d'abandon de famille.

Au final, il faut retenir de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce deux enseignements. Le premier, tout d'abord, est qu'elle instaure au profit des époux qui ne s'entendent plus une véritable liberté de divorcer, tout en maintenant toutefois l'obligation de recourir au juge aux affaires familiales. Le maintien de la pluralité des cas de divorce, la simplification des procédures et les possibilités offertes aux époux d'adapter les demandes en cours d'instance constituent les principaux fondements de l'édifice nouvellement mis en place. Le second enseignement, ensuite, est que les époux sont désormais plus accompagnés dans l'organisation des conséquences de leur séparation, tant sur le plan financier que sur le plan personnel, notamment s'agissant des relations qu'ils entretiennent avec leurs enfants. La loi du 26 mai 2004 accentue donc les principes de protection et de responsabilité, indispensables à un traitement conventionnel et juste du divorce et aussi, nous allons le voir, de la séparation de corps.

Sous-section 2 - La séparation de corps

La mésentente conjugale n'aboutit pas nécessairement à un divorce. Les époux peuvent, en effet, décider d'être dispensés de vie commune et séparés de biens par une décision judiciaire qu'est la séparation de corps. Celle-ci se distingue donc du divorce en ce qu'elle ne provoque pas la dissolution du lien conjugal mais seulement un relâchement. Pour cette raison, cette forme de séparation a longtemps été présentée comme le « divorce des catholiques » dans la mesure où elle ne porte pas atteinte au dogme de l'indissolubilité du mariage. Aujourd'hui, la séparation de corps peut être convertie en divorce. Elle est donc plutôt conçue comme une étape intermédiaire.

Bien que peu utilisée³³⁸, la séparation de corps a non seulement été maintenue par la loi du 26 mai 2004, mais aussi aménagée, notamment en ce qui concerne la pluralité de ses cas, sa procédure, ses effets et, enfin, sa cessation.

§ 1 - Les cas et la procédure de séparation de corps

Les causes du prononcé d'une séparation de corps ne diffèrent pas des cas de divorce. La séparation de corps peut ainsi être demandée soit par un époux³³⁹, soit par le consentement mutuel des conjoints³⁴⁰. La similarité des causes d'ouverture explique donc que la procédure de la séparation de corps soit pratiquement identique à celle du divorce. La loi du 26 mai 2004 distingue cependant les demandes reconventionnelles des demandes concurrentes.

L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. De même, l'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce.

La loi du 26 mai 2004 prévoit également que lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine tout d'abord la demande en divorce et le prononce si les conditions pour le faire sont réunies. A défaut, il statue alors sur la demande en séparation de corps. En outre, lorsque ces demandes sont fondées sur l'existence d'une faute, le juge les examine dans le même temps et, s'il décide de les accueillir, prononce à l'égard des deux époux un divorce aux torts partagés.

³³⁸ moins de 5 000 cas par an

³³⁹ demande acceptée, altération définitive du lien conjugal et faute

³⁴⁰ demande conjointe

§ 2 - Les effets de la séparation de corps

Certains effets de la séparation de corps sont identiques à ceux produits par un divorce³⁴¹. Pour le reste, les effets de la séparation de corps diffèrent et restent très particuliers tant dans les relations personnelles des époux que dans leurs rapports patrimoniaux.

I - Les effets personnels

Comme le rappelle l'article 299 du Code civil, la séparation de corps ne dissout pas le mariage - ce qui signifie qu'un certain nombre d'obligations conjugales, notamment l'obligation de fidélité et le devoir de secours, subsistent-, mais « elle met fin au devoir de cohabitation ». La première conséquence de la séparation de corps est donc que les époux ne sont pas admis à se remarier puisque le lien conjugal n'est que relâché et non dissous. Le mariage subsistant, chacun des époux est alors en droit d'user du nom de l'autre, à moins que le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur ne le lui interdise, compte tenu des intérêts respectifs des conjoints.

II - Les effets patrimoniaux

Dans les rapports patrimoniaux entre les époux, la séparation de corps entraîne dans le même temps la séparation des biens. De sorte que si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, il lui est automatiquement substitué un régime séparatiste ; les biens communs sont alors partagés. Par ailleurs, la contribution aux charges du mariage disparaît pour être remplacée par le devoir de secours dû au conjoint dans le besoin, sans considération des torts, et fixé par le jugement de séparation de corps ou par un jugement postérieur. Il faut, en outre, rappeler que, selon une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004 mais qui devrait selon toute vraisemblance être maintenue, l'article 266 du Code civil, permettant d'accorder à un époux des dommages et intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage, est applicable à la séparation de corps³⁴².

§ 3 - La fin de la séparation de corps

³⁴¹ conséquences de la séparation à l'égard des enfants, sort des donations et avantages matrimoniaux, dommages et intérêts accordés à l'époux en réparation du préjudice subi du fait de la séparation

³⁴² Cass. civ. 2e, 22 mai 1979

La séparation de corps cesse au moment de la reprise de la vie commune, au décès de l'un des époux ou lorsqu'elle est convertie en un divorce.

I - La reprise de la vie commune

La séparation de corps peut cesser si les époux décident ensemble de reprendre une vie commune. Le relâchement du lien conjugal n'a, en effet, plus lieu d'être dès lors que les époux se sont réconciliés. La séparation de corps disparaît donc, sans formalités particulières, et ses effets vont alors s'éteindre, à l'exception de la séparation des biens qui demeure. Certaines conditions sont toutefois exigées pour que la réconciliation des conjoints soit opposable aux tiers. La reprise de la communauté de vie doit ainsi être constatée par un acte notarié. A défaut, elle doit faire l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil.

II - Le décès d'un époux

En cas de décès de l'un des époux, la séparation de corps prend fin et le mariage se dissout. L'époux survivant peut alors invoquer sa qualité d'héritier³⁴³. A ce sujet, le conjoint survivant, depuis la loi du 26 mai 2004, n'est plus privé de sa vocation successorale lorsque la séparation de corps est prononcée, pour faute, à ses torts exclusifs. En revanche, lorsque la séparation de corps est prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent insérer dans leur convention une clause portant renonciation aux droits successoraux. Il y a là, il faut bien le noter, une véritable exception au principe de la prohibition des pactes sur succession future³⁴⁴.

III - La conversion de la séparation de corps en divorce

La séparation de corps peut se convertir en divorce. Ainsi, le jugement de séparation de corps est de plein droit converti en jugement de divorce lorsque la séparation de corps a duré deux ans. Le divorce peut être demandé par n'importe quel époux, même par celui ayant demandé la séparation de corps. Il existe toutefois un cas dans lequel la demande de conversion nécessite l'accord des deux conjoints : celui du divorce par consentement mutuel.

³⁴³ à moins que le défunt ne l'ait exclu par testament

³⁴⁴ le pacte sur succession future étant, rappelons-le, un pacte portant sur une succession non encore ouverte, c'est-à-dire sur la succession d'une personne vivante. Le principe de la prohibition de tels pactes est énoncé à l'art. 1130, al. 2, du C. civ. : « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit »

S'agissant des effets de la conversion, la cause de la séparation de corps devient la cause du divorce et l'attribution des torts n'est pas modifiée. Le lien conjugal est également dissous, laissant aux ex-époux la liberté de se remarier.

En définitive, la loi du 26 mai 2004 est venue fortement bouleverser le droit du divorce et de la séparation de corps par un grand nombre d'innovations destinées à simplifier les procédures et, surtout, à pacifier les rapports personnels et patrimoniaux des époux qui ne s'entendent plus.

Un droit à la dissolution et au relâchement du lien conjugal est donc instauré. Il ne reste alors plus qu'à savoir si cette réforme recueillera l'adhésion des époux et des professionnels qui les entourent ou, au contraire, leur désapprobation.

CHAPITRE II

LA NATURE INSTITUTIONNELLE DU MARIAGE AU NIVEAU DE SES EFFETS

La nature institutionnelle du mariage au stade de ses effets se révèle évidente lorsqu'on observe qu'en la matière, l'accord des intéressés fait naître, non point des obligations d'une nature patrimoniale et, par là, librement déterminées en vertu du grand principe de l'autonomie de la volonté, mais des relations familiales soumises à des règles impérativement fixées par le législateur.

Cette remarque, parfois contestée à propos des rapports d'ordre pécuniaire des époux apparaît toujours admise du chef des relations d'ordre personnel entre ces derniers.

Section 1 – Les relations d'ordre pécuniaire entre les conjoints

La communauté de vie implique une communauté d'intérêts patrimoniaux et pécuniaires. Le Code civil impose à chaque couple marié de se soumettre à un régime matrimonial, c'est-à-dire un ensemble de règles qui régissent les biens et les dettes des époux. Les époux ont en principe la liberté de choisir leur régime matrimonial dans un contrat de mariage. Il en existe deux sortes : les régimes de type séparatiste, comme la séparation de biens ; les régimes de type communautaire, tels que la communauté universelle. S'ils ne procèdent pas expressément à un tel choix, un régime supplétif leur est applicable, le régime de la communauté réduite aux acquêts, qui est celui de la très grande majorité des couples.

Outre un régime matrimonial, propre à chaque couple, le Code civil impose un régime applicable à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial, que l'on appelle régime primaire. C'est un régime impératif, auquel les époux ne peuvent donc pas déroger par une convention particulière. Issues de la loi du 13 juillet 1965, ces règles ont pour objectif d'imposer aux époux certaines valeurs, qui semblent aujourd'hui aller de soi mais qui étaient nouvelles à l'époque : l'égalité entre les époux, mais également leur indépendance. Sans entrer dans le détail de ce régime primaire, il convient d'en exposer les grandes lignes.

Sous-section 1 - Les devoirs mutuels

L'article 212 du Code civil met à la charge mutuelle des époux un devoir de secours, tandis que l'article 214 leur impose de contribuer aux charges du mariage. Avec le devoir d'assistance, ces deux obligations d'ordre pécuniaire forment l'ensemble des devoirs d'entraide. Classiquement, on explique que le secours et la contribution aux charges du mariage constituent deux devoirs distincts. L'évolution de la jurisprudence conduit toutefois à un rapprochement sensible entre eux, sinon à une confusion.

§ 1 - La distinction des devoirs

Le devoir de secours, prévu à l'article 212, est un devoir de nature alimentaire dont l'objet est de fournir à l'époux démuné de ressources ce dont il a besoin pour vivre décemment. C'est un devoir dont on enseigne traditionnellement, et à juste titre, qu'il ne nécessite pas l'existence d'une communauté de vie entre les époux pour pouvoir être exercé. Ainsi, en cas de séparation de fait ou de séparation judiciaire³⁴⁵, l'un des époux peut être amené à fournir des aliments, sous forme d'une pension alimentaire, à son conjoint s'il se trouve dans le besoin. En revanche, lorsque les époux vivent ensemble, on dit qu'il est masqué par le devoir de contribution aux charges du mariage dont l'objet est plus large.

L'article 214 du Code civil prévoit l'obligation pour chaque époux de contribuer aux charges du mariage. L'objet du devoir de contribuer aux charges du mariage est plus large que celui du devoir de secours, puisqu'il comprend, outre les aliments, l'entretien des enfants et toutes les dépenses de pur agrément : au total, les frais de nourriture, de vêtements, de logement³⁴⁶, de scolarité, de transport, de loisir, mais aussi les dépenses en capital telles que l'acquisition de l'immeuble devant servir au logement de la famille. L'article 214 précise que les époux doivent contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives, à moins qu'ils en aient décidé autrement dans une convention matrimoniale³⁴⁷. Il semble toutefois que les époux ne pourraient pas convenir que l'un d'entre eux serait totalement déchargé de ce devoir. Lorsque l'un des époux n'a pas de revenus, il peut remplir son obligation par une contribution en nature, notamment en réalisant des tâches ménagères ou en collaborant à l'activité professionnelle de son conjoint.

³⁴⁵ séparation de corps ou instance en divorce

³⁴⁶ eau, gaz, électricité, téléphone, ameublement, loyer

³⁴⁷ Un tel règlement peut figurer dans tout accord, même en dehors d'un contrat de mariage. Cass.1° civ, 3 février 1987

§ 2 - Le rapprochement des devoirs

Un premier facteur de rapprochement tient à ce que la jurisprudence décide de manière constante que le devoir de contribution aux charges du mariage subsiste entre les époux même en cas de séparation³⁴⁸. Or, c'est la séparation qui fait apparaître le devoir de secours. Cette solution a un impact direct sur la modalité d'exécution du devoir de contribution : tout comme pour le devoir de secours, un seul époux en est débiteur à l'égard de l'autre. Ils prennent l'un et l'autre la forme d'une pension alimentaire.

Le maintien du devoir de contribution connaît cependant une limite. Les juges se prononcent en tenant compte des circonstances de la cause³⁴⁹. La formule signifie que les juges doivent examiner à qui incombent les torts de la rupture. Si l'époux abandonnant avait une raison légitime de rompre la communauté de vie, il peut bénéficier d'une pension alimentaire. Dans le cas contraire, elle lui est refusée. C'est au défendeur, celui qui prétend ne rien devoir, qu'incombe la charge de prouver l'existence d'une cause le dispensant de la contribution³⁵⁰. Cette solution semble s'étendre au devoir de secours.

Un autre facteur de rapprochement réside dans le mode d'évaluation de la pension alimentaire fondée sur le devoir de secours : la Cour de cassation n'hésite pas à décider que, pour fixer le montant de la pension alimentaire, il doit être tenu compte du niveau d'existence auquel l'époux créancier peut prétendre en raison des facultés de son conjoint³⁵¹. Il peut donc obtenir plus qu'un simple minimum vital.

Les mêmes sanctions, enfin, frappent celui qui n'exécute pas le devoir de secours ou le devoir de contribution aux charges du mariage.

L'exécution forcée peut en être assurée, après obtention d'un jugement de condamnation, par la procédure de paiement direct ou par la procédure de recouvrement public, offertes aux créanciers d'aliments. Au pénal, le débiteur défaillant est passible des peines sanctionnant l'abandon de famille³⁵².

Sous-section 2 - La cogestion

³⁴⁸ Cass. 1^o civ, 6 janvier 1981

³⁴⁹ Cass. 1^o civ, 8 mai 1979

³⁵⁰ Cass. 1^o civ, 15 décembre 1985

³⁵¹ Cass. 2e civ., 7 mai 1980

³⁵² C. pén. art. 227-3

Le logement de la famille est un bien d'une importance primordiale. Il est souvent le seul bien dont les époux sont propriétaires et, même si ce n'est pas le cas, il reçoit une affectation particulière, celui de loger la famille. Il s'agit de s'assurer qu'il existe un lieu où les époux puissent exercer leur devoir de communauté de vie et, au-delà, y abriter toute la famille. Afin de protéger ce bien contre les agissements inconsidérés d'un époux, le législateur a inscrit à l'article 215, alinéa 3 du Code civil une règle de cogestion du logement.

L'article 215, alinéa 3 énonce 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 ». Le texte édicté une règle d'indisponibilité relative, en ce sens que les époux n'ont pas l'interdiction de disposer des droits mais ils doivent le faire ensemble.

Est protégé le local qui sert exclusivement de résidence principale aux époux. Sont exclus les résidences secondaires ainsi que les locaux à usage mixte³⁵³. Sont également soumis à la cogestion les meubles meublants, c'est-à-dire les meubles qui garnissent le logement.

Les droits indisponibles sont tous ceux qui permettent aux époux de jouir du logement familial³⁵⁴, principalement le droit au bail ou le droit de propriété. Il peut s'agir également d'un usufruit, d'un droit d'usage et d'habitation, d'un prêt, etc.

Les actes qu'un époux ne peut accomplir seul sont tous ceux qui font perdre ou risquent de faire perdre la jouissance du logement. Ainsi, si le logement est assuré par un bail, l'époux titulaire du bail ne peut le résilier sans l'accord de l'autre. Si les époux sont propriétaires ensemble du logement, il va de soi qu'ils ne peuvent le vendre l'un sans l'autre. Cette solution est cependant la même si un époux en est propriétaire exclusif : il ne peut vendre l'immeuble, ni constituer une hypothèque dessus, ni en faire donation, ni le donner à bail à un tiers³⁵⁵ sans l'accord du conjoint. En revanche, il peut le léguer seul dans la mesure où le testament ne prendra effet qu'au décès de son auteur, donc au moment où le mariage prend fin³⁵⁶. Si un époux contrevient à cette règle de cogestion, son conjoint peut demander l'annulation de

³⁵³ habitation et profession

³⁵⁴ ainsi que des meubles meublants

³⁵⁵ Cass. 1^o civ, 16 mai 2000

³⁵⁶ Cass. 1^o civ, 22 octobre 1974. La loi du 3 décembre 2001 protège le conjoint survivant en lui accordant un droit temporaire sur le logement d'une durée d'un an (C. civ, art. 763), ainsi qu'un droit d'usage viager (art. 764), s'il le souhaite, qui vient s'imputer sur sa part dans la succession du défunt.

l'acte pendant un an à partir du jour où il en a eu connaissance, sans jamais pouvoir agir plus d'un an après la dissolution du régime matrimonial.

La jurisprudence constante de la Cour de cassation décide que l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne rend pas le logement de la famille insaisissable. Autrement dit, un époux peut engager le logement de la famille, qu'il constitue l'un de ses biens personnels ou un bien commun, par une dette qu'il a contractée sans l'accord du conjoint. En particulier, le cautionnement consenti par un époux pour garantir la dette d'un tiers permet au créancier de saisir le logement³⁵⁷. Cependant, si les époux sont mariés sous un régime de communauté, l'article 1415 du Code civil énonce qu'un époux seul n'engage que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt. Par conséquent, si le logement est un bien commun, il n'est engagé qu'avec l'accord du conjoint.

L'article 1751 du Code civil, qui fait partie du régime primaire en ce sens qu'il s'applique à tous les époux, prévoit que les époux sont cotitulaires du bail qui porte sur le local leur servant d'habitation, même si un seul des époux est partie au contrat. Cette cotitularité a pour conséquence qu'un des époux ne peut résilier le bail sans l'accord de l'autre. Par ailleurs, en cas de décès de l'un des époux, le bail continue au profit du conjoint survivant. Le texte est en partie redondant par rapport à l'article 215, alinéa 3. Son domaine d'application est cependant plus large : il s'applique non seulement au local à usage exclusif d'habitation mais aussi au local à usage mixte, c'est à dire à usage à la fois d'habitation et professionnel.

Sous-section 3 - L'indépendance

C'est dans cet ensemble de règles que se manifestent le plus clairement les deux idées qui ont guidé le législateur en 1965 : l'égalité entre le mari et la femme ; l'indépendance de chaque époux par rapport à l'autre. Ces deux principes se combinent : chaque époux reçoit à égalité le pouvoir de faire un certain nombre d'actes seul, sans avoir à faire la démonstration auprès des tiers qu'il a reçu autorisation d'agir de la part de son conjoint. Cette égalité dans l'indépendance correspond à une conception nouvelle du mariage et plus largement de la famille.

§ 1 - L'indépendance ménagère

³⁵⁷ Cass. 1^o civ, 4 juillet 1978

Selon l'article 220, alinéa 1er du Code civil, « chaque époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ». Ce pouvoir légal de chaque époux de contracter des dettes ménagères remplace l'ancien mandat domestique que la femme était censée avoir reçu de son mari, à une époque où, étant considérée comme une incapable, elle devait néanmoins s'acquitter des dépenses ménagères. Les dettes ménagères correspondent aux dépenses courantes qui concernent la vie du ménage : en sont exclues les dettes professionnelles, ainsi que les dépenses d'investissement. Elles comprennent les dépenses de nourriture, d'habillement, de santé, de fonctionnement de la maison³⁵⁸, de loyer, de voiture, mais encore les dépenses de loisir, de vacances. Il faut y ajouter les dépenses d'éducation de l'enfant. La jurisprudence a eu par ailleurs l'occasion de préciser que les dettes ménagères, quoi qu'en dise l'article 220, n'ont pas forcément pour source un contrat³⁵⁹.

L'article 220, alinéa 1er ajoute que les dettes ménagères sont solidaires. La règle signifie que le créancier d'une dette ménagère peut demander paiement intégral non seulement à l'époux qui a fait naître la dette mais également à son conjoint, même si celui-ci n'a pas participé à sa naissance. Si les époux ne paient pas spontanément, le créancier peut poursuivre tous les biens des époux. Il s'agit d'une solidarité légale, il n'est donc pas nécessaire qu'elle soit stipulée dans un contrat. Cette règle, qui a pour effet de renforcer le crédit des ménages auprès des créanciers, traduit sur un plan pécuniaire la solidarité morale et sociale qui existe entre les époux pour des dépenses qui concernent la vie commune et quotidienne. C'est pourquoi certains auteurs voient dans cette règle un pouvoir d'esprit communautaire.

Le texte établit des exceptions à la solidarité : toutes les dettes solidaires ne sont pas ménagères. Il en va ainsi pour « des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant »³⁶⁰. Il en va de même pour les achats à tempérament ou pour les emprunts³⁶¹.

La solidarité est toutefois retrouvée pour les emprunts qui portent sur des sommes modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante. Elle s'applique

³⁵⁸ eau, électricité, gaz, ameublement, etc.

³⁵⁹ cotisation de retraite, d'assurance maladie

³⁶⁰ art. 220, al. 2

³⁶¹ art. 220, al. 3

également aux achats à tempérament et aux emprunts s'ils ont été conclus par les deux époux.

§ 2 - L'indépendance patrimoniale

Il faut distinguer, ici, les pouvoirs réels des présomptions de pouvoir.

I - Les pouvoirs réels

L'article 225 du Code civil dispose que « chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ». Il s'agit d'une règle de gestion exclusive qui interdit à tout époux de s'immiscer dans la gestion des biens personnels du conjoint. Cette règle conforte celle que prévoit l'article 1428 pour les biens propres dans le régime de communauté légale et celle de l'article 1536, alinéa 1er pour le régime de séparation de biens. Toute clause contraire insérée dans un contrat de mariage serait nulle.

II - Les présomptions de pouvoir

La loi du 13 juillet 1965 a édicté des présomptions de pouvoir qui permettent à chaque époux d'agir auprès des tiers sans avoir à justifier de la réalité de son pouvoir. Il faut comprendre qu'en 1965 la règle profitait principalement à la femme mariée, puisque le mari avait toujours bénéficié de tous les pouvoirs pour agir. Ces présomptions ont parfois pour effet d'étendre le pouvoir des époux à l'égard des tiers, car la présomption ne correspond pas toujours à la réalité³⁶².

Elles permettent toutefois de rassurer les tiers contractants, car l'acte passé par un époux seul, quand bien même il n'en avait pas en réalité le pouvoir, ne peut être remis en cause. Les présomptions sont au nombre de deux.

L'article 222 du Code civil établit une présomption de pouvoir relative aux meubles : si un époux se présente auprès d'un tiers pour accomplir un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un meuble qu'il détient individuellement, il est réputé avoir le pouvoir de faire seul cet acte, c'est-à-dire sans l'accord du conjoint. Le texte écarte toutefois la présomption à l'égard des tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire qui savent que l'époux contractant n'a pas ce pouvoir. Elle est également écartée pour les meubles meublants qui garnissent le logement de la

³⁶² ex. : un époux vend un meuble appartenant à son conjoint

famille, ainsi que pour les meubles dont la nature fait présumer la propriété du conjoint³⁶³.

L'article 221 contient deux règles. La première est une règle de fond : chaque époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt ou de titres en son nom personnel.

La seconde édicte une présomption, sorte d'application spéciale de la présomption mobilière : l'époux qui dépose des fonds ou des titres sur son compte est présumé en avoir la libre disposition à l'égard du dépositaire³⁶⁴. Il peut donc non seulement déposer les fonds, mais aussi les retirer, tirer un chèque sur son compte, sans qu'aucune justification ne puisse être demandée par le dépositaire. Le texte précise que la présomption joue même après la dissolution du mariage, règle qui a pour but de protéger le conjoint survivant lorsque le mariage est dissous par décès : les comptes ne peuvent être bloqués par des héritiers qui prétendraient qu'ils sont alimentés par des fonds ou des titres appartenant au défunt.

La présomption bancaire s'avère un outil précieux pour l'indépendance des époux et constitue un préalable indispensable à l'indépendance professionnelle.

§ 3 - L'indépendance professionnelle

L'indépendance des époux l'un par rapport à l'autre ne peut vraiment exister sans l'indépendance professionnelle, source principale de revenus. Le premier aspect en est la liberté pour les deux époux d'exercer une profession. Jusqu'en 1938, la femme mariée devait demander l'autorisation au mari. A partir de la loi du 18 février 1938, l'autorisation ne fut plus nécessaire mais le mari conserva la possibilité de s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme. La loi de 1965 a affirmé la liberté totale pour la femme mariée d'exercer une profession et la loi du 23 décembre 1985 a bilatéralisé la règle : « chaque époux peut librement exercer une profession »³⁶⁵. La liberté réside bien sûr dans le choix de la profession, mais également dans le choix d'exercer ou de ne pas exercer une profession. Il est vrai que chaque époux doit contribuer aux charges du mariage mais cette contribution peut prendre une forme autre qu'une participation pécuniaire.

³⁶³ comme les instruments de travail ou les vêtements

³⁶⁴ le plus souvent la banque

³⁶⁵ art. 223

Le second aspect de l'indépendance professionnelle concerne les revenus de cette activité : l'article 223 affirme que chaque époux est libre de percevoir ses gains et salaires, mais aussi d'en disposer. Cette solution est particulière dans la mesure où les revenus des époux sont qualifiés de biens communs dans le régime de la communauté légale. L'article 223 les soumet pourtant à un régime de gestion exclusive, indispensable pour assurer l'autonomie des époux. Une limite s'impose cependant : ce n'est qu'après avoir contribué aux charges du mariage que l'époux se trouve investi de sa liberté de gestion.

§ 4 - Les mesures de crise

La vie d'un couple marié n'est pas sans connaître des vicissitudes plus ou moins dramatiques, et plus ou moins durables : maladie, désaccord profond, emprisonnement, absence, etc. La gestion des biens des époux risque de s'en trouver affectée. C'est pourquoi le législateur a prévu la possibilité pour l'un ou l'autre époux de saisir le juge afin d'obtenir des mesures qui modifient les règles de pouvoir issues du régime primaire ou du régime matrimonial. Il convient seulement de les signaler, leur pleine compréhension impliquant une connaissance précise des régimes matrimoniaux. Elles sont de deux ordres : tantôt elles restreignent les pouvoirs d'un époux, tantôt elles les accroissent.

L'article 220-1 du Code civil prévoit l'hypothèse où 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, à la demande du conjoint, prendre toutes les mesures urgentes - et provisoires - que requièrent ces intérêts. Il peut notamment interdire à l'époux fautif de faire des actes sans l'accord de l'autre, non seulement sur les biens communs, mais également sur ses biens propres³⁶⁶. Il peut également lui interdire de déplacer des meubles. Il s'agit donc de faire obstacle aux abus de pouvoir ou à la dilapidation des biens commis par un époux.

Par ailleurs, l'article 220-1, alinéa 3 issu de la loi du 26 mai 2004, permet au juge aux affaires familiales d'organiser la séparation des époux lorsque les violences exercées par l'un d'eux mettent en danger son conjoint ou un enfant.

L'article 219 envisage l'hypothèse où l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, à cause de l'éloignement, de l'absence ou encore de la

³⁶⁶ alinéa 2

maladie. Son conjoint peut se faire habilitier par le juge des tutelles³⁶⁷ à le représenter pour accomplir des actes d'administration ou de disposition sur ses biens propres ou même sur les biens communs soumis à sa gestion exclusive³⁶⁸. L'acte accompli par le conjoint n'engage que l'époux défaillant.

L'article 217 du Code civil concerne deux situations de crise différentes : celle où un conjoint est hors d'état de manifester sa volonté et celle où un conjoint oppose à la conclusion d'un acte un refus qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. Dans les deux cas, un époux souhaiterait consentir un acte qui nécessite l'accord du conjoint défaillant, par exemple la vente du logement de la famille, acte de disposition soumis à cogestion selon l'article 215, alinéa 3. L'absence de consentement du conjoint peut être suppléée par une autorisation judiciaire. Il faut cependant préciser que l'époux ne peut demander l'autorisation de faire un acte dont l'initiative n'appartiendrait qu'à l'autre. Ainsi, s'il est propriétaire du logement de la famille, il peut demander l'autorisation. En revanche, si c'est le conjoint le propriétaire, alors l'époux ne peut agir.

Le juge compétent est le juge des tutelles si le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, le tribunal de grande instance s'il oppose son refus³⁶⁹. Si le juge donne l'autorisation à l'époux demandeur, celui-ci peut accomplir l'acte en son nom, sans engager son conjoint auquel l'acte sera seulement opposable.

³⁶⁷ NCPC, art. 1286, al. 2

³⁶⁸ comme ses revenus ou ses instruments de travail

³⁶⁹ NCPC, art. 1286

Section 2 – Les relations d'ordre personnel entre les époux

Ces relations sont de trois ordres.

Sous-section 1 - Les signes extérieurs de l'union des époux

Le mariage crée un lien unique entre les époux qui diffère de celui qui résulte de la parenté, mais qui n'en constitue pas moins un lien de famille, que l'on ne retrouve pas dans les couples non mariés, par lequel chaque époux entre dans la famille de l'autre et dont le principal effet est d'ordre successoral. En effet, les époux sont héritiers l'un de l'autre, ce que ne sont ni les concubins ni les partenaires. La loi du 3 décembre 2001 a d'ailleurs assuré la promotion du conjoint survivant en le faisant hériter en concurrence avec les enfants du défunt. Le lien conjugal permet à chaque époux d'acquérir la nationalité de l'autre, du moins à l'époux étranger d'acquérir la nationalité du conjoint français³⁷⁰.

Certains signes extérieurs permettent aux époux de faire connaître l'existence de ce lien particulier qui les unit : le nom avant tout, et dans une moindre mesure le domicile.

L'usage du nom de son mari par la femme mariée est une coutume ancienne. Il n'existe en effet aucun texte de loi qui impose à l'épouse de porter le nom du mari. D'ailleurs, la portée de cette coutume a changé avec le temps. Au XIXe siècle, il était admis que la femme mariée perdait son nom patronymique et se trouvait donc obligée de porter le nom de son mari.

Aujourd'hui, la femme mariée ne perd plus son nom de jeune fille. La solution résulte très clairement de l'article 264 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004 : « A la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint ». La règle signifie que, pour la femme mariée, le nom de son conjoint n'est qu'un nom d'usage, un nom dont elle n'est pas titulaire et qu'elle ne pourrait transmettre à ses enfants. Implicitement, on comprend également que cet usage n'est plus un devoir mais un droit auquel le mari ne peut s'opposer mais qui est opposable aux tiers. La femme mariée peut choisir de conserver l'usage exclusif de son nom, de porter le nom de son mari ou encore d'accoler celui-ci au sien.

Ce qui est souvent ignoré, c'est que le mari également peut porter à titre d'usage le nom de son épouse. Là encore, la solution résulte implicitement de l'article

³⁷⁰ C. civ, art. 21-1 s.

264 du Code civil. Mais une circulaire du 26 juin 1986 a précisé que le mari bénéficie d'une moins grande liberté que la femme : il ne peut pas utiliser le nom de son épouse seul, il ne peut que l'adjoindre au sien.

Jusqu'en 1975, l'unité du couple se traduisait par une unité de domicile³⁷¹. L'ancien article 108 du Code civil disposait que la femme n'avait pas d'autre domicile que celui de son mari. La communauté de domicile, au-delà de la communauté de vie, traduit l'union des époux puisqu'elle signifie que la localisation juridique du mari et de la femme se fait au même lieu. La loi du 11 juillet 1975, au nom peut-être d'une égalité mal venue, a supprimé la prépondérance du mari et du même coup l'unité de domicile : « Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct... ». Mais le texte poursuit en énonçant que les époux ne doivent pas porter atteinte aux règles relatives à la communauté de vie, consacrant ainsi la dissociation entre la notion de domicile et celle de résidence³⁷².

Sous-section 2 - Les missions conjointes

Selon l'article 213 du Code civil : « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille ». La rédaction du texte résulte de la loi du 4 juin 1970 qui a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale. A l'origine, l'article 213 instaurait la puissance maritale : la femme devait obéissance au mari et le mari lui devait protection. La puissance maritale a disparu avec la loi du 18 février 1938 qui avait cependant maintenu le mari dans sa qualité de chef de famille. Depuis la loi de 1970, la famille a deux chefs : toutes les décisions doivent en principe être prises d'un commun accord, qu'elles concernent les aspects matériels ou moraux de la famille, ou encore l'éducation des enfants. L'article 213 ajoute d'ailleurs qu'« ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir »³⁷³, tandis que l'article 03 précise qu'ils doivent le nourrir et l'entretenir.

Jusqu'à la loi de 1970, le choix de la résidence appartenait au mari. La loi de 1938 et une loi du 22 septembre 1942 avaient seulement accordé à l'épouse un droit de critique lorsque le choix du mari présentait des dangers d'ordre physique ou moral pour la famille. La loi de 1970 avait affirmé que les époux choisissaient ensemble la résidence de la famille mais, en cas de désaccord, le dernier mot revenait encore au

³⁷¹ le domicile conjugal

³⁷² puisque la communauté de vie doit forcément se dérouler en un lieu de résidence

³⁷³ Ils exercent conjointement, en principe, l'autorité parentale

mari. La femme conservait son droit de critique lorsque le logement présentait des inconvénients graves pour la famille. C'est la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce qui a placé les époux sur un strict pied d'égalité en la matière.

Désormais, « la résidence est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord »³⁷⁴. Une nouvelle difficulté apparaît cependant : en cas de désaccord entre les époux, le texte ne prévoit plus de solution, d'autant que la possibilité offerte à la femme de recourir au juge a logiquement disparu. Malgré ce nouveau silence, on peut supposer que le juge peut tout de même être saisi par l'un ou l'autre époux, même si l'hypothèse reste théorique.

Sous-section 3 - Les devoirs mutuels

L'article 212 du Code civil énonce que « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance » et l'article 215, alinéa 1er dispose que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ». On peut d'abord remarquer que les devoirs s'imposent aujourd'hui de manière égale au mari et à la femme, ce qui n'a pas toujours été le cas, notamment pour la fidélité et la communauté de vie. Ces devoirs sont mutuels. Le mariage ne s'analyse pas en un contrat synallagmatique dans lequel les obligations de chaque époux auraient pour cause les obligations de l'autre. Un époux ne peut se prétendre libéré de ses obligations au prétexte que son conjoint n'exécute pas les siennes, même si dans une procédure de divorce pour faute les torts du demandeur peuvent jouer le rôle d'une excuse. On peut également relever que le Code civil semble faire du devoir de communauté de vie le dernier des devoirs conjugaux, si l'on s'en tient à l'ordre de présentation. En réalité, la communauté de vie doit sans doute être conçue comme le premier des devoirs, car on voit mal ce que peut être un mariage sans vie commune des époux et les autres devoirs, sans en dépendre totalement, lui sont intimement liés. Les différents devoirs seront donc examinés successivement en commençant par la communauté de vie.

§ 1 - La communauté de vie

Cette communauté de vie a un contenu qui font l'objet de sanctions en cas de violation.

I - Le contenu du devoir de communauté de vie

³⁷⁴ C. civ, art. 215, al. 2

La communauté de vie constitue sans doute l'élément le plus essentiel du mariage, celui sans lequel le mariage n'est qu'une « coquille vide », pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier. La communauté de vie apparaît si bien comme ce qui fait vraiment le mariage que le législateur tire des conséquences directes de son existence ou de son absence. C'est ainsi que l'octroi de la nationalité française³⁷⁵ ou d'un titre de séjour³⁷⁶ au conjoint étranger est subordonné à l'existence d'une communauté de vie d'une certaine durée. C'est elle d'ailleurs qui constitue le meilleur indice de la volonté réelle des époux qu'on soupçonne d'avoir conclu un mariage fictif. Inversement, sa disparition met fin au projet de procréation médicalement assistée³⁷⁷, interdit au conjoint d'un majeur protégé d'être son tuteur³⁷⁸ ou son curateur³⁷⁹, permet d'obtenir le divorce pour altération du lien conjugal sur un simple constat objectif³⁸⁰, et le divorce pour faute n'est possible que si le manquement aux obligations du mariage rend le maintien de la vie commune intolérable. De même, en cas de séparation de fait ou de séparation judiciaire, les autres devoirs du mariage changent dans leurs modalités d'exécutions, voire disparaissent.

La communauté de vie comprend plusieurs aspects. Il s'agit en premier lieu pour les époux de vivre sous le même toit. A l'origine, le Code civil envisageait ce devoir de manière inégalitaire. L'ancien article 214 disposait : « la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir ». La loi du 4 juin 1970 a changé de terminologie et a bilatéralisé le devoir : « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie »³⁸¹. La cohabitation matérielle, c'est aussi une communauté de ménage. Les époux doivent vivre « à même feu et pot » selon une expression médiévale. Les époux ne sont certes pas censés partager tous les repas, mais plutôt la vie dans son ensemble et aussi le budget.

Bien que le Code civil n'y fasse pas allusion, il est très généralement admis que les époux s'obligent mutuellement aux relations sexuelles et la jurisprudence a

³⁷⁵ C. civ., art. 21-2

³⁷⁶ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L. 313-11-4° et L. 314-9-3°

³⁷⁷ C. civ., art. 311-20, al. 3

³⁷⁸ art. 496

³⁷⁹ art. 509-1. Il semble que le futur article 449 C. civ. issu de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection des majeurs reprend cette solution. Mais la rédaction en est ambiguë, car on ne sait pas si cette réserve s'applique uniquement au concubin ou à tout compagnon du majeur.

³⁸⁰ Avant la loi du 26 mai 2004, ce cas de divorce s'intitulait « divorce pour rupture de la vie commune ».

³⁸¹ art. 215, al. 1er

déjà eu à se prononcer sur ce point. C'est à l'occasion d'une procédure de divorce pour faute que le problème se pose généralement. Il revêt trois aspects.

En premier lieu, c'est le refus injustifié de se soumettre à ce devoir qui peut être constitutif d'une faute. La seule sanction envisageable réside dans le prononcé du divorce, toute sanction coercitive serait impossible. L'inaptitude physique ne saurait en revanche constituer une faute. Si, toutefois, le conjoint a été trompé sur ce point au moment du mariage, il pourrait en demander la nullité pour erreur sur les qualités essentielles. De même, l'inaptitude à la procréation se trouve hors de cause.

En deuxième lieu, ce sont parfois les modalités d'exécution du devoir conjugal qui sont sanctionnées. Les circonstances de son accomplissement sont parfois considérées comme fautives, qu'il s'agisse de relations contre nature³⁸², compromettantes pour la santé du conjoint et pernicieuses pour la morale³⁸³, ou excessives, trop fréquentes³⁸⁴.

En troisième lieu, surtout, c'est la question des rapports sexuels imposés par la force par l'un des époux à l'autre qui a connu une évolution très récente, tant en jurisprudence que dans la loi. L'idée a longtemps prévalu que, les époux étant présumés avoir donné leur consentement aux relations sexuelles en se mariant, ce devoir pouvait être exercé par la contrainte en cas de refus de l'un d'eux³⁸⁵. Il en résultait que le viol entre époux ne pouvait être sanctionné.

La jurisprudence a opéré un revirement en deux étapes, d'abord dans un cas de viol accompagné d'actes de barbarie³⁸⁶, ensuite dans un cas de viol simple³⁸⁷. Il résulte de cette nouvelle solution que la présomption de consentement aux relations sexuelles n'est qu'une présomption simple. Le refus de ces relations reste une faute mais la contrainte pour les obtenir est illégitime. Le législateur a consacré cette jurisprudence dans la loi du 4 avril 2006. L'article 222-22, alinéa 2 du Code pénal énonce en effet que « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués (...) quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». Le texte ajoute : « dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve

³⁸² Cass. 2e civ., 3 janvier 1969

³⁸³ CA Nîmes, 5 juin 1894

³⁸⁴ TGI Dieppe, 25 juin 1970

³⁸⁵ Cass. crim., 21 novembre 1839

³⁸⁶ Cass. crim., 5 septembre 1990

³⁸⁷ Cass. crim., 11 juin 1992

contraire »³⁸⁸. Le lien matrimonial est d'ailleurs élevé au rang de circonstance aggravante du viol³⁸⁹.

La communauté de vie comprend un aspect qui n'est pas seulement matériel ou charnel, mais aussi affectif, difficile il est vrai à définir mais dont l'existence n'est pas moins certaine. Il est en particulier admis que les époux peuvent vivre séparément, sans contrevenir à l'article 215 du Code civil, lorsque les nécessités de la vie le leur imposent, telles qu'une obligation de travail ou un emprisonnement³⁹⁰. La communauté de vie subsiste suffisamment au moins dans son aspect affectif.

Cet aspect affectif ne consiste certes pas en une obligation de s'aimer, mais dans une dimension morale ou spirituelle du mariage, qui se manifeste par une intention de partager la vie et qui impose aux époux au moins un certain respect réciproque, impliquant sincérité et confiance mutuelles notamment dans les relations sociales.

II - Les sanctions du devoir de communauté de vie

Un époux ne peut en principe décider unilatéralement de mettre fin à la communauté de vie. Une fois la solution affirmée, il reste à savoir quelle sanction encourt l'époux fautif. L'exécution forcée du devoir de communauté de vie doit être écartée. Si on pouvait envisager à une certaine époque de ramener l'épouse à son mari *manu militari*³⁹¹, la solution porterait aujourd'hui une atteinte intolérable à la liberté individuelle³⁹². Elle s'avérerait en outre inopérante dans la mesure où, malgré la cohabitation forcée, il manquerait l'élément affectif indispensable pour la transformer en véritable communauté de vie. Une mesure de contrainte indirecte comme l'astreinte se heurterait aux mêmes objections.

Les seules sanctions encore possibles résident soit dans la responsabilité civile et l'octroi de dommages et intérêts à l'époux abandonné, soit dans le refus d'une pension alimentaire à l'époux abandonnant, soit dans le divorce pour faute.

L'époux qui décide de rompre la communauté de vie n'est pas forcément fautif. Il peut y être contraint par l'autre à cause de son attitude : violence, entretien

³⁸⁸ Cette précision relève plus de l'ordre du symbolique que du technique : le viol se caractérise toujours par l'absence de consentement de la victime, condition préalable qu'il est toujours nécessaire de prouver

³⁸⁹ C. pén., art. 222-24, 11°

³⁹⁰ Cass. 1° civ, 8 juin 1999

³⁹¹ CA Chambéry, 27 octobre 1931

³⁹² TGI Brest, 9 juillet 1974

d'une maîtresse au foyer, cohabitation avec la belle-famille³⁹³. Intimé par le conjoint abandonné de réintégrer la résidence commune, l'époux abandonnant peut se défendre en demandant une dispense de cohabitation que les juges acceptent d'accorder à titre provisoire³⁹⁴, à condition qu'il fasse la démonstration d'un juste motif³⁹⁵.

Les pactes de séparation amiable, par lesquels les époux s'entendent sur le principe de la séparation, comme sur son organisation, contreviennent à un devoir qui reste d'ordre public. La jurisprudence décide par conséquent qu'ils sont nuls de nullité absolue. En réalité, tant que les époux sont d'accord pour rester dans une situation de fait, le pacte produit son effet. Sa nullité apparaît si l'un des époux souhaite reprendre la vie commune : l'autre ne peut lui opposer valablement leur convention de séparation.

En revanche, les accords accessoires qui concernent la contribution aux charges du mariage ou encore les modalités de l'autorité parentale ne sont pas dépourvus de toute efficacité. Ayant pour but l'organisation d'une situation illicite, ils pourraient être annulés pour cause illicite mais le législateur contemporain encourage les juges à avoir égard aux accords que les époux peuvent passer entre eux pour organiser leurs relations. C'est le cas pour l'exercice de l'autorité parentale³⁹⁶. De même, le juge peut être amené à se prononcer sur l'octroi d'une pension alimentaire à l'un des époux sur le fondement de la contribution aux charges du mariage. Rien ne l'empêche de tenir compte des accords entre époux.

§ 2 - La fidélité

L'article 212 du Code civil impose aux époux un devoir mutuel de fidélité qui constitue en quelque sorte un prolongement du devoir de communauté de vie. Il se présente comme l'autre aspect du devoir conjugal : les époux en se mariant s'engagent à une exclusivité des relations sexuelles. D'une certaine manière, on peut également y voir un prolongement du principe de monogamie. Le Code civil ne définit pas la fidélité, ce qui a laissé le loisir à la jurisprudence d'admettre à côté de la fidélité sexuelle une fidélité plus spirituelle ou morale.

³⁹³ Cass. civ, 20 novembre 1860

³⁹⁴ Cass. 1^o civ, 14 mars 1973

³⁹⁵ Cass. 1^o civ, 19 novembre 1991

³⁹⁶ C. civ, art. 373-2-7

Le devoir de fidélité se définit par sa violation : il consiste en l'interdiction de commettre un adultère, c'est-à-dire d'avoir des relations sexuelles avec une autre personne que son conjoint. L'évolution du droit a été double. Elle a consisté d'abord à imposer ce devoir de manière égale à la femme et au mari. Dans le Code civil, à l'origine, l'adultère de la femme constituait une faute cause de divorce dès lors qu'elle avait des relations sexuelles avec un tiers. Pour le mari, l'adultère n'était une cause de divorce que s'il entretenait sa concubine au domicile conjugal³⁹⁷. Lorsque le divorce fut rétabli par la loi Naquet de 1884, cette inégalité de traitement ne fut pas maintenue. En revanche, on la retrouvait sur le plan pénal : l'adultère n'était constitutif pour le mari d'un délit pénal que dans la mesure où il entretenait sa maîtresse au foyer conjugal. Cette inégalité de traitement entre le mari et la femme se justifiait par la crainte que la femme n'introduise un étranger dans la famille légitime, l'enfant conçu des œuvres de l'amant. Cette crainte ayant disparu grâce au développement de la contraception, toute discrimination a été supprimée par la loi du 11 juillet 1975 : l'adultère n'est plus un délit pénal.

La jurisprudence a élargi le champ d'application de l'obligation de fidélité qui ne se limite donc pas aux relations sexuelles.

Peut ainsi constituer une violation du devoir de fidélité une relation platonique mais ambiguë avec un tiers³⁹⁸.

Le devoir de fidélité découle directement, comme tous les autres, du mariage³⁹⁹. Il n'en reste pas moins qu'en toute logique, le devoir de fidélité entretient un lien avec la communauté de vie dont elle est le prolongement. Par conséquent, l'absence de communauté de vie devrait avoir une incidence sur le maintien du devoir de fidélité. Ainsi, en cas de séparation de corps, comment admettre que les époux, qui ne sont plus astreints au devoir conjugal, puissent être interdits de toutes relations sexuelles avec une tierce personne ? Le Code civil ne donne pas de solution sur ce point. En revanche, le législateur depuis la loi du 3 janvier 1972 reconnaît que l'adultère est possible, voire probable, en cas de séparation judiciaire des époux en instance de divorce ou de séparation de corps, puisqu'il écarte dans ce cas la présomption de paternité du mari. Dans le même sens, les tribunaux

³⁹⁷ C. civ, art. 230 anc.

³⁹⁸ CA Paris, 13 février 1986 dans un cas d'infidélité spirituelle de la femme avec un évêque

³⁹⁹ C. civ, art. 226

considèrent que, sans disparaître, le devoir de fidélité est moins contraignant pour les époux séparés ou en instance de divorce. L'adultère est moins facilement caractérisé dans ce cas.

Pour qu'il y ait faute cause de divorce, il faut en effet que la violation grave ou renouvelée des obligations du mariage rende intolérable le maintien de la vie commune ; or les juges relèvent que la vie commune a justement déjà cessé.

§ 3 - L'assistance

Le devoir d'assistance est, avec le devoir de secours et celui de contribution aux charges du mariage, l'un des devoirs d'entraide que les époux se doivent mutuellement. Il se présente comme une obligation de faire dont l'objet est le soutien moral et matériel du conjoint dans les situations de crises, telles que le chômage ou la maladie. L'époux doit ainsi apporter du réconfort mais aussi les soins nécessaires à son conjoint, dans la limite de ses aptitudes personnelles bien sûr. L'assistance peut également prendre la forme d'une aide ponctuelle à l'activité professionnelle du conjoint. Il en résulte que l'époux qui assiste l'autre ne peut réclamer à ce dernier une indemnité ou un salaire pour l'aide apportée. En cas de séparation des époux, le devoir d'assistance peut difficilement conserver sa nature propre. Il est alors relayé par le devoir de secours, devoir d'ordre pécuniaire. D'ailleurs, en cas d'inexécution, la seule sanction envisageable réside dans la responsabilité civile et l'octroi de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi en raison du manquement à ce devoir.

§ 4 - Le respect

C'est la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs qui a introduit ce nouveau devoir en tête de l'article 212 du Code civil. En réalité, la loi n'a fait ici que consacrer un devoir que la jurisprudence avait peu à peu dégagé dans le contentieux du divorce pour faute. Il est en effet désormais bien connu que les fautes causes de divorce ne se réduisent pas à la violation des devoirs du mariage nommés par le Code civil. Les époux doivent se respecter mutuellement, sur un plan physique aussi bien que moral, intellectuel ou religieux. Les juges n'ont pas attendu la loi de 2006 pour faire des violences conjugales ou des atteintes à la dignité une faute au sens de l'article 242 du Code civil. La modification du texte ne s'en trouve cependant pas

dénuée de toute utilité : la loi reste le mode d'affirmation solennelle de certaines valeurs, non seulement celle du respect du conjoint mais aussi de l'égalité entre les époux face à ce devoir.

SOUS-TITRE II

LE FILIATION

La filiation au sens juridique du terme n'est pas un simple décalque de la filiation biologique : le droit tient compte de certaines données psychologiques et affectives, ce qui conduit à ce que, même dans la filiation biologique, l'enfant n'est pas systématiquement rattaché à son géniteur ou sa génitrice, la loi laissant une place importante à la volonté individuelle⁴⁰⁰. Au-delà du fait purement biologique de la naissance, la filiation s'inscrit dans une histoire familiale et dans un héritage culturel.

Il existe différents types de filiation.

Pendant des décennies, le droit de la filiation reposait sur une distinction fondamentale. Autrefois, il existait une *summa divisio* entre les enfants nés de parents mariés ou célibataires. La filiation est dite légitime lorsque l'enfant est issu de parents mariés ensemble. Elle est naturelle si l'enfant est né hors mariage. Alors que l'enfant légitime est uni de manière indivisible à ses père et mère, l'enfant naturel est relié, d'une part, à sa mère et, d'autre part, à son père. La filiation naturelle est par principe divisible⁴⁰¹. Si le père et la mère ne sont pas mariés, l'enfant est dit naturel simple. Si l'enfant a été conçu alors que le père ou la mère était uni par les liens du mariage avec une tierce personne, l'enfant est adultérin⁴⁰².

La filiation peut résulter d'un pur acte de volonté, et découler d'une décision judiciaire. La filiation adoptive crée une famille calquée sur la famille légitime. Il existe deux sortes d'adoption. Le plus souvent, les parents adoptifs souhaitent que l'enfant soit traité comme le leur à part entière : des personnes qui, le plus souvent, ne peuvent avoir d'enfant vont se lier avec un enfant qui sera traité comme leur enfant légitime, et qui n'aura plus de lien avec sa famille par le sang. On parle alors d'adoption plénière. Ils peuvent opter aussi pour une forme d'adoption aux conditions plus souples, qui se caractérise par le maintien des liens du sang : l'adoption simple.

Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la filiation, toute distinction entre les

⁴⁰⁰ ainsi, l'enfant peut être rattaché à celui qui l'élève, alors même qu'il est possible qu'il ne soit pas issu des œuvres du père prétendu

⁴⁰¹ l'enfant pourra donc éventuellement n'avoir juridiquement qu'un seul parent

⁴⁰² le terme, supprimé par la loi du 3 janvier 1972, continue à être utilisé par tous

deux catégories de filiation par le sang a officiellement disparu. Il n'en demeure pas moins difficile de faire abstraction de la distinction que par commodité, nous utiliserons encore parfois. Il est certain néanmoins que la filiation n'est plus comme autrefois sous la dépendance du mariage des auteurs de l'enfant. Elle se détache du rapport de couple unissant ses auteurs. Pour rendre compte du droit positif, il est possible de partir d'une distinction moins classique que celle opposant l'enfant du couple marié et l'enfant de célibataires. On peut opposer, d'une part, la filiation biologique, l'enfant étant rattaché par principe à ceux qui l'ont conçu, d'autre part la filiation que l'on nomme parfois « par greffe », qui correspond à l'adoption. On doit, enfin, isoler la filiation de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée, qui conduit à tenir compte de la technique de procréation et qui est soumise à des dispositions spécifiques. Dans les trois cas, la part de la biologie est plus ou moins aisée à définir en l'état du droit positif.

CHAPITRE I

LA FILIATION BIOLOGIQUE

Attaché à protéger le mariage, le Code civil a longtemps manifesté de l'hostilité envers les enfants naturels et s'est peu préoccupé de la vérité biologique. Il existait une inégalité entre les deux filiations, légitime et naturelle, la loi donnant préférence à la première.

La loi du 3 janvier 1972 a marqué une étape décisive pour le droit de la filiation : abandonnant toute idée de hiérarchie entre les deux filiations, le législateur a ouvert plus largement la possibilité d'établir la filiation. Pour la première fois notamment, un enfant adultérin peut être rattaché à son père, et ce même éventuellement contre la volonté de ce dernier.

C'est à cette époque que le principe d'égalité des filiations est introduit en droit français : il va de pair avec un autre principe, le principe de vérité. La filiation juridique d'un enfant doit correspondre à sa filiation réelle. Quelle réalité ? Bien sûr, il s'agit avant tout de la vérité biologique. Mais, le législateur ne l'a pas seulement prise en compte. D'ailleurs, les données médicales de l'époque ne permettaient pas de rattacher automatiquement l'enfant à ses auteurs.

A côté de la vérité biologique, a été consacrée la vérité sociologique, la vérité

du cœur. La possibilité d'adopter un enfant et de le traiter comme un enfant légitime, consacrée quelque temps auparavant par la loi du 11 juillet 1966 relative à l'adoption, attestait déjà de la volonté du législateur de trouver un équilibre : il ne suffit pas de décalquer la nature. L'enfant n'est pas nécessairement rattaché à celui qui l'a conçu. Il peut éventuellement avoir pour père ou mère celui ou celle qui le traite comme tel.

Depuis la loi du 3 janvier 1972, l'évolution des sciences biomédicales a bouleversé la problématique. Désormais, il est possible de démontrer que tel homme est le père de tel enfant avec 99,99 % de certitude. Pourtant, le législateur a attendu longtemps avant de procéder à une refonte du droit de la filiation. Les lois du 29 juillet 1994 sur l'assistance médicale à la procréation, dont l'un des objectifs était de régler le sort des enfants nés par procréation artificielle, ont défini les conditions du recours aux empreintes génétiques, et ce de manière restrictive. L'essentiel du droit de la filiation était resté inchangé, ce qui avait conduit la jurisprudence à faire évoluer le droit positif. Des solutions novatrices avaient été adoptées : la jurisprudence s'était orientée vers une accentuation du rôle de la vérité biologique. Des rapports officiels préconisaient des modifications. Il a fallu attendre 2005 pour qu'une vaste réforme fixe de nouvelles orientations.

Le 9 décembre 2004, le Parlement a adopté une loi de simplification du droit. Le gouvernement a été autorisé à modifier par ordonnance les dispositions du Code civil relatives à la filiation. Des objectifs sont fixés : tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants quelles que soient les conditions de leur naissance, unifier les conditions d'établissement de la filiation maternelle, préciser les conditions de la possession d'état, harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation, sécuriser le lien de filiation, simplifier et harmoniser le régime des actions en contestation, notamment en modifiant les titulaires et les délais.

C'est dans ces conditions que l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a modifié une partie des textes sur la filiation. Elle n'opère pas une refonte complète du droit. Certaines dispositions, non visées dans la loi d'habilitation, n'ont pu être modifiées. Ainsi en est-il particulièrement de la procréation médicalement assistée et des empreintes génétiques.

Certains ont contesté la voie choisie par la réforme : la voie législative, porteuse d'une plus grande légitimité, aurait permis un débat parlementaire sur l'orientation de la réforme.

L'ordonnance est applicable aux enfants nés avant comme après son entrée

en vigueur.

Il ne s'agit pas que d'une simple réforme technique, mais d'un véritable changement de la matière. Nous le découvrirons à travers l'examen des données de base, de l'établissement non contentieux de la filiation, des actions relatives à la filiation et de l'action à fins de subsides.

Section 1 - Les données fondamentales de la filiation

Le chapitre 1 du titre VII du Code civil consacré à la filiation contient un corps de règles communes à la filiation par le sang. La loi actuelle consacre quatre sections à ces dispositions générales. Certaines sont exclues traditionnellement de l'étude du droit de la famille : ainsi en est-il des règles relatives aux conflits de lois. D'autres ont fait l'objet de réformes antérieures à l'ordonnance du 4 juillet 2005 et n'ont pas été modifiées par celle-ci : ainsi, lorsque le législateur a pris en compte et réglementé les progrès des sciences biomédicales, une section sur la filiation des enfants nés par procréation médicalement assistée a été intégrée dans le Code civil⁴⁰³. Son contenu sera étudié ultérieurement. Quant aux textes sur le nom de famille, ils ont déjà été étudiés. De ce fait, l'étude des dispositions générales relatives à la filiation sera limitée à l'examen des preuves et des présomptions. Cette présentation sera précédée d'explications concernant les principes qui gouvernent le droit de la filiation.

Sous-section 1 - Les principes fondamentaux du droit de la filiation

Deux principes gouvernent le droit de la filiation : les filiations sont égales entre elles ; l'enfant doit être rattaché dans la mesure du possible à ceux qui biologiquement l'ont conçu, et, à défaut de certitude, à ceux qui l'ont traité comme leur enfant.

§ 1 - Le principe d'égalité des filiations

Ce principe emporte deux conséquences : la suppression de la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels, et le principe de liberté d'établissement de toute filiation.

I – La suppression de la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels

Depuis la loi de 1972, nombreux sont les textes qui ont rapproché puis fondu les statuts de tous les enfants : c'est le cas pour l'autorité parentale, le divorce, la

⁴⁰³ articles 311-19 et 311-20

séparation, le nom de famille, etc.... L'intérêt concret d'une distinction, en dehors même de la discussion sur la valeur du mariage et de ses conséquences, avait à peu près complètement disparu. Le législateur a, en effet, voulu supprimer certaines distinctions entre les deux types de filiations lors des réformes du 4 mars 2002 relatives à l'autorité parentale et au nom de famille, anticipant par là même la réforme du droit de la filiation. La distinction entre les deux catégories de filiations a été écartée : à ce titre notamment, toutes les dispositions relatives à l'autorité parentale sont réunies dans un chapitre unique et figurent dans le livre 1 relatif aux personnes.

Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le principe d'égalité est énoncé en tête des dispositions relatives à la filiation⁴⁰⁴ : « Tous les enfants ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

La suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle a conduit à la suppression des textes concernant la légitimation, institution qui permettait à un enfant naturel de devenir un enfant légitime, notamment parce que ses parents se mariaient ensemble.

Si la liberté d'établissement du lien de filiation est totale, et donc que l'égalité entre les enfants a été réalisée, il n'en reste pas moins que les modes d'établissement du lien de filiation restent partiellement différents. Dès que les parents sont mariés, l'enfant est présumé avoir pour père le mari de la femme, et sa filiation se prouve par le seul acte de naissance. Il n'y a rien de comparable pour l'enfant naturel : même en cas de concubinage stable, il n'existe pas de présomption de paternité pesant sur le concubin.

L'acte de naissance est insuffisant en soi à établir la filiation paternelle de l'enfant de parents non mariés. De ce fait, certains enfants peuvent ne pas réussir à établir leur filiation.

Parce qu'il arrive qu'un enfant ne puisse être rattaché à son auteur, spécialement, en pratique, son père, la loi reconnaît à tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, le droit de réclamer des aliments à celui qui a eu des rapports sexuels avec la mère pendant la période légale de conception. Cette action, dite action à fins de subsides, créée en 1972, peut être exercée par tout enfant contre son père possible. En assurant à tout enfant, quelle que soit sa situation, la

⁴⁰⁴ article 310 du code civil

possibilité d'obtenir une pension alimentaire versée par celui qui a pris le risque de le mettre au monde, la loi de 1972 a voulu assurer une protection minimale des enfants sans père. Il faut y voir une conséquence du refus de cette loi d'opter totalement pour la filiation biologique en imposant la paternité à celui qui la refuse. L'évolution de la législation relative à l'action en recherche de paternité a rendu la dualité d'actions contestable. Son maintien s'explique par le fait que l'enfant incestueux peut se trouver sans filiation paternelle établie, et n'avoir d'autres possibilités que d'intenter l'action à fin de subsides, et qu'il eût été discriminatoire de le désigner comme seul titulaire de cette action).

Le principe d'égalité est quasiment total au regard des règles d'établissement, en ce sens que tout enfant peut établir sa filiation, quelle que soit sa situation. Dès 1972, l'enfant adultérin a eu le droit d'établir sa filiation, ce qui fut une petite révolution à l'époque, si l'on compare à ce qui s'était passé pendant des siècles. En revanche, du point de vue des statuts, l'égalité n'était pas totale : l'enfant naturel adultérin avait des droits, notamment de succession, inférieurs à ceux d'un enfant légitime. La Cour européenne des Droits de l'homme a, le 1er février 2000, dans le célèbre arrêt *Mazurek*, condamné la France au regard de la différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels. Le législateur est donc intervenu. Les restrictions des droits subies par l'enfant adultérin ont été supprimées par la loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions, au motif que l'adultérin est innocent des fautes de son auteur.

II - Le principe de liberté d'établissement de toute filiation

Voyons la portée de ce principe avant d'en envisager les limites.

A - La portée du principe

Tout enfant peut en principe voir sa filiation légalement établie, dès lors qu'il n'est pas rattaché à une autre personne. Le principe, posé en 1972, a bien sûr été conservé. Pendant longtemps, une distinction importante dominait la matière : l'enfant naturel simple pouvait faire établir sa filiation alors que l'enfant naturel adultérin ne le pouvait pas. La protection de la famille légitime était, bien sûr, à l'origine de cette règle discriminatoire. Désormais, à défaut de reconnaissance volontaire, l'enfant pourra intenter une action en recherche de paternité contre son père adultérin.

B - Les limites

Un des principes fondamentaux du droit de la famille est celui de l'interdit de l'inceste. Dans le cas où cet interdit essentiel aurait pourtant été violé, quel est le sort de l'enfant né d'une telle union ? Le législateur a voulu empêcher que la filiation soit simultanément établie à l'égard des deux parents, ce qui révélerait l'existence de l'inceste. En cas d'inceste absolu⁴⁰⁵, l'enfant ne peut établir sa filiation qu'à l'égard de l'un des parents. Il s'agit là d'une disposition très ancienne.

Depuis 1972, l'action à fin de subsides lui est ouverte : l'enfant pourrait obtenir des aliments de celui qui a eu des rapports sexuels avec sa mère.

L'ordonnance de 2005 a maintenu cette règle interdisant à l'enfant d'être rattaché à la fois à ses père et mère en cas d'inceste absolu, en précisant même qu'il est interdit d'établir le deuxième lien « par quelque moyen que ce soit »⁴⁰⁶. Il est impossible de recourir à l'adoption simple pour contourner la règle, ce qui avait été récemment jugé par la Cour de cassation.

Il faut aussi constater que les enfants dont la mère a accouché « sous X » ne peuvent voir leur filiation maternelle biologique établie. La prohibition de la recherche de maternité lorsque la mère a demandé à accoucher secrètement a été officialisée par la loi du 8 janvier 1993. Les textes ne concernaient que la filiation naturelle. Il ne fait plus de doute aujourd'hui que l'enfant d'une femme mariée se heurte désormais aux mêmes obstacles s'il voulait faire établir la maternité.

Dès qu'un enfant fait l'objet d'un placement en vue d'une adoption plénière, sa filiation tant légitime que naturelle ne peut être établie⁴⁰⁷. L'adoption plénière interdit tout établissement de la filiation biologique. Ceci explique les tentatives parfois poursuivies pour faire déclarer le placement irrégulier. Si un enfant adopté parvient à connaître sa famille d'origine, il ne peut en aucun cas faire constater son lien de filiation par le sang⁴⁰⁸. S'il n'a pas de renseignements à ce sujet, se pose la question pour l'enfant d'un éventuel droit à connaître ses origines.

⁴⁰⁵ c'est-à-dire lorsque aucune dispense ne peut lever l'empêchement à mariage

⁴⁰⁶ article 310-2 du code civil

⁴⁰⁷ article 352 du code civil

⁴⁰⁸ Lorsque la femme a accouché secrètement, mais que le père de l'enfant a tenté de souscrire une reconnaissance paternelle avant le placement, subsiste entière la question de l'efficacité de cette reconnaissance.

Lorsqu'un enfant fait l'objet d'une adoption simple, ceci ne fait pas, semble-t-il, obstacle à l'établissement ultérieur de sa filiation biologique. La règle ne figure dans aucun texte, mais peut se déduire de la coexistence des deux familles en cas d'adoption simple. En pratique, le problème ne se pose pas : un enfant qui n'a pas de filiation établie fait plus volontiers l'objet d'une adoption plénière ; lorsque les parents par le sang se font connaître, il est alors trop tard. Mais cette solution mériterait peut-être d'être davantage soulignée : les parents adoptifs, qui veulent laisser l'enfant adopté libre de faire établir sa filiation d'origine, peuvent opter pour l'adoption simple.

§ 2 - Le principe de vérité

Le droit de la filiation est fondé sur un principe de vérité : la filiation juridique doit correspondre à la vérité biologique. Mais le droit ne se contente pas de consacrer les situations de fait, en rattachant juridiquement l'enfant à ses père et mère par le sang, ses géniteurs réels. Certes, la filiation biologique est souvent la filiation la plus souhaitable, celle qui permettra à l'enfant de s'épanouir au sein de sa famille. Mais, tout en s'efforçant de faire coïncider vérité juridique et vérité biologique, le législateur laisse une place à ce que l'on a appelé la vérité sociologique. Un équilibre est recherché entre les deux vérités, parfois opposées. La vérité sociologique, qui laisse une place importante à la volonté individuelle, est consacrée à travers la notion de possession d'état.

Posséder un état, c'est le vivre au quotidien : un enfant est élevé par un homme et une femme, qui le traitent comme leur enfant ; cet enfant passe aux yeux de tous pour être l'enfant de ces personnes. On disait ainsi autrefois que l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime dès lors qu'elle existe à la fois à l'égard du père et de la mère. A l'inverse, on disait d'un enfant qui n'est pas traité comme l'enfant de tel couple marié qu'il n'a pas la possession d'état d'enfant légitime. Il n'est pas considéré comme titulaire de cet état.

Cette notion n'est pas neuve : elle avait été dégagée par le droit canonique. Mais le Code civil ne lui avait fait qu'une place réduite. La loi du 3 janvier 1972 a voulu lui donner une place, sans pour autant sacrifier la vérité biologique qui devenait accessible avec certitude.

Les textes définissent la possession d'état et réglementent sa preuve dans la section consacrée aux preuves et présomptions. La possession d'état y est présentée comme une présomption de filiation, ce qu'elle était autrefois et ce qu'elle

n'est plus dans la mesure où la possession d'état est aujourd'hui un mode général et autonome d'établissement du lien de filiation.

Après l'intervention du législateur en 1972, la jurisprudence a eu tendance à interpréter les textes en donnant une large place à la vérité biologique. Depuis quelques années, la Cour de cassation accordait une place encore plus importante à la vérité biologique, notamment depuis qu'a été posée la règle selon laquelle l'expertise biologique est de droit en matière de filiation. Il serait pourtant excessif de dire qu'elle avait anéanti la place de la vérité sociologique.

L'évolution des sciences médicales, en permettant d'identifier un rapport de parenté avec une quasi-certitude, a favorisé la place de la vérité biologique sur le terrain juridique. Mais dans le même temps, les demandes accrues d'adoption et le recours aux techniques de procréation médicalement assistée, prises en compte par le législateur, ont obligé à consacrer des solutions nuancées : le lien de filiation ne doit pas et ne peut pas reposer sur la seule preuve du lien du sang. Même en cas de rattachement d'un enfant à un homme qui, biologiquement, est probablement son père⁴⁰⁹, il est souhaitable de laisser une place à la vérité sociologique. Celui qui élève au quotidien un enfant mérite davantage l'attention que celui qui a abandonné pour toujours sa femme ou sa compagne enceinte.

La place de la vérité biologique est, à certains égards, augmentée, et à d'autres réduite.

Ainsi, d'un côté, elle est augmentée dans la mesure où les actions en justice qui tendent à faire établir un lien de filiation sont faciles à exercer : la preuve est libre. Les possibilités pour contester la filiation d'un enfant de parents mariés sont plus larges qu'autrefois.

Mais d'un autre côté, les délais ouverts pour contester une filiation naturelle sont très raccourcis : schématiquement, lorsque l'enfant a 28 ans, il n'y a plus moyen de contester la filiation. Or c'est souvent tardivement, lorsque les personnes deviennent elles-mêmes parents voire même bien des années après, qu'elles se préoccupent de leur généalogie et souhaitent éventuellement démontrer que leur père officiel n'est pas leur père.

⁴⁰⁹ exemple : le mari de la mère

Au regard du droit, il est alors trop tard. Sous cet angle, le choix de société qui a été fait et qui laisse une place parfois réduite à la vérité biologique est diversement accueillie.

Sous-section 2 - Les preuves et les présomptions

Nous envisagerons ces deux points successivement.

§ 1 - Les preuves

L'article 310-1 du Code civil annonce la distinction fondamentale en droit de la filiation, entre l'établissement de la filiation en dehors de tout procès et cet établissement dans le cadre d'une action judiciaire. On retrouve cette division dans le texte qui fixe les règles relatives à la preuve : l'article 310-3 du code civil distingue très clairement les deux situations. L'alinéa 1 concerne la question de la preuve en dehors de tout procès, l'alinéa 2 traite de la question de la preuve dans le cadre d'une action en justice. Si la preuve de la filiation demeure *a priori* une opération non contentieuse, il n'était pas inutile de bien établir la différence avec le régime des preuves contentieuses. Dans le premier cas, celui de la preuve en dehors de tout procès, l'article 310-3 du Code civil réaffirme les moyens de preuve par l'acte de naissance, l'acte de reconnaissance ou l'acte de notoriété.

Dans le second cas, celui de la preuve contentieuse, est affirmée la liberté de principe des preuves sous réserve de la recevabilité de l'action. Autrement dit, il n'y a pas de condition de fond spécifique.

Le droit de la filiation repose sur un système légal de preuve. En principe, tout est organisé pour que la filiation soit établie en dehors d'un procès. Le titre de naissance est l'élément majeur du système mis en place. Le rôle attribué à ce titre s'est accentué depuis l'ordonnance de 2005. Autrefois limité à la filiation maternelle légitime, le titre est désormais le mode de preuve ordinaire de toute filiation maternelle, aussi bien légitime que naturelle. En ce qui concerne la paternité, l'acte de naissance est essentiel lorsque les parents sont mariés : l'indication du nom du mari permet de faire jouer la présomption de paternité légitime. La reconnaissance est le titre le plus fréquent pour l'enfant de parents non mariés.

Si la filiation doit être établie par une décision de justice ou contestée, la loi pose actuellement le principe de liberté de la preuve. Lorsque les conditions

éventuelles de recevabilité de l'action sont réunies⁴¹⁰, la preuve en justice peut être rapportée par tous moyens : expertises biologiques, bien sûr, mais aussi témoignages, photographies, papiers domestiques, etc.

§ 2 - Les présomptions

Deux séries de présomptions très classiques ont été posées pour déterminer la filiation de l'enfant. Elles sont toutes les deux des présomptions simples : l'article 311 alinéa 3 du Code civil affirme en effet que « la preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions ».

I - Les présomptions relatives à la durée de la grossesse et à la date de la conception

La date de conception d'un enfant ne peut faire l'objet de preuve directe. En revanche, en partant de la date de naissance, on peut induire qu'il a été conçu approximativement entre telle et telle date : la loi fixe une période de conception, qu'elle complète par une règle destinée à fixer une date plus précise favorable à l'enfant.

§ 1 - La période légale de conception

Selon l'article 311 alinéa 1 du code civil « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de naissance ».

Ces dates ont été fixées en 1972 car elles correspondaient aux données médicales de l'époque : on avait tenu compte des durées *minima*⁴¹¹ et *maxima*⁴¹², sachant que la durée moyenne d'une grossesse est de 280 jours. De nos jours, il arrive qu'un enfant naisse viable alors même que la grossesse de la mère a duré moins de 6 mois. Mais, cette hypothèse marginale n'est pas en soi problématique, ce qui explique que les textes n'aient pas été changés. En effet, depuis 1972, la présomption sur la durée des grossesses est une présomption simple : il est possible de prouver qu'une grossesse a été exceptionnellement courte⁴¹³ ou inversement très longue⁴¹⁴.

⁴¹⁰ notamment le délai d'exercice

⁴¹¹ 6 mois

⁴¹² 10 mois

⁴¹³ moins de 6 mois

⁴¹⁴ plus de 10 mois

B - Le choix du jour de la conception

Il est parfois utile de savoir si l'enfant a été conçu, vraisemblablement, plutôt à telle date qu'à telle autre.

La loi de 1972 a consacré une solution qui repose sur l'idée que le doute en ce domaine doit profiter à l'enfant, dans son intérêt : « La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant »⁴¹⁵. C'est la présomption dite *omni meliore momento*.

Quel est l'intérêt de cette présomption ? Grâce à elle, l'enfant pouvait situer sa conception avant le mariage de son père pour ne pas être traité comme enfant adultérin. L'intérêt actuel de cette présomption n'est pas évident pour deux raisons. La loi de 1972 a posé le principe que cette présomption est simple⁴¹⁶. Depuis 2001, les enfants adultérins ne subissent plus de restrictions successorales. A la réflexion, il apparaît que l'on peut se servir de cette présomption lorsqu'il y a un doute sur la paternité du mari.

I - La possession d'état, présomption de filiation

Au titre des dispositions communes à la filiation, les textes définissent la possession d'état et déterminent sa preuve. La possession d'état est présentée comme une présomption, alors qu'elle peut être beaucoup plus qu'un simple indice de filiation et servir à établir la filiation.

A - Les éléments constitutifs : *tractatus, fama, nomen*

L'article 311-1 du code civil donne une définition de la possession d'état : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèle le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ». C'est dire que la possession d'état se caractérise par des éléments qui doivent être suffisamment convergents pour qu'on puisse en induire la filiation de l'intéressé. A l'inverse, on parlera d'absence de possession d'état lorsque les éléments ne seront pas réunis.

⁴¹⁵ article 311 alinéa 2

⁴¹⁶ il est impossible de choisir par exemple une date qui conduit à penser que l'enfant est né près de 10 mois après sa conception, alors qu'il est médicalement établi que l'enfant était prématuré...

La possession d'état est caractérisée par trois éléments classiques.

Le premier est le traitement⁴¹⁷. Les principaux faits de possession d'état sont visés dans le texte : « ... que cette personne⁴¹⁸ 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 ; que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son installation ».

Le *tractatus* implique un comportement parental habituel. Cet élément est directement et intimement lié à la filiation vécue au quotidien. Il est établi dès lors que les père ou mère élèvent l'enfant. Peu importe, bien sûr, en cas de séparation des parents, qu'il n'y ait pas de cohabitation. L'exercice d'un droit de visite et d'hébergement régulier est une preuve suffisante.

Ce traitement doit être réciproque : l'enfant doit traiter les prétendus parents comme les siens. Cette condition de réciprocité peut ne pas toujours être rapportée. Ainsi, avant la naissance d'un enfant, la possession d'état prénatale ne se développe que du point de vue du parent, et non du côté de l'enfant. Par rapprochement, après la mort du parent, voire celle de l'enfant, faut-il considérer que la possession d'état pourrait ne pas cesser ? On a dit que porter des chrysanthèmes sur la tombe des parents manifeste la continuité de la possession d'état, alors même qu'elle n'est plus réciproque...

Le deuxième élément est la réputation⁴¹⁹. Cet élément résulte du fait que l'enfant est reconnu, dans la société et par la famille, par l'autorité publique, comme l'enfant de celui ou de ceux dont on le dit issu.

La *fama* est l'aspect social de la possession d'état. C'est la situation de l'enfant aux yeux de l'entourage.

Le troisième élément est, enfin, le nom⁴²⁰. Parmi les éléments, est, en effet, visé le fait que « cette personne porte le nom de celui ou de ceux dont on la dit issue ».

Il est vrai que le nom est un signe d'appartenance à une famille. Cependant,

⁴¹⁷ *tractatus*

⁴¹⁸ l'enfant

⁴¹⁹ *fama*

⁴²⁰ *nomen*

cet élément n'est pas significatif : le nom, élément de l'état des personnes, n'est pas disponible. Toute personne est tenue de porter le nom qui lui est attribué en conséquence de sa filiation. Ainsi, un enfant déclaré sous le nom du mari de la mère peut très bien avoir la possession d'état d'enfant naturel à l'égard de son père naturel. Pourtant, il ne portera pas le nom de celui-ci, mais le nom du mari de sa mère, qui figure sur son acte de naissance. Ceci explique que cet élément ne soit pas décisif, et soit relégué depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 en troisième position.

C'est d'un ensemble d'indices que se déduira la possession d'état. Le traitement, la réputation et le nom sont des faits qui doivent être suffisamment révélateurs. Il n'est pas indispensable qu'ils soient tous réunis.

Ces faits doivent indiquer le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir. A partir de quand ce faisceau d'indices est-il révélateur du lien de filiation ? La jurisprudence est variable. Aucune règle générale ne peut être posée, d'autant que les juges du fond sont dotés d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits constitutifs de possession d'état. On observera que depuis l'ordonnance de 2005, il est permis de prendre en considération des éléments de possession d'état antérieurs à la naissance.

B - Les caractères de la possession d'état

La notion de possession est connue du droit des biens. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'on ait été tenté de transposer les caractères de la possession en général à la notion de possession d'état, présomption de filiation. Les caractères de la possession d'état sont définis par l'article 311-2 du Code civil qui reprend, dans sa formulation nouvelle, l'exigence du caractère traditionnel de continuité en le complétant par les caractères requis par la jurisprudence. On trouvait en effet, au hasard des décisions de justice, des allusions au fait que la possession d'état doit être paisible, publique et non équivoque.

L'exigence d'une continuité implique que la possession d'état ait duré un certain temps : elle gagne en force de conviction à mesure que le temps passe. A terme, la présomption simple devient irréfragable, et la filiation en conséquence incontestable.

C'est l'exigence de continuité qui soulève le plus régulièrement des difficultés.

Parfois la possession d'état n'a pas eu le temps de se constituer, parce que l'enfant, voire le père ou la mère naturel, est décédé. Les textes actuels règlent la question en admettant l'existence d'une possession d'état prénatale. Ensuite, il arrive que la possession d'état ait existé un certain temps, puis se soit interrompue soit volontairement⁴²¹ soit involontairement⁴²². La doctrine juge parfois que si, à un moment quelconque, a existé une possession d'état non contredite, celle-ci demeure efficace même si elle a cessé. Tout est affaire de circonstances : l'essentiel est que les éléments aient suffisamment duré pour que la possession d'état puisse être prise en compte.

Enfin, la possession d'état n'est ni paisible ni dénuée d'équivoque lorsque deux familles veulent se rattacher l'enfant, et que l'une d'elles empêche la seconde de se constituer un état. Les juges du fond ont tendance à décider que les deux possessions d'état se neutralisent en quelque sorte, et que l'une ne saurait l'emporter sur l'autre.

Quant au point de départ de la possession d'état, on devrait logiquement le situer au moment de la naissance de l'enfant puisqu'il s'agit de présumer que tel ou tel enfant a pour père tel homme ou pour mère telle femme. La jurisprudence n'est pourtant pas toujours en ce sens, et prend volontiers en considération la possession d'état actuelle, c'est-à-dire celle qui existe lorsque le juge est saisi. Mais cette position ne fait pas l'unanimité, et il est arrivé qu'on prenne en considération la possession d'état d'origine.

En conclusion, il faut bien avouer que la jurisprudence se caractérise par son extrême variété : en fonction du rôle que la possession d'état est amenée à jouer, les caractères de la possession seront appréciés strictement ou non, avec pragmatisme ou non. Il ne faut pas le regretter : il est indispensable de bénéficier de l'aide d'une notion souple face à la rigueur du critère de la vérité biologique.

C - La preuve de la possession d'état

Les éléments constitutifs de la possession d'état sont des faits juridiques : leur preuve est libre. Cependant, le législateur s'est préoccupé de faciliter la preuve de

⁴²¹ le parent en cause a cessé de se comporter en père ou mère de manière intentionnelle

⁴²² parent absent

ces faits. D'après l'article 317 du code civil, 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. Cet acte est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Section 2 - L'établissement non contentieux de la filiation

Le lien de filiation peut résulter d'un titre, c'est-à-dire de déclaration faite devant l'officier de l'état civil qui en dresse acte. Ce système de preuve préconstituée, établi sous le contrôle de l'autorité publique, s'explique aisément : les parents ou médecins sont tenus de déclarer la naissance d'un enfant, et ce dans un délai de trois jours. Suivant les cas, on se contente des indications figurant dans l'acte de naissance, ou il est demandé aux parents de faire un acte distinct, la reconnaissance.

Le plus souvent, comme un titre existe, le lien de filiation est établi : la possession d'état ne joue que dans des hypothèses marginales. Elle a alors soit une portée probatoire autonome, soit comme fonction de conforter le titre.

La filiation légitime est celle qui repose sur le mariage. En principe, ne peut être légitime que l'enfant issu de personnes mariées entre elles. Le principe d'égalité des filiations affirmé en 1972 aurait dû conduire à une neutralité du législateur face à ce mode d'établissement de la filiation. Pourtant, il n'en était rien. Un esprit de faveur pour la légitimité continuait à régner : le mariage occupait un rôle central, au point qu'un enfant naturel pouvait devenir un enfant légitime. L'enfant était dit « légitimé », par opposition à celui qui est légitime dès sa naissance. Le Code civil réglait l'accès à la légitimation. Le mode essentiel était bien sûr la légitimation par mariage des parents de l'enfant naturel. Mais la faveur allait au-delà. C'est ce qui explique l'absence de cohérence du droit français qui reconnaissait la possibilité pour une personne seule, non mariée avec le parent biologique de l'enfant, d'avoir un enfant légitime⁴²³. De surcroît, l'enfant né après le mariage de ses père et mère, et avant l'annulation rétroactive de ce mariage, reste légitime⁴²⁴. Plus généralement, la légitimité qui n'avait pourtant plus guère d'intérêt si ce n'est pour les enfants

⁴²³ légitimation par autorité de justice en cas de mariage impossible des parents

⁴²⁴ article 202 du code civil

adultérins, avait une valeur symbolique et démontrait l'attachement de notre société au mariage.

Elle a désormais disparu !

Le chapitre II du titre VII du Code civil est consacré à l'établissement de la filiation. Il règle les trois modes d'établissement de la filiation : par l'effet de la loi, par la reconnaissance ou par la possession d'état.

Sous-section 1 - L'établissement de la filiation par l'effet de la loi

La loi désigne en principe la mère d'un enfant : c'est la femme qui est indiquée dans l'acte de naissance comme telle. Elle désigne aussi le père, si son nom figure dans l'acte, mais seulement si les parents sont mariés. Le mari est présumé père.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a rien changé au contenu des actes de naissance. La matière dépendant des textes sur l'état civil, il n'y avait rien à modifier dans le cadre de la réforme de la filiation⁴²⁵.

§ 1 - La désignation de la mère dans l'acte de naissance

La grossesse et l'accouchement permettent de savoir qui est la mère, ce que traduit l'adage romain *mater semper certa est*⁴²⁶. Dès lors, il est facile *a priori* de rattacher l'enfant à celle qui accouche. On peut, ainsi, se servir de l'acte qui est établi au moment de la naissance de l'enfant.

L'article 311-25 du code civil prévoit désormais que « La filiation est établie à l'égard de la mère, par désignation de celle-ci dans l'acte de naissance ». Ainsi se trouve inversée la règle antérieure : à l'exigence d'une manifestation positive de la mère, on substitue l'exigence d'une manifestation négative, la demande d'accouchement anonyme.

On notera toutefois qu'on recrée alors une discrimination au détriment du père non marié avec la mère puisque celui-ci demeurera tenu d'une reconnaissance pour établir la paternité. L'exercice de l'autorité parentale étant désormais attribué au prix

⁴²⁵ Il avait été question dans le projet de réforme de successions de modifier l'article 55 du Code civil : la déclaration de naissance serait portée automatiquement en marge de l'acte de naissance de chacun des parents ayant effectué la déclaration auprès de l'officier d'état civil. On améliorerait ainsi la visibilité du lien de filiation. Rien n'a été fait en ce sens par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁴²⁶ La mère est celle qui accouche

de la course⁴²⁷, la mère part donc avantagée, ce qui devrait inciter les pères, comme ils le font déjà largement, à souscrire le plus tôt possible les reconnaissances prénatales.

L'acte de naissance ou titre est dressé au moment de la naissance de l'enfant. Il fait l'objet d'une inscription sur les registres de l'état civil. Il indique le fait matériel de la naissance. Il indique aussi, mais pas obligatoirement, l'identité de la mère. La mère est libre de choisir de se rattacher l'enfant ou non, pouvant aller jusqu'à accoucher secrètement.

L'acte de naissance fait preuve de l'accouchement et de la naissance⁴²⁸. Si le nom de la mère est indiqué, il prouve qu'à telle date, telle femme a accouché d'un enfant. Il ne prouve pas, bien sûr, que celui qui se prévaut de cet acte est bien celui dont cette femme a accouché. Mais il est admis que celui qui présente un acte de naissance n'est pas en principe tenu de faire la preuve de son identité. S'il arrivait que cette identité soit contestée⁴²⁹, la preuve que celui qui présente l'acte de naissance est bien celui dont la femme est accouchée pourra se faire par tous moyens.

Traditionnellement, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance lorsque la femme était mariée suffisait à ce que l'enfant soit rattaché à sa mère⁴³⁰. En revanche, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance ne permettait pas d'établir la filiation de l'enfant naturel. En d'autres termes, même si sur les papiers officiels de la naissance, il était dit que tel enfant né tel jour, avait telle mère, cette indication était neutralisée : l'enfant n'avait pas de mère officielle. Le risque d'une maternité automatique sans véritable intention avait perdu beaucoup de sa valeur compte tenu de la nature des filiations naturelles en notre temps. La règle présentait des inconvénients et n'était peut-être d'ailleurs même pas conforme à la Convention européenne des Droits de l'Homme. La commission de réforme du droit de la famille allait dans le sens d'une réécriture sur ce point.

⁴²⁷ article 372 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002

⁴²⁸ Une fausse déclaration constitue un faux en écriture. Elle implique qu'une femme déclare avoir accouché de tel enfant, ce qui est faux : il y a délit de substitution d'enfant.

⁴²⁹ ce qui est exceptionnel

⁴³⁰ le rôle du titre allait et va même au delà, puisque le jeu de la présomption de paternité était et est toujours précisément de permettre de tirer des conséquences de l'indication du nom du mari dans l'acte

§ 2 - La présomption de paternité

Les incertitudes de la science et le souci de préserver l'intimité de la vie familiale ont été à l'origine d'une règle fondamentale : la paternité légitime est établie grâce à une présomption : l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. *Pater is est quem nuptiae demonstrant* disaient les juriconsultes romains.

Cette maxime est toujours en vigueur aujourd'hui. Mais sa physionomie a beaucoup changé. Les cas dans lesquels jouait la présomption comme la force de celle-ci, ne sont plus qu'un pâle reflet de la législation en vigueur en 1804. A l'époque, tout était fait pour qu'un maximum d'enfants soient traités comme des enfants légitimes. Désormais, le principe de vérité conduit à ne pas rattacher l'enfant au mari de la mère lorsque ce rattachement serait une fiction.

En principe, la présomption de paternité joue lorsque l'enfant a été conçu pendant le mariage. Cependant, cette règle a fait l'objet de divers aménagements pour tenir compte de la variété des situations conjugales⁴³¹.

I - Le domaine de la présomption de paternité

La règle résulte de l'article 312 légèrement modifié par l'ordonnance de 2005 : « L'enfant conçu et né pendant mariage a pour père le mari ».

Pour déterminer si l'enfant a été conçu pendant le mariage, il faut faire jouer les présomptions relatives à la durée des grossesses. Sont réputés conçus pendant le mariage les enfants nés à partir du 180^e jour suivant la célébration du mariage, et jusqu'au 300^e jour suivant la dissolution de ce mariage.

Par exemple, si une femme accouche 8 mois après son mariage, l'enfant est rattaché à son mari. Il en serait de même si elle accouchait 8 mois après le décès du mari. Il convient également d'appliquer la présomption *omni meliore momento*, et de tenir compte de ce que les deux présomptions sont simples.

Si le mariage est dissous avant la conception de l'enfant, l'enfant n'est bien sûr pas rattaché au mari de la mère⁴³².

Autrefois, lorsque la femme concevait un enfant après le décès de son mari, l'enfant était légitime. Bien sûr, la légitimité pouvait être facilement contestée... Mais

⁴³¹ couples séparés de fait, en instance de divorce, etc.

⁴³² quelle que soit la cause de dissolution : décès ou divorce

de nos jours, quelle que soit la cause de dissolution du mariage⁴³³, l'enfant né plus de 300 jours après cette dissolution est un enfant qui n'est pas rattaché au mari⁴³⁴.

Si le nom du mari de la mère figurait dans l'acte de naissance, il serait possible de le faire supprimer par une action en rectification d'état civil portée devant le président du Tribunal de Grande Instance.

La présomption de paternité s'applique, également, à l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage, c'est-à-dire que l'enfant conçu avant le mariage mais né après, est rattaché au mari⁴³⁵.

Il est raisonnable de rattacher l'enfant des fiancés au mari de la mère : nombreux sont les couples qui se marient lorsque l'enfant, conçu pendant leur concubinage ou fiançailles, va naître... La probabilité que l'enfant soit du mari justifie la règle consacrée par la loi de 1972 suite à la jurisprudence Degas : l'enfant était un enfant légitime et non légitimé⁴³⁶. C'était un enfant légitime *ab initio*. Néanmoins, la présomption de paternité était alors plus fragile, car l'action en contestation de paternité était facilitée, en théorie car les exceptions prévues à ce régime spécial conduisaient à appliquer en fait le plus souvent le droit commun. Dans le but de simplifier les règles, l'ordonnance de 2005 a supprimé ces règles considérées comme désuètes.

II - L'exclusion de la présomption

En principe, tout enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, cette règle est écartée dans deux cas. On constate, à la lecture de ces deux cas d'exclusion, que la simple séparation de fait entre deux époux ne suffit pas à écarter la présomption.

Craignant toutefois que la solution consistant à ne pas désigner le mari comme père ne soit trop excessive, le législateur a permis que l'on rétablisse la

⁴³³ décès, divorce

⁴³⁴ « L'enfant endormi », selon l'image musulmane, n'est pas légalement l'enfant du mari.

⁴³⁵ autrefois on disait : est réputé légitime

⁴³⁶ c'est-à-dire qu'on ne le traitait pas comme un enfant naturel légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère

présomption⁴³⁷.

A - Les deux cas d'exclusion

La première exclusion concerne l'enfant conçu pendant une période de séparation légale des époux. On appelle séparation légale la période pendant laquelle les époux sont dispensés, par une décision de justice, de résider ensemble, et donc de cohabiter du fait de l'existence d'une procédure de divorce ou de séparation de corps.

Il découle de l'article 313 du code civil qu'en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, la présomption de paternité est écartée lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date de la séparation officielle.

Quelle est cette date ? Il s'agit en principe de la date de l'ordonnance de non-conciliation. La règle est logique : l'ordonnance de non-conciliation met fin à l'obligation de vie commune des époux. Si les époux ont divorcé par consentement mutuel, on prend comme point de départ des délais soit l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, soit l'homologation des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2 du code civil.

Le législateur a envisagé le cas où la demande de divorce serait rejetée, et celui où serait constatée la réconciliation des époux : la présomption de paternité retrouve alors son empire. Mais il n'est pas possible de la faire jouer tout de suite, puisqu'il faut tenir compte de la durée légale des grossesses. Ceci explique la formule finale de l'article 313, alinéa 1 du code civil : la présomption de paternité ne s'applique pas si l'enfant est né moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.

La seconde exclusion concerne l'enfant déclaré sans indication du nom du père et élevé par la mère seule. La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard⁴³⁸. Schématiquement, on peut dire que dans l'acte de naissance, figure le seul nom de famille de la mère, qui apparaît comme une femme célibataire. L'enfant n'est pas élevé par le couple, plus précisément il n'a pas de possession d'état à l'égard du mari.

⁴³⁷ on en revient au principe à condition d'apporter certaines preuves

⁴³⁸ article 313-4 du code civil

L'enfant n'est sûrement pas du mari puisque la mère n'a pas fait mention du nom de ce dernier. Si la mère élève seule l'enfant après la naissance, la probabilité se renforce encore. La loi décide que la présomption de paternité ne joue pas, ce qui est réaliste.

La règle, instaurée en 1972, a été contestée. On a dit que c'était un moyen pour une femme mariée d'écarter un mari jugé trop encombrant, et d'empêcher ce dernier d'avoir un lien avec ses enfants. La critique est excessive. Le texte présente l'avantage de permettre à une femme mariée qui vit séparée de son mari et n'a pas divorcé de ne pas avoir à entamer une procédure pour faire constater la non-paternité de son conjoint. Il évite surtout de faire subir à l'enfant les conséquences des hasards d'établissement des actes de naissance.

De toute façon, du fait de l'unité des modes d'établissement de la filiation, on peut envisager une reconnaissance par le mari de la mère, s'il était vraiment le père biologique, et à supposer bien sûr que nul n'ait déjà reconnu l'enfant.

Notons que le fait que le mari n'a pas été désigné comme père ne suffit pas à écarter la présomption de paternité. Il faut aussi une absence de possession d'état de l'enfant à l'égard du mari. On en déduira que si le mari, dont le nom ne figure pas sur l'acte, élève l'enfant, il peut faire établir un acte de notoriété attestant que l'enfant a la possession d'état, puis faire rectifier les actes de l'état civil, tout cela sous condition que personne n'ait reconnu l'enfant avant qu'il n'agisse.

Lorsque la présomption est écartée, cette exclusion est automatique : il n'est nul besoin d'intenter d'action en justice. Si par erreur l'enfant avait été déclaré sous le nom du mari, alors qu'on se trouvait dans une période de séparation légale, il suffirait de demander la rectification des actes de l'état civil. Il ne s'agit pas de contester la paternité, mais de faire constater que les actes d'état civil contiennent une erreur matérielle.

B - Le rétablissement de la présomption de paternité

Au système ancien qui tentait un compromis entre les revendications du mari, celle du couple réconcilié et l'amant vrai père biologique, compromis réalisé à travers

le rôle dévolu à la possession d'état d'enfant légitime, le système actuel a le mérite d'avoir tranché pour la simplicité : seule compte la vérité biologique. De plus, le principe de chronologie conduit à n'ouvrir cette action que si la filiation de l'enfant n'est pas établie à l'égard de quelqu'un d'autre. Si l'amant de la mère a reconnu l'enfant, c'est la reconnaissance qui l'emporte, et celui qui intente l'action devra apporter la preuve de son caractère mensonger.

L'article 315 du code civil qui ouvre la possibilité de faire rétablir en justice les effets de la présomption de paternité renvoie à l'article 329 du code civil⁴³⁹. Ce texte dispose que chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. Il est plus simple pour le mari de reconnaître l'enfant que d'intenter une telle action, qui ne présente de réel intérêt que pour la femme dont le mari dénie sa paternité. L'action est aussi ouverte à l'enfant pendant les 10 années qui suivent sa majorité.

Sous-section 2 - L'établissement de la filiation par la reconnaissance

L'article 316 du code civil pose une règle générale : lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité.

Le mode normal d'établissement de la filiation maternelle étant l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, il n'est plus nécessaire aux femmes célibataires de souscrire une reconnaissance pour que leur enfant leur soit rattaché. Ce n'est que dans le cas où la femme n'a pas indiqué son nom, puisque cette indication n'est pas obligatoire, qu'elle aurait besoin éventuellement, après la naissance de l'enfant, de souscrire une reconnaissance.

En l'absence de mariage des parents, la reconnaissance est le mode habituel d'établissement de la paternité. Seule la paternité légitime est établie par l'effet de la loi. Dès lors, le père célibataire doit reconnaître son enfant s'il veut que cet enfant soit légalement le sien. Si l'homme est marié, par le jeu de la présomption de paternité, l'enfant lui est rattaché. Néanmoins, constatons que contrairement à la solution admise dans le droit antérieur, il semble désormais possible au mari de la

⁴³⁹ Ce renvoi est logique : l'action en justice fait partie des actions aux fins d'établissement du lien de filiation

mère de souscrire une reconnaissance, plus spécialement bien sûr dans l'hypothèse où la femme n'aurait pas indiqué le nom de son mari dans l'acte de naissance.

§ 1 - Le régime

La reconnaissance est l'acte volontaire et solennel par lequel un parent déclare être l'auteur d'un enfant et vouloir établir le lien de filiation. Elle a une double nature : c'est un acte juridique par lequel le père ou la mère fait entrer l'enfant dans sa famille. C'est un aveu d'un fait, celui de la filiation. En tant qu'acte, la reconnaissance peut être annulée ; en tant que confession d'une situation, elle peut être contestée afin de démontrer l'inexactitude du fait.

Selon la formule de l'article 316 alinéa 2 du code civil restée inchangée, la reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

La reconnaissance peut se faire par déclaration devant l'officier d'état civil. Elle est indépendante de la déclaration de naissance de l'enfant. Même insérée dans l'acte de naissance, elle reste distincte. Elle peut donc se faire avant ou après cette déclaration. La reconnaissance prénatale est d'ailleurs d'usage fréquent. Issue de la pratique, cette modalité fait désormais l'objet d'une consécration spécifique. La reconnaissance étant faite avant la naissance, elle ne produira ses effets que si l'enfant naît vivant et viable. Cette reconnaissance prénatale est mentionnée ensuite sur l'acte de naissance. La reconnaissance peut aussi être effectuée au moment de la déclaration de naissance à l'état civil ou à un moment quelconque de la vie de l'enfant. Elle peut intervenir quel que soit l'âge de l'enfant, même majeur. Elle peut être effectuée après son décès⁴⁴⁰. Le droit de reconnaître son enfant est imprescriptible et ne connaît qu'une seule limite : l'établissement par une autre personne d'un lien de filiation avec l'enfant, ce qui contraindra le père biologique à contester préalablement cette filiation. Jusqu'à son décès, l'auteur d'un enfant peut le reconnaître. La reconnaissance peut aussi être faite par acte notarié⁴⁴¹. L'avantage de ce procédé est la discrétion : la reconnaissance ne produira effet en pratique qu'au moment du décès de son auteur. Enfin, la reconnaissance peut être faite par aveu judiciaire, résultant d'une déclaration faite devant un juge, lors d'une comparution personnelle. L'officier de l'état civil ne dispose d'aucun pouvoir : même

⁴⁴⁰ On parle, alors, reconnaissance *post mortem*

⁴⁴¹ dans un testament authentique

invraisemblable, la reconnaissance ne peut être refusée.

§ 2 - Les caractéristiques

Nul ne peut s'opposer à la reconnaissance. En particulier la mère d'un enfant naturel ne peut empêcher le père biologique de le reconnaître.

Certaines femmes enceintes souhaitent écarter définitivement le père de leur enfant. Elles n'ont aucun moyen de le faire. A partir du moment où l'homme est le père véritable, il peut souscrire une reconnaissance.

Inversement, nul ne peut obliger un homme ou une femme qui ne souhaite pas reconnaître un enfant à le faire. Mais à défaut, l'enfant ou son représentant pourra judiciairement faire constater la filiation. Tel est l'objet de l'action aux fins d'établissement de la filiation.

En principe, celui qui n'a pas reconnu un enfant n'encourt aucune responsabilité. Dans notre conception française, le lien de filiation est le résultat d'un acte de volonté totalement libre.

Une amorce d'évolution se fait jour. En cas de procréation médicalement assistée, l'article 311-20, alinéa 4 du code civil permet d'engager la responsabilité de celui qui ne reconnaît pas l'enfant après avoir consenti à l'acte médical.

De façon générale, ne faudrait-il pas remettre en cause notre conception selon laquelle celui qui ne veut pas d'un enfant peut en toute impunité ne pas l'assumer ? En droit allemand, la femme est tenue d'indiquer qui est le père de son enfant. Nous sommes loin de connaître une telle obligation. Mais cela poserait un problème d'égalité de sexes, puisque la femme elle aussi peut ne pas assumer son enfant.

Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé⁴⁴². La mère n'indique pas son identité, ou si elle l'indique, demande que cette identité reste secrète. Cette possibilité existait depuis très longtemps, mais n'était consacrée que par le Code de la famille et de l'action sociale. Le législateur a tenu à l'introduire officiellement dans le Code civil en

⁴⁴² article 326 du code civil

1993. Cette solution est très discutée, certains l'estimant plutôt justifiée par le souci de multiplier le nombre d'enfants adoptables. Elle a été jugée par la Cour européenne des Droits de l'homme comme ne portant pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale consacré par la convention européenne des droits de l'homme.

Lorsque la mère de l'enfant demande que le secret de son admission lors de l'accouchement et de son identité soit préservé, l'enfant se heurte alors à une impossibilité de fait comme de droit de faire établir son lien de filiation maternelle.

Ceci empêchera-t-il le père naturel de reconnaître l'enfant en souscrivant une reconnaissance prénatale ? Le plus souvent, la reconnaissance ne pourrait matériellement être mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant, faute pour l'officier de l'état civil d'indiquer sur le lieu de naissance et l'identité de l'enfant. Si la reconnaissance était souscrite, le père connaissant ces éléments, cet acte devrait-il produire tous ses effets, même si cela risque de conduire à faire connaître l'identité de la mère à l'enfant ? La question a été partiellement envisagée par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles. Un nouvel article 62-1 a été créé, aux termes duquel « si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant ». Cette recherche sera souvent difficile, et ne pourra concrètement produire un effet que si l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption.

Textuellement, rien ne s'oppose à la reconnaissance : l'article 316 du code civil précise que la reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur, de sorte que l'établissement de la paternité n'est pas en contradiction avec l'article 325 du code civil, qui se contente d'interdire l'établissement de la filiation maternelle.

Le récent arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'affaire Benjamin⁴⁴³ condamne l'accouchement anonyme dans sa forme actuelle et renforce les droits du père. Se fondant sur la convention de New York du 26 janvier 1990, la Cour affirme que la reconnaissance d'un enfant prend effet à la

⁴⁴³ Civ. 1^o 7 avril 2006

date de la naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié, ce qui conduit à décider que le consentement à l'adoption de l'enfant doit être donné par le parent à l'égard de qui la filiation est établie. Dès lors, en cas d'accouchement anonyme de la mère, le conseil de famille des pupilles de l'Etat qui était informé de la reconnaissance prénatale faite par le père, laquelle établissait la filiation avec effet au jour de la naissance, ne pouvait plus consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel. Le placement de l'enfant étant irrégulier, il ne peut, donc, faire obstacle à la restitution de l'enfant.

Une reconnaissance ne peut émaner que du père ou de la mère. Si le parent est lui-même mineur, il souscrit seul la reconnaissance : il n'a aucune autorisation à obtenir, notamment de ses propres père et mère. Un représentant légal ne peut souscrire une reconnaissance pour le compte de l'incapable. On affirme traditionnellement que la reconnaissance est susceptible d'annulation pour vice de consentement. La reconnaissance est, en effet, un acte juridique, ce qui implique que la volonté de son auteur soit libre et consciente. La jurisprudence ne donne cependant pas d'exemple d'application de cette règle.

§ 2 - Les effets

Notons, tout d'abord, que la reconnaissance n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui l'a souscrite. L'officier de l'état civil est d'ailleurs tenu d'informer l'auteur de la reconnaissance du caractère de divisibilité du lien de filiation ainsi établi, et doit indiquer dans l'acte de reconnaissance que cette information a été donnée.

Ensuite, la reconnaissance établit un lien de filiation entre son auteur et l'enfant ou les enfants concernés. Une fois souscrite, la reconnaissance crée un lien de filiation irrévocable. Ce n'est que si elle est mensongère ou en cas de vices du consentement de son auteur qu'elle peut être remise en cause. Dès lors qu'elle correspond à la vérité biologique, elle lie définitivement son auteur. Elle ne peut être rétractée.

Enfin, les effets de la reconnaissance remontent au jour de la naissance : l'enfant est rétroactivement rattaché à celui qui l'a reconnu depuis sa naissance, ou

en cas de nécessité au jour de sa conception.

La rétroactivité du lien de filiation explique également que l'auteur d'une reconnaissance doit supporter avec l'autre parent la charge définitive des dépenses d'entretien et d'éducation et soit éventuellement condamné à rembourser de tels frais engagés par une autre personne pour élever l'enfant.

Sous-section 3 - L'établissement de la filiation par la possession d'état

La possession d'état est un mode général d'établissement du lien de filiation, mais encore, doit-elle être prouvée.

§ 1 - La possession d'état, mode général d'établissement du lien de filiation

Traditionnellement, la loi décidait que pour la filiation légitime, à défaut d'acte de naissance, la possession d'état suffisait à prouver la filiation. Il faut supposer qu'un enfant est traité par un couple marié comme son enfant, que cet enfant considère le mari et la femme comme ses parents, et que l'enfant est regardé comme l'enfant du couple marié. Cet enfant a un acte de naissance qui n'indique pas le nom de ses parents biologiques. Peu importe, la possession d'état suffit à prouver qu'il est légitime. La possession d'état était considérée comme une sorte de moyen de sauver la filiation. En pratique, une telle situation est évidemment ambiguë.

Comment expliquer l'absence de titre de l'enfant ? En dehors de situations exceptionnelles⁴⁴⁴, la filiation réelle de l'enfant n'est peut être pas celle qu'il affiche extérieurement : il est probable que quelqu'un va combattre la preuve. On passe alors au stade contentieux. Or, lorsque l'enfant ne peut invoquer que la possession d'état et non son titre, son état peut être contesté.

La loi du 25 juin 1982 était venue préciser, pour la filiation naturelle, que la possession d'état était un mode d'établissement du lien de filiation, ce qui n'apparaissait pas très clairement dans les textes issus de la loi du 3 janvier 1972 et avait donné lieu à divergences jurisprudentielles.

Si la possession d'état était un simple mode de preuve, il suffirait pour que

⁴⁴⁴ destruction des actes de l'état civil

l'enfant ne soit pas rattaché au père naturel, de démontrer qu'en réalité celle-ci n'existe pas ou est viciée. L'acte de notoriété délivré ne devrait faire foi que jusqu'à preuve contraire : ce n'est qu'une présomption légale simple. Or, désormais, la possession d'état est un mode d'établissement du lien de filiation. Depuis la loi du 8 janvier 1993, l'acte de notoriété a un rôle accru. En effet, il est prévu à l'article 311-3, alinéa 3 du code civil que le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété, est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. C'est une disposition surprenante : l'acte de notoriété est délivré de manière gracieuse, il ne fait que constater des faits. Et pourtant, on en déduit le lien de filiation, alors que dans le même temps on maintient la règle selon laquelle l'acte est susceptible d'une contestation sur le fond. L'affirmation est d'autant plus douteuse que la fiabilité des actes de notoriété est parfois sujette à caution.

On en déduira que pour la faire tomber, il faut prouver la fausseté du rapport de parenté, ce qui implique, semble-t-il, de démontrer que le père prétendu n'est pas le père biologique.

Les parents ou l'enfant peuvent engager devant le Tribunal de Grande Instance une action en constatation de la possession d'état, même si l'acte de notoriété a été refusé.

§ 2 - La preuve de l'existence de la possession d'état

Afin de faciliter la preuve de la possession d'état, le législateur a organisé un mode d'établissement simplifié. L'acte de notoriété est le mode normal, non contentieux, de la possession d'état. L'article 317 du code civil reprend les dispositions du droit antérieur en ce qu'il permet aux parents et à l'enfant de demander au juge la délivrance d'un acte de notoriété afin de prouver la réalité de la possession d'état. La décision du juge est une décision de nature gracieuse, insusceptible de recours, et qui ne préjuge pas au fond. Le juge délivre cet acte après avoir éventuellement fait procéder à une enquête.

On remarquera dans l'article 317 précité un détail qui pourrait permettre de répondre à quelques événements dramatiques. En cas de décès du père ou de la mère non mariés à la naissance de l'enfant, l'impossibilité de toute reconnaissance obligeait à recourir à une action judiciaire puisque l'indication du nom ne suffisait pas.

Pour la mère non mariée, la question est désormais réglée mais subsistait le problème pour le père non marié. L'alinéa 2 de l'article 317 susvisé permet un établissement par acte de notoriété, ce qui suppose la constatation d'une possession d'état prénatale. Les éléments de preuve seront évidemment spécifiques du fait de la faible durée de la situation.

Section 3 - L'établissement contentieux de la filiation

Depuis des décennies, le régime des actions relatives à la filiation s'effectuait à partir de la distinction entre la filiation des enfants légitimes et celle des enfants naturels. Le système était complexe : dénominations diverses des actions, conditions de recevabilité, notamment de délai et des conditions de fond à deux variables⁴⁴⁵. Le système se caractérisait par la diversité des actions et de leurs dénominations⁴⁴⁶.

Concernant l'enfant légitime, le contentieux se focalisait sur la contestation de paternité : les actions tentant à établir qu'un enfant est l'enfant légitime d'un couple restaient des cas marginaux⁴⁴⁷.

Avant la loi du 3 janvier 1972, la présomption de paternité était quasiment irréfragable : seul le mari pouvait la renverser, par une action appelée action en désaveu. La loi du 3 janvier 1972 avait élargi les possibilités de contestation, en reconnaissant à la mère le droit d'intenter l'action. Mais, à côté des actions créées par le législateur, la jurisprudence en avait admis de nouvelles, en les rattachant à deux articles du Code civil interprétés *a contrario*, les articles 334-9 et 322. Il résultait de la combinaison des actions créées tant par le législateur que par la Cour de cassation que les conditions de la contestation variaient suivant que l'enfant avait ou non la possession d'état d'enfant légitime.

Pour l'enfant naturel, la situation était quelque peu différente : faute de présomption de paternité, l'établissement de la filiation de l'enfant naturel reposait sur un acte de volonté du père ou de la mère. Le contentieux de la contestation de paternité naturelle était malheureusement fort abondant. Par tradition, la loi n'institue aucun contrôle *a priori* de la véracité des reconnaissances. Or les formes de la

⁴⁴⁵ preuve de la vraisemblance de paternité ou preuve de la vérité biologique

⁴⁴⁶ une vingtaine

⁴⁴⁷ qui faisait cependant l'objet de dispositions

reconnaissance sont simples. Il suffit de se déplacer quelques instants dans une mairie pour se rattacher un enfant. La reconnaissance peut ne pas correspondre à la vérité biologique soit par erreur, soit, plus fréquemment, parce que son auteur l'a souscrite mensongèrement en toute connaissance de cause. Les reconnaissances de complaisance ont été et resteront probablement fréquentes. Elles ont longtemps été tolérées, voire favorisées en France. On y voit une forme d'adoption simplifiée favorable à l'enfant... Le contentieux s'est, pourtant, développé.

Toutes ces actions obéissaient à des conditions de fond et de recevabilité différentes, notamment de délai. Un exemple : si l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime, le mari ne disposait que de six mois pour contester la filiation, alors que si un enfant était un enfant naturel, le père qui l'avait élevé pouvait contester sa paternité pendant 10 ans.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 ayant supprimé les notions de filiation légitime et de filiation naturelle a eu pour conséquence d'entraîner l'unification des actions. La *summa divisio* est désormais la suivante : on distingue, d'une part, les actions tendant à établir la filiation, d'autre part, les actions tendant à contester la filiation.

Les articles 318 à 337 du Code civil contiennent des dispositions générales, définissent les conditions d'exercice des actions qui tendent soit à établir la filiation, soit à la contester. C'est ce plan qui a l'avantage de la clarté qui sera adopté.

Sous-section 1 - Les dispositions générales

Elles concernent la procédure des actions et les preuves. Ces textes sont parfois écartés ou complétés par d'autres dispositions.

§ 1 - Le régime procédural des actions

Trois points particuliers doivent être, ici, envisagés.

I - La compétence des juridictions et le déroulement de l'instance

L'article 318-1 du code civil donne une compétence exclusive aux tribunaux de grande instance pour connaître des actions relatives à la filiation. S'agissant d'actions mettant en cause l'état des personnes, la règle est traditionnelle. Toute autre juridiction, judiciaire ou administrative, est tenue de se déclarer incompétente. La filiation est une question préjudicielle.

Cependant, les juridictions répressives sont exceptionnellement compétentes dans le cas où un tribunal répressif est saisi d'une infraction conditionnée par l'état du prévenu. Le tribunal répressif est alors compétent pour statuer sur le bien-fondé de l'exception, mais sa décision n'a pas autorité de chose jugée au civil. On en revient au principe de la compétence exclusive de la juridiction civile en cas de délit portant atteinte à la filiation d'un enfant : la juridiction pénale doit surseoir à statuer⁴⁴⁸.

Les articles 318 et suivants du code civil ne contiennent aucune disposition commune relativement au droit d'action du Ministère public. En principe, le Ministère public ne peut pas intenter une action relative à la filiation. Son domaine d'intervention est à l'heure actuelle circonscrit à deux hypothèses : la contestation de reconnaissance et la fraude à la loi⁴⁴⁹.

Quoiqu'il en soit, tout dossier relatif à la filiation doit être communiqué préalablement au Parquet.

En matière contentieuse, le juge peut inviter les parties à appeler des tiers en cause⁴⁵⁰. En droit de la filiation, les pouvoirs du juge sont augmentés : selon l'article 324 alinéa 2 du code civil, le juge peut d'office ordonner cette mise en cause.

L'objectif est de limiter au maximum la tierce opposition : le contentieux sera vidé une fois pour toute.

B - Le droit d'agir

Concernant la prescription des actions, la loi de 1972 avait franchi un pas important en décidant que les actions relatives à la filiation se prescrivent en principe par 30 ans. Elles étaient autrefois imprescriptibles. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a non seulement conservé le principe d'une prescription, mais encore a réduit ce délai : l'article 321 du code civil pose comme règle générale que, sauf dans lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, la prescription est de dix ans.

Le même texte déclare que les actions se prescrivent par 10 ans « à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir

⁴⁴⁸ par exemple : en cas de substitution d'enfant

⁴⁴⁹ par exemple, maternité de substitution

⁴⁵⁰ article 332, alinéa 1, NCPC

de l'état qui lui est contesté ».

A l'égard de l'enfant, le délai est suspendu pendant la minorité, ce qui conduit à ce que les actions soient prescrites dans un délai de 28 ans.

La prescription court soit du jour où l'individu a été privé de son état pour les actions tendant à établir la filiation⁴⁵¹, soit du jour où l'individu est entré en possession de l'état qui lui est contesté⁴⁵².

Les difficultés techniques seront assez nombreuses, surtout si l'on s'inspire de la jurisprudence qui avait interprété l'ancien article 311-7 du code civil qui contenait une formule comparable à celle du nouvel article 321 du code civil.

Pour ce qui est de l'indisponibilité des actions, l'article 323 du code civil reprend une règle traditionnelle : les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation. Ainsi, la mère d'un enfant ne peut prendre l'engagement envers le père de ne jamais le rechercher en justice comme père.

Il en résulte la nullité de toute renonciation à une action déjà engagée par voie de désistement, d'acquiescement ou de transaction. En revanche, le désistement, parce qu'il laisse subsister le droit substantiel, reste admis.

Le principe d'indisponibilité implique également que les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de conventions. Entre autres, une femme enceinte ne peut valablement s'engager envers une autre à lui remettre son enfant au moment de la naissance⁴⁵³.

En revanche, les conventions sur les effets de la filiation⁴⁵⁴ sont, dans certaines limites, valables.

Sous l'empire de la loi de 1972, les actions étaient, sauf exception, intransmissibles activement. Le principe d'intransmissibilité se rattachait, comme celui de l'indisponibilité, à l'idée que les actions relatives à la filiation sont

⁴⁵¹ le point de départ étant alors souvent la naissance

⁴⁵² c'est-à-dire en principe la date du titre établissant la filiation

⁴⁵³ convention dite de mère porteuse, prohibée par la jurisprudence, puis par la loi bioéthique de 1994 qui a introduit une disposition expresse dans l'article 16-7

⁴⁵⁴ autorité parentale, pension alimentaire

personnelles. La règle n'a pas survécu à la réforme. L'article 322 du code civil généralise la transmissibilité. L'action qui appartenait à un individu relative à la filiation peut être exercée par ses héritiers dès lors que la personne décédée était dans le délai utile pour agir. De plus, ses héritiers peuvent aussi poursuivre l'action qu'elle avait déjà engagée, à moins qu'il n'y ait eu désistement ou péremption d'instance.

Le principe d'intransmissibilité ne subsiste plus que pour les créanciers.

En cas de décès du parent prétendu, l'action est exercée contre les héritiers. La question de la détermination du défendeur dans certaines actions en cas de renonciation des héritiers reste débattue⁴⁵⁵.

Enfin, la loi déclare irrecevable l'action relative à la filiation de l'enfant qui n'est pas né viable. Certes, il pourrait arriver que quelqu'un ait un intérêt moral à le faire. Mais, dans l'intérêt de la paix des familles, pour éviter l'exercice d'une action à but vexatoire, l'action ne peut être reçue.

Cela n'implique pas que, de manière générale, le législateur ne se préoccupe pas du statut de l'enfant né sans vie.

III - Les effets des jugements rendus en matière de filiation

La question de l'autorité des jugements en matière de filiation a été longtemps discutée.

En droit commun, le principe de l'autorité relative de la chose jugée posé à l'article 1351 du Code civil conduit à décider que le jugement est nécessairement opposable aux personnes étrangères à l'instance. Les tiers peuvent faire tierce opposition.

Le législateur depuis 1972 a posé en règle que les jugements rendus en matière de filiation sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties ; mais celles-ci ont le droit d'y former tierce opposition⁴⁵⁶. Ce texte ne fait qu'exprimer le droit commun en la matière. Par là, le législateur a opté pour un refus de fermer la

⁴⁵⁵ les héritiers, le Ministère public ?

⁴⁵⁶ article 324 du code civil

tierce opposition. On traduit volontiers cette règle en disant que les jugements en matière de filiation ont une opposabilité absolue.

Le texte précise que la tierce opposition ne peut être formée que par ceux auxquels l'action était ouverte, consacrant ainsi la jurisprudence qui avait admis que la tierce opposition est fermée lorsque la décision qu'elle prétend critiquer a été rendue à la suite d'une action dont la loi réserve l'exercice à certaines personnes qu'elle désigne.

Les ayants-cause universels, continuateurs de la personne du défunt, n'ont pas la possibilité de faire opposition ; ils peuvent en revanche continuer une procédure déjà entamée par le défunt.

Le délai est maintenant ramené à 10 ans.

Bien que les dispositions communes à la filiation ne le précisent pas, il est de règle que tout jugement relatif à la filiation est déclaratif. Il ne fait que constater une situation qui, nécessairement, existe depuis la naissance. Il en résulte une rétroactivité des effets du jugement. Par exemple, le père naturel déclaré judiciairement comme tel, devra rétroactivement assumer ses responsabilités, quitte à verser une contribution pour l'entretien de l'enfant, sans pouvoir invoquer la règle « aliments ne s'arrangent pas ».

Toute modification de l'état de l'enfant peut entraîner des conséquences, notamment quant à l'autorité parentale et au nom de l'enfant. Ce changement d'état est éventuellement subi par une personne majeure, ce qui explique les solutions nuancées apportées par les textes⁴⁵⁷.

§ 2 - Les preuves et les conflits de filiation

Les deux problèmes seront envisagés successivement.

I - La preuve en justice de la filiation

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a consacré le principe de liberté de la preuve. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation ayant fait référence dans divers textes aux

⁴⁵⁷ ainsi, en matière de changement de nom

examens sanguins ou « toute autre méthode médicale certaine », il était possible, depuis longtemps déjà, de recourir aux expertises biologiques de toute nature. Autrefois, on ne pouvait parvenir qu'à exclure de façon formelle une paternité en raison d'une incompatibilité de groupes sanguins, et dans les autres cas, les exclusions ou établissements de paternité restaient très approximatives⁴⁵⁸. La méthode des empreintes génétiques, portant sur l'examen comparé de l'ADN, permet d'aboutir à des quasi-certitudes⁴⁵⁹.

Les lois dites bioéthiques ont réglementé le recours aux empreintes génétiques et elles seules. Le recours aux expertises par analyse du groupe sanguin reste soumis au droit commun procédural.

Aujourd'hui, la preuve en justice de la filiation est libre : dès lors que les conditions de recevabilité sont réunies, la preuve peut être rapportée par tous moyens. Il n'existe plus d'actions administratives, subordonnées à la démonstration d'indices et de présomptions graves. Le rôle des expertises biologiques est évidemment essentiel.

L'absence de modification par l'ordonnance du 4 juillet 2005 s'explique par le fait que la loi d'habilitation n'avait pas prévu que le gouvernement puisse intervenir sur ce point. L'inclusion depuis 1994 du régime des preuves par empreintes génétiques dans les articles 16-11 et 16-12 du Code civil, alors que ce système de preuve concerne très largement le droit de la filiation, limitait toute réécriture des textes sur le procédé lui-même. La source même des deux textes, dans une loi de bioéthique, a été dénoncée par la doctrine : elle paraît avoir fait échapper définitivement leur régime aux spécialistes du droit de la filiation et aux juristes en général pour en faire de simples dispositions de droit médical. L'article 16-11 issu de la loi du 11 juillet 1994, ne réglait que la question du recours aux empreintes génétiques du vivant de la personne concernée. La jurisprudence, dans la célèbre affaire Montand, avait admis la possibilité de recourir aux expertises médicales après décès du père prétendu alors même que, de son vivant, il s'y était opposé. L'exhumation du cadavre à cette fin fut choquante, et contre-productive pour celle qui se prétendait « sa fille ».

⁴⁵⁸ 50%, 60% de chance

⁴⁵⁹ de l'ordre de 99,99%

La loi du 6 août 2004 a posé comme règle qu'aucune identification par empreintes génétiques n'est possible après la mort de la personne concernée, sauf autorisation donnée de son vivant.

En droit commun procédural, lorsqu'un expert est désigné, il convoque les parties et procède aux examens : il suffit à une personne de ne pas donner suite à la convocation pour que soit dressé un procès-verbal de carence et que l'on en déduise son absence de consentement. Ce système est celui qui joue pour les expertises médicales classiques.

Pour les empreintes génétiques, le système est différent ; rappelons en effet qu'il résulte de l'article 16-11 du code civil qu'en dehors d'une procédure judiciaire, il est impossible de faire vérifier la paternité d'une personne par empreintes génétiques, et le consentement de la personne concernée est requis dans le cadre d'une telle procédure. Les textes exigent un consentement préalable et express de l'intéressé. Concrètement, le médecin doit faire signer une déclaration d'acceptation avant tout prélèvement. Il n'est pas possible de passer outre le refus de la personne concernée pour le prélèvement.

Par application de l'article 11 du nouveau Code de procédure civile, le juge peut tirer toute conséquence du refus d'une personne de se soumettre à une expertise⁴⁶⁰ : selon la Cour de cassation, les juges du fond apprécient souverainement la valeur de la présomption pouvant résulter du refus de se soumettre à l'examen biologique.

On admet la compétence de principe du Tribunal de Grande Instance pour ordonner une telle mesure ; le juge de la mise en état ou le juge des référés pourrait donc ordonner le prélèvement⁴⁶¹.

Il s'agit d'une mesure avant-dire droit : c'est un jugement préparatoire. Le Code de procédure civile autorise le juge à ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction légalement admissible⁴⁶². L'expertise biologique⁴⁶³ peut être ordonnée à

⁴⁶⁰ de toute nature

⁴⁶¹ mais pas l'analyse, laquelle sera ordonnée par le tribunal

⁴⁶² articles 10 et 143 du nouveau code de procédure civile

titre de mesure d'instruction. Par conséquent, quand un jugement l'ordonne, il ne peut pas faire l'objet isolément d'un appel : il ne peut être frappé d'un recours qu'avec le jugement définitif.

Autrefois, il était admis que le juge pouvait refuser une expertise médicale dès lors qu'elle était demandée à titre de défense, ce qui était toujours le cas depuis la loi de 1972. Par un important arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation a affirmé que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». Même s'il a des doutes sur l'opportunité de la demande, le juge ne peut refuser l'expertise. Reste à savoir ce qu'est un motif légitime de refus. Ainsi en est-il d'une demande à des fins dilatoires ou vexatoires. Ceci explique, par exemple, que selon la Cour de cassation, une expertise génétique peut être refusée si la paternité est établie par divers indices, dès lors que cette expertise est plus coûteuse que l'expertise biologique. De même, le juge pourrait la refuser spécialement lorsqu'il s'agit de faire une seconde expertise alors que la première est déjà concluante, ou s'il est démontré que la demande est vexatoire. Quoiqu'il en soit, le champ d'application de cette règle prétorienne a connu un élargissement considérable : proclamée dans le contexte procédural où le défenseur à l'action demandait cette expertise, la règle a été étendue au demandeur à une action en recherche de paternité. Seul le demandeur à une action en constatation de possession d'état est privé du droit de demander cette expertise biologique, car son résultat ne pourrait être utile à la démonstration de la possession d'état.

§ 3 - Les conflits de filiation

La loi de 1972 avait introduit un principe général de solution pour le cas, concevable à l'époque, où la vérité biologique n'était pas connue avec certitude, où existerait un conflit de filiations. « Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. A défaut d'éléments suffisants de conviction, ils ont égard à la possession d'état⁴⁶⁴ ». Ce principe connaissait une exception

⁴⁶³ expertise sanguine ou identification à partir des empreintes génétiques

⁴⁶⁴ article 311-12 ancien du code civil

notable en matière de filiation naturelle : une reconnaissance rendait irrecevable l'établissement d'une autre filiation naturelle.

La loi de 1972 permettait curieusement, en effet, la création de conflits de filiation : dans cette hypothèse, un enfant se trouvait être juridiquement rattaché à plusieurs pères. L'hypothèse classique était celle de l'enfant rattaché au mari de la mère et à son père naturel qui l'avait reconnu, ce qui se traduisait à l'état civil, d'une part, par le fait que l'enfant avait un titre de naissance d'enfant légitime et, d'autre part, par le fait que la reconnaissance de l'enfant par le père naturel était portée en marge de l'acte de naissance. Dans ce cas où était créé un conflit de filiations, le juge devait être saisi pour le trancher ; le principe de solution était de déclarer père celui qui l'était selon toute vraisemblance. Pour cela, la preuve par tous moyens était autorisée.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a modifié le système en généralisant le principe de chronologie. L'article 320 du code civil pose la règle suivante : « 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 ». La règle est fondée sur l'idée que désormais la vérité biologique peut être connue avec certitude. Il en découle que les conflits de filiation ne peuvent plus être créés. Ainsi, dans le cas exposé, cela signifie concrètement que dès lors que l'enfant est rattaché à son père par son titre de naissance, le père biologique qui voudrait le reconnaître doit d'abord contester la paternité du mari de la mère. Nous pouvons citer un autre exemple : si un enfant a déjà été reconnu, il est exclu qu'une autre filiation soit établie. Il faut d'abord faire tomber la première reconnaissance pour que la seconde puisse être souscrite efficacement.

Si la filiation de l'enfant est établie par un jugement, tant que cette décision de justice n'aura pas été rétractée, infirmée ou cassée, aucun autre lien de filiation ne pourra être établi. Le père ou la mère prétendue devrait d'abord former tierce opposition au jugement.

La possession d'état peut aussi faire échec à l'établissement d'une autre filiation. La règle est délicate à appliquer : une possession d'état établie par un simple acte de notoriété est suffisante pour empêcher l'établissement d'un lien de

filiation à l'égard d'une autre personne, puisque la possession d'état est un mode d'établissement à part entière de la filiation. Mais de quoi faut-il tenir compte ? De l'acte de notoriété ? De sa mention en marge des actes de naissance ? Aucun texte ne répond à cette question. Tout dépend de la portée que l'on attribue à ce mode d'établissement.

Sous-section 2 - Les actions tendant à établir la filiation

Les règles qui régissent les actions ont été considérablement simplifiées en raison de suppression de la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle, qui a permis d'instituer des procédures uniques.

En matière de filiation légitime, on distinguait trois actions. L'action en réclamation d'état était ouverte à l'enfant dépourvu de titre et de possession d'état⁴⁶⁵. La paix des familles impliquait que de telles actions ne soient ouvertes qu'avec prudence. C'est ce que faisait précisément l'article 322 du code civil : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ». La preuve de la filiation ne pouvait être rapportée que s'il existait des présomptions ou indices assez graves pour en déterminer l'admission. Dans un premier temps, le demandeur devait énoncer les éléments de faits rendant sa filiation vraisemblable⁴⁶⁶ puis rapporter la preuve de sa filiation par tous moyens⁴⁶⁷. L'action en revendication d'enfant légitime, tout aussi exceptionnelle, permettait à des époux, agissant seul ou conjointement, de réclamer un enfant comme le leur. Enfin, l'action en rétablissement de la présomption de paternité, peu fréquente, était ouverte aux deux époux et à l'enfant, mais à des conditions de délai différentes, lorsque la présomption de paternité était écartée.

Les actions tendant à établir la filiation naturelle suscitaient un contentieux important. Elles avaient fait l'objet d'une réglementation qui avait évolué avec le temps. La filiation naturelle pouvait être établie à l'occasion de l'exercice d'une action en recherche de paternité ou de maternité. Il était aussi possible de former une

⁴⁶⁵ action exceptionnelle, dans la mesure où il est rare qu'un enfant veuille faire établir que tel homme et telle femme mariés au moment de sa naissance sont ses parents

⁴⁶⁶ lettres, marques sur le linge de l'enfant, certificat établi par une sage-femme...

⁴⁶⁷ notamment examen de comparaison des sangs ou empreintes génétiques

action en constatation de possession d'état, action dégagée par la jurisprudence, qui concernait essentiellement l'enfant naturel.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 ayant supprimé la distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, il devenait possible d'unifier les actions. Le principe de divisibilité du lien de filiation conduit à faire une distinction entre l'établissement de la paternité⁴⁶⁸ et l'établissement de la maternité.

§ 1 - L'action en recherche de paternité

Cette action est soumise à des conditions, son exercice ainsi que ses effets sont définis par la loi.

I - Les conditions

L'action en recherche de paternité, qui ne concernait autrefois que l'enfant naturel, fut longtemps interdite, et ne fut admise qu'à des conditions strictes. En 1972, le législateur avait opté pour une dualité des actions : une action établissant la filiation et une action alimentaire, appelée action à fin de subsides. L'action en recherche de paternité ne pouvait être intentée que si l'on se trouvait dans l'un des cinq cas d'ouverture de l'article 340. Même si cette condition était remplie, l'action pouvait être écartée par des fins de non-recevoir, qui ressemblaient plus d'ailleurs à des défenses au fond. Ainsi, le père prétendu pouvait ne pas être déclaré père, et ce même s'il était certain biologiquement que c'était lui le géniteur de l'enfant, ou s'il prouvait une faute spécifique de la mère⁴⁶⁹.

Des tentatives furent faites pour élargir les cas d'ouverture, que la Cour de cassation refusa de suivre. Elle décida notamment que la seule preuve de la vérité biologique ne permettait pas de déclarer judiciairement la paternité. Ainsi, la femme qui n'avait pas vécu en concubinage avec le père, et qui, n'ayant pas eu d'autres amants que le père biologique et pouvait donc le désigner en tant que géniteur de son enfant, n'obtenait pas un jugement déclarant la paternité.

La loi du 8 janvier 1993 a fait évoluer le système en profondeur. Elle avait supprimé les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir, sans avoir pourtant officiellement fait triompher la conception biologique de la paternité. La procédure comportait deux phases : d'abord, le juge constatait l'existence d'admicules

⁴⁶⁸ sur lequel se concentre d'ailleurs la quasi-totalité du contentieux

⁴⁶⁹ le Code civil visait précisément l'inconduite notoire de la mère

préalables⁴⁷⁰ ; ensuite, il déclarait la paternité si les preuves étaient suffisantes. Il n'était pas toujours évident de respecter ces deux étapes qui impliquaient que l'on prenne parti sur la question de savoir à quel stade le juge pouvait prescrire des expertises. S'il existait des indices graves, l'action était recevable ; l'enfant devait alors démontrer, dans un second temps, que le défendeur était bien son père biologique. Ce schéma n'était pas toujours suivi car une expertise biologique était parfois autorisée, avant dire droit, et son résultat permettait de lever les deux types de conditions.

Selon l'article 327 du code civil, « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ». L'action intéresse aussi bien l'enfant légitime que l'enfant naturel. Il suffit de prouver la paternité. La règle est simple : il n'y a aucun obstacle à la mise en œuvre de l'action autre que les conditions de recevabilité classique, spécialement celle tirée du délai d'exercice de l'action. La preuve peut être rapportée par tous moyens, notamment bien sûr par expertise biologique.

Par comparaison avec l'action en recherche de maternité, on peut se demander si l'action doit être intentée à condition que l'enfant n'ait ni titre ni possession d'état. Le texte ne le dit pas. Constatons cependant que ce sera presque toujours le cas : si l'enfant a un titre⁴⁷¹, sa filiation est établie automatiquement par l'effet de la loi ; s'il a la possession d'état à l'égard de son père, il lui suffit de faire établir un acte de notoriété ou d'intenter une action en constatation de possession d'état.

Si la possession d'état est douteuse, incertaine ou s'il est probable qu'elle soit contestée, il paraît possible d'intenter une action en recherche de paternité, dans la mesure où le texte de l'article 327 du code civil, contrairement à celui de l'article 325 du même code, ne fait pas de l'absence de titre et de possession d'état une condition expresse de recevabilité de l'action en recherche de paternité.

II - L'exercice de l'action

L'action tendant à l'établissement du lien de filiation paternelle n'appartient

⁴⁷⁰ des indices de paternité

⁴⁷¹ acte de naissance ou reconnaissance

qu'à l'enfant.

S'agissant de l'enfant mineur, l'action est le plus souvent intentée par la mère, qui, l'ayant reconnu, peut agir en tant que représentant légal. Il arrive que cette mère soit elle-même mineure⁴⁷². Cette jeune mère n'a pas à être représentée : la mère agit seule au nom de l'enfant. Elle n'a pas besoin d'autorisation. Si son propre représentant légal agissait, l'action serait irrecevable.

Si la mère n'a pas reconnu l'enfant, si elle est décédée ou si elle se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'action est intentée par le tuteur de l'enfant avec autorisation du conseil de famille⁴⁷³.

L'action est exercée contre le père prétendu, ou contre ses héritiers s'il est décédé. A défaut d'héritiers acceptant, l'action est intentée contre l'Etat.

L'action en recherche de paternité était enfermée dans un délai rigoureux : l'action devait, en principe, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance. Lorsque l'action était exercée par l'enfant, une fois devenu majeur, le délai de deux ans courait à compter de la majorité. L'ancien article 340-4 comportait d'autres points de départ qui annonçaient des moments où l'action était ouverte, entrecoupés par des moments où l'action était fermée.

Désormais, l'action est soumise au délai de droit commun des actions relatives à la filiation⁴⁷⁴. La mère peut donc agir pendant un délai continu correspondant à toute la minorité de l'enfant⁴⁷⁵. L'enfant lui-même peut agir jusqu'à l'âge de 28 ans.

Si une demande avait été rejetée sous l'empire du droit ancien parce que l'enfant ne prouvait pas l'existence d'un cas d'ouverture ou parce que le délai de deux ans avait été dépassé, il est possible de considérer que ne joue pas la règle de l'autorité de la chose jugée.

III - Le jugement et ses effets

Lorsque le tribunal fait droit à la demande, il déclare la filiation établie, et ce

⁴⁷² cas de la très jeune mère abandonnée par le père de son enfant

⁴⁷³ par application de l'article 464, alinéa 3 du code civil

⁴⁷⁴ articles 321 et 322 du code civil

⁴⁷⁵ l'action appartient à l'enfant et le délai de prescription est suspendu pendant la minorité

rétroactivement : l'enfant est celui du père prétendu depuis le jour de sa naissance. Le tribunal peut, aux termes de l'article 331 du code civil, statuer s'il y a lieu, sur l'autorité parentale, sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et sur l'attribution du nom⁴⁷⁶.

Il est admis que le père qui s'est soustrait à son obligation d'entretien par sa faute peut être condamné à verser des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 à la mère⁴⁷⁷. Il peut aussi être condamné à rembourser la pension alimentaire qui aurait été jusqu'alors versée par une personne qui aurait assuré l'entretien de l'enfant.

La règle « aliments ne s'arrangent pas » ne pourrait être invoquée par lui.

La loi de 1972 avait prévu une « passerelle » entre l'action en recherche de paternité et l'action à fin de subsides : en rejetant la demande de déclaration judiciaire de paternité, les juges pouvaient néanmoins allouer des subsides à l'enfant. Cette passerelle avait un sens à l'époque où, du fait des cas d'ouverture stricts de l'action, il n'était pas rare qu'une action en recherche de paternité soit rejetée. Elle a été supprimée, ce qui se comprend : l'action peut être intentée pendant toute la minorité de l'enfant. Par hypothèse, la preuve de la paternité biologique n'a pas été rapportée dans le cadre de l'action en recherche de paternité : on peut en déduire, pour l'action à fin de subsides, soit que la preuve des relations sexuelles entre la mère et le défendeur n'est pas établie, soit que le défendeur à l'action serait à même de se défendre en démontrant qu'il n'est pas le père prétendu.

§ 2 - L'action en recherche de maternité

Un enfant naturel ou légitime peut agir en justice pour faire constater que telle femme qui a accouché le jour de sa date naissance est bien sa mère. Mais cette action se présente sous un jour particulier. D'abord, on rappellera que cette action ne peut être exercée que si l'enfant n'est pas rattaché juridiquement à une autre

⁴⁷⁶ ce qui est, en l'état du droit positif, le seul cas dans lequel le juge judiciaire se prononce sur une demande de changement de nom

⁴⁷⁷ frais de maternité ou d'entretien

femme⁴⁷⁸. Ensuite, le principe de liberté de recherche de maternité connaît des dérogations.

Le contentieux est exceptionnel : il concerne essentiellement les enfants abandonnés à leur naissance et élevés par un proche, l'enfant connaissant de fait sa mère biologique. Il intéressait aussi l'enfant pour lequel la mère n'aurait pas demandé le secret de son accouchement, son nom figurant même sur l'acte de naissance de l'enfant qu'elle n'a pas élevé. Désormais, ce cas est supprimé : l'indication du nom de la mère dans l'acte est un cas d'établissement automatique de la filiation, et cela vaut même pour les enfants nés avant le 1er juillet 2006. Elle pourrait être intentée en cas de supposition ou substitution d'enfant. La supposition d'enfant est le fait pour une femme qui n'a pas accouché⁴⁷⁹ de se rattacher l'enfant d'une autre femme qui l'a secrètement abandonné. La substitution d'enfants est l'échange de deux enfants en les rattachant à une femme autre que celle qui leur a donné la vie.

Selon l'article 325 du code civil, à défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. Les conditions d'absence de titre et de possession d'état sont logiques : si l'enfant a un titre⁴⁸⁰, sa filiation est établie automatiquement ; s'il a la possession d'état à l'égard de sa mère, il lui suffit de faire établir un acte de notoriété ou d'intenter une action en constatation de possession d'état.

Les règles de procédure sont quasiment les mêmes que celles de l'action en recherche de paternité⁴⁸¹, à cette différence près que c'est bien sûr le père qui a ici vocation à exercer l'action.

L'enfant qui recherche en justice sa mère est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue est accouchée. Mais comme en matière de paternité, la preuve est libre.

Il existe une exception : l'accouchement « sous X ». La demande de secret de l'accouchement et de l'identité, que toute femme peut exiger, est une fin de non-

⁴⁷⁸ essentiellement par voie d'adoption plénière

⁴⁷⁹ ou n'a pas mené sa grossesse à terme

⁴⁸⁰ acte de naissance ou reconnaissance

⁴⁸¹ notamment, relevons que l'action est prescrite lorsque l'enfant a 28 ans

recevoir à l'action en recherche de maternité naturelle⁴⁸². Cette règle n'a été inscrite dans les textes qu'avec la loi de 1993.

Elle est malencontreuse : l'action en recherche de maternité se heurte le plus souvent au fait que l'enfant ayant été adopté, ne pourrait de toute façon pas agir.

La règle aurait pu être abrogée sans que soit pour autant remis en cause le droit pour la femme d'accoucher en demandant le secret de son admission et de son accouchement.

L'effet de l'action est que la filiation maternelle est établie. Si la mère est mariée, le succès de l'action ne conduit pas à un établissement de plein droit de la paternité du mari par le jeu de la présomption de paternité.

Le tribunal peut, aux termes de l'article 331 du code civil, statuer s'il y a lieu, sur l'autorité parentale, sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et sur l'attribution du nom.

§ 3 - L'action en constatation de possession d'état

La réforme du 3 janvier 1972 avait placé la possession d'état aux premiers rangs des dispositions du droit de la filiation, parmi les présomptions communes à la filiation légitime et naturelle. Mais la question s'était posée, dans l'affaire Law King⁴⁸³, de savoir si la possession d'état constitue à elle seule une preuve directe de la filiation naturelle paternelle ou maternelle. La Cour de cassation avait fait prévaloir l'interprétation littérale de l'article 334-8 du code civil : la filiation naturelle ne peut pas se trouver établie par la seule preuve de la possession d'état. La juridiction de renvoi ayant résisté, après cassation, le législateur avait souhaité régler la question lui-même : la loi du 25 juin 1982 avait consacré la possession d'état comme un mode distinct d'établissement de la filiation naturelle. Le régime de cette action n'avait toutefois pas été défini. La jurisprudence a d'abord soumis cette action à la prescription trentenaire ; puis elle a jugé que cette action pouvait être engagée par d'autres personnes que les enfants ou les parents. En ce cas, on parle d'action non attitrée.

⁴⁸² article 326

⁴⁸³ Civ. 8 mai 1979

L'action en constatation de possession d'état a un régime qui est expressément consacré à l'article 317 du code civil. La possession d'état était, dans le Code civil, un moyen de conforter une filiation biologique⁴⁸⁴. Elle est ensuite devenue un moyen de preuve facilité d'une filiation⁴⁸⁵ dont on supposait qu'elle correspondait de toute façon à la vérité biologique. Aujourd'hui, elle est un moyen d'établissement de la filiation, dont bénéficient éventuellement des enfants sur le tard, alors que la vérité biologique n'est pas obligatoirement en leur faveur. On constate en pratique que la possession d'état est souvent invoquée à la suite du décès de celui qui, de son vivant, n'a pas voulu ou a négligé de reconnaître l'enfant qu'il élevait.

Cette action peut être exercée lorsqu'aucun acte de notoriété n'a été dressé ou ne peut pas l'être, notamment parce que la possession d'état alléguée a cessé depuis plus de 5 ans. Elle peut l'être parfois aussi si l'enfant craint que la possession d'état constatée dans cet acte ne soit plus tard contestée.

I - La notion et la preuve de la possession d'état

Il faut transposer ici ce qui a été dit à propos du droit commun : éléments constitutifs, nécessité d'un faisceau d'indices, caractères de permanence et de durée de la possession d'état. A noter que la possession d'état d'enfant est désormais divisible dans tous les types de filiation : elle peut n'exister qu'à l'égard de l'un des deux parents, père ou mère. Elle peut être constatée à tout moment.

Rappelons que le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

II – Le régime de l'action en constatation de possession d'état

L'action en constatation de possession d'état est ouverte à toute personne intéressée⁴⁸⁶.

L'article 330 du code civil a le mérite de dire clairement que l'action en constatation de possession d'état est soumise au droit commun de l'article 321 du

⁴⁸⁴ ou de l'infirmier

⁴⁸⁵ après décès notamment

⁴⁸⁶ par exemple, à la grand-mère de l'enfant après décès des parents

même code : l'action se prescrit par 10 ans⁴⁸⁷ .

Le principe de chronologie permet en principe de poser des solutions en cas de conflit : si l'enfant a déjà une autre filiation, il ne peut être constaté qu'il en a une autre qui découle de la possession d'état. Cela dit, le principe sera parfois délicat à appliquer, dans la mesure où la possession d'état se constitue sur la durée, contrairement aux autres modes d'établissement du lien de filiation.

Si l'enfant est légitime par le titre, il ne peut faire établir sa filiation naturelle par la possession d'état. S'il a fait l'objet d'une reconnaissance ou d'une déclaration judiciaire de paternité, il est exclu d'autoriser un autre établissement de lien de la filiation par la démonstration de l'existence de la possession d'état. La possession d'état pourra certes se constituer, mais son efficacité sera limitée : il faudra d'abord anéantir la reconnaissance.

Ce n'est que lorsque la possession d'état est antérieure que le doute est autorisé. Tout dépend du raisonnement adopté pour la date d'établissement de la filiation. Peut-on prendre en compte le début de la possession d'état et décider que c'est à cette époque que s'établit la filiation ? Ou doit-on se limiter à la date où la filiation est constatée soit par l'inscription sur les actes de l'état civil, soit par jugement ? La réponse dépend de l'appréciation concrète des juges.

§ 4 - L'action en rétablissement de la présomption de paternité

Nous avons vu que la présomption de paternité est écartée dans deux cas : lorsque les époux sont en instance de divorce ou de séparation de corps et lorsque le nom du mari ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant et que l'enfant n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère. Il n'en demeure pas moins que, même séparés officiellement, les époux ont peut-être eu des rapports sexuels : l'enfant de la femme est peut-être du mari. Il était judicieux de prévoir la possibilité de faire jouer la présomption de paternité.

Les textes ouvrent la possibilité de faire rétablir en justice les effets de la présomption de paternité. Cette action peut être exercée soit par le mari, soit par la femme, et ce pendant toute la minorité de l'enfant, soit par l'enfant lui-même. L'action

⁴⁸⁷ alors que l'acte de notoriété, lui, ne peut être délivré que dans un délai de 5 ans

lui est ouverte pendant les dix années qui suivent sa majorité.

La présomption est rétablie de plein droit, au moyen d'une action en justice. Il suffit de prouver la paternité du mari.

Observons, du côté du mari, que cette action n'a pas beaucoup d'intérêt : il lui suffit de reconnaître l'enfant. L'action n'a d'intérêt que si l'enfant a été reconnu par une tierce personne : le mari peut au cours du même procès contester la reconnaissance et faire rétablir la présomption. L'action sera dirigée contre la mère, tant en son nom personnel qu'en tant que représentante légale de l'enfant. Pour la mère, la situation est différente ; l'action a un intérêt pour elle à partir du moment où son mari dénie sa paternité. Un jugement sera nécessaire. L'action sera exercée contre le mari ou ses héritiers.

Le tribunal peut, comme dans le cas de l'action en recherche de paternité, statuer sur le nom de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et l'éducation.

Sous-section 3 - Les actions en contestation de la filiation

Elles sont soumises à des conditions et produisent des effets.

§ 1 - Les conditions de l'action en contestation de paternité ou de maternité

Après des dispositions communes, nous verrons les dispositions particulières à chacune des actions.

I - Les dispositions communes

Le Gouvernement a voulu unifier les délais qui étaient très variables et assurer la stabilité de l'état de l'enfant en évitant que les actions puissent être intentées trop longtemps. L'équilibre apparaît dans le balancement des articles 332 et 333 du code civil qui révèle une réelle simplification puisque tous les enfants y sont désormais soumis.

La contestation de paternité comme celle de maternité est libre : il suffit de démontrer que le défendeur n'est pas le père ou la mère de l'enfant, la contestation de maternité suppose qu'on rapporte la preuve que la mère n'a pas accouché, et,

pour la contestation de paternité, que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.

Il faut distinguer deux situations. Si l'enfant a un titre⁴⁸⁸ et la possession d'état, l'action n'appartient qu'à l'enfant, à ses père et mère ou celui qui se prétend ses parents véritables. Les délais posés par l'ordonnance du 4 juillet 2005 sont très stricts, cela afin de garantir la stabilité du lien de filiation. Il existe tout d'abord une règle générale : si la possession d'état est conforme au titre ou si la possession d'état a été établie par un acte de notoriété, l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé.

Au sein de ce délai, il en existe un autre, assez redoutable, car c'est un délai de forclusion, posé par l'article 333 alinéa 2 du code civil : « Nul 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 ». C'est le seul délai préfix du droit de la filiation. Il est insusceptible d'interruption et de suspension, ce qui signifie que l'écoulement de ce délai au cours de la minorité de l'enfant empêche ce dernier de remettre en cause sa filiation. En d'autres termes, si le père qui a reconnu l'enfant l'élève pendant cinq ans, alors nul ne peut contester la filiation.

En cas de désaccord entre le titre et la possession d'état, l'action n'est pas attitrée. Toute personne intéressée peut agir en contestation.

On retrouve le délai de dix ans et la suspension de ce délai pendant la minorité.

Le Ministère public peut agir en contestation de paternité ou maternité s'il découle des actes eux-mêmes une invraisemblance de filiation⁴⁸⁹. Il peut aussi agir en cas de fraude à la loi⁴⁹⁰, ce qui recoupe notamment les hypothèses de fraude à l'interdiction des maternités de substitution.

II - La contestation de maternité

Il est rarissime qu'un enfant veuille démontrer que telle femme qui est

⁴⁸⁸ reconnaissance ou titre de naissance

⁴⁸⁹ exemple : différence d'âge de dix ans entre l'enfant et l'auteur d'une reconnaissance

⁴⁹⁰ et non plus seulement en cas de fraude à la loi sur l'adoption, comme autrefois

officiellement sa mère ne l'est pas en réalité. Il faut supposer soit une supposition d'enfant⁴⁹¹ soit une substitution d'enfant⁴⁹².

L'action en contestation de reconnaissance, conçue pour la paternité, pouvait jouer pour la maternité naturelle. S'agissant de l'action tendant à démontrer la fausseté de la maternité légitime, les textes en rendaient l'exercice quasiment impossible. Il découlait de l'ancien article 322 du code civil que la filiation de l'enfant est inattaquable lorsque l'enfant a un titre complet, indiquant donc le nom de la mère et celui du mari, et une possession d'état d'enfant légitime conforme à ce titre. Il n'existait que deux exceptions limitées : en cas de supposition d'enfant ou de substitution d'enfant, la preuve d'un état contraire était alors recevable, et pouvait se faire par tous moyens. Il pouvait s'agir d'une action tendant à écarter la seule filiation maternelle, celle à l'égard du mari subsistant⁴⁹³. La preuve que la mère légitime n'était pas la mère biologique pouvait se faire par tous moyens à condition, bien sûr, que l'action soit recevable. Enfin, l'action pouvait avoir pour objet d'écarter la filiation paternelle et maternelle, l'enfant n'ayant que le titre d'enfant légitime ou n'ayant que la possession d'état d'enfant légitime.

La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. Le délai est de cinq ou dix ans.

III - L'action en contestation de paternité

Il existait des actions diverses pour contester la paternité légitime. Le mari pouvait le faire par une action appelée désaveu, qui avait comme caractéristique essentielle d'être enfermée dans un délai fort bref de six mois après la naissance. La mère, quant à elle, pouvait tenter une action, mais sous une condition stricte : elle devait s'être remariée avec le père biologique de l'enfant. Elle disposait alors d'un délai de six mois après son remariage pour agir, et encore ne pouvait-elle le faire que si l'enfant n'avait pas atteint l'âge de sept ans.

La jurisprudence avait déduit des articles 334-9 et 322 du code civil *a contrario* l'existence des nouvelles actions. Elle avait autorisé le père biologique de l'enfant,

⁴⁹¹ une femme qui a simulé un accouchement a fait établir un acte d'état civil en faisant passer l'enfant pour le sien

⁴⁹² deux femmes mariées ont accouchées, mais l'enfant de l'une est attribuée à l'autre et réciproquement

⁴⁹³ hypothèse d'une supposition d'enfant par la femme mariée de l'enfant conçu par son mari

auteur d'une reconnaissance, à contester la filiation paternelle établie à l'égard du mari, dès lors que l'enfant n'avait pas de possession d'état à l'égard de ce dernier. Puis, elle avait admis que n'importe quel intéressé puisse intenter une action en contestation de paternité si l'enfant n'avait pas la possession d'état à l'égard du mari, et ce dans un délai de trente ans. A noter que le mari lui-même pouvait intenter cette action, ce qui avait limité les hypothèses de désaveu.

Les conditions de l'action en contestation de la filiation naturelle étaient différentes de celles de la filiation légitime. L'article 339 du code précité distinguait suivant que la reconnaissance s'accompagnait ou non d'une possession d'état conforme au titre constitué par la reconnaissance. Si l'enfant avait une possession d'état d'enfant naturel inférieure à 10 ans, l'action en contestation de reconnaissance était ouverte à tout intéressé. Lorsque la reconnaissance était confortée par une possession d'état qui avait duré 10 ans au moins, seules certaines personnes pouvaient agir en contestation⁴⁹⁴ : l'autre parent, l'enfant lui-même et ceux qui se prétendaient les parents véritables. Les possibilités d'action étaient plus fermées que dans le cas précédent : en particulier l'auteur de la reconnaissance lui-même n'avait plus le droit de contester la reconnaissance ; les héritiers et le ministère public étaient également écartés. Bien que l'article 339 susvisé ancien ne le précisât pas, il était évident que l'action en contestation impliquait nécessairement que le demandeur apporte la preuve de la fausseté de la reconnaissance.

Imaginons qu'un enfant démontre qu'il a la possession d'état d'enfant naturel à l'égard de tel homme. Les héritiers de celui-ci⁴⁹⁵ peuvent-ils empêcher que ne soit constatée la filiation de l'enfant en invoquant le fait que le père prétendu ne peut biologiquement être le père de l'enfant ? La loi de 1982, adoptée dans la hâte, n'avait pas abordé la question. L'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a malheureusement pas éclairci la situation. Normalement, la possession d'état n'est qu'une présomption de filiation, un indice : il paraît normal de permettre au père officiel ou à ses héritiers de prouver ce qu'il en est vraiment. Mais, d'un autre côté, on sait que la possession d'état correspond à la vérité sociologique, qui doit occuper une place à part entière. La Cour de cassation avait décidé que la preuve positive de l'impossibilité biologique

⁴⁹⁴ article 339, alinéa 3 du code civil

⁴⁹⁵ voire l'homme lui-même s'il est encore vivant

de paternité indiquée par la possession d'état constitue un obstacle à l'établissement du lien de filiation. Rien ne s'oppose au maintien de cette solution, mais encore faut-il être dans les délais pour agir.

§ 2 - Les effets de l'action en contestation de paternité ou de maternité

Lorsque le lien de la filiation est anéanti, notamment lorsqu'une reconnaissance est annulée, le lien de filiation est rétroactivement anéanti. L'obligation d'entretien disparaît, et ce depuis la naissance. L'auteur de la reconnaissance peut, par exemple, obtenir restitution des sommes versées à l'autre parent, ou de celui qui, en réalité, doit supporter la charge définitive des frais d'éducation car c'est lui le parent véritable.

Cette solution est indiscutable lorsque l'auteur de la reconnaissance ignorait qu'il n'était pas le parent biologique. Il a même été jugé que la mère qui a trompé son amant en lui disant qu'il était le véritable père de son enfant, engage vis-à-vis de l'auteur de la reconnaissance sa responsabilité au jour de l'annulation de l'acte. Les dommages-intérêts sont proportionnels à la durée pendant laquelle l'auteur de la reconnaissance a assumé sa paternité. En revanche, si la reconnaissance mensongère a été sciemment souscrite, les tribunaux avaient tendance à refuser la restitution.

L'annulation d'une reconnaissance mensongère est même susceptible d'entraîner une condamnation à dommages-intérêts. Pendant longtemps, c'est dans le mensonge lui-même qu'on a situé la source de la responsabilité de l'auteur de la reconnaissance. Aujourd'hui, on s'oriente vers l'idée que la condamnation trouve son fondement dans un engagement pris par l'auteur de la reconnaissance comme père : de ce fait, il engage sa responsabilité si c'est lui qui conteste ensuite la reconnaissance. En revanche, s'il n'est pas à l'initiative de la procédure devant conduire à l'annulation, il ne sera pas condamné.

Reprenant une solution désormais classique, l'article 337 du code civil affirme que 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 l'enfant.

Sous-section 4 - Les droits de l'enfant sans père : l'action à fin de subsides

Les rédacteurs du Code civil avaient pratiquement interdit toute action en recherche de paternité naturelle. Une réforme timide fut amorcée par la loi du 16 novembre 1912 qui ouvrit aux enfants naturels simples une action leur permettant, dans des cas délimités, d'établir leur filiation contre le gré de leur père. Il faudra attendre le milieu du XXe siècle pour que soit traitée la question du sort des enfants adultérins. De manière très restrictive, la loi du 15 juillet 1955 leur reconnaît une action alimentaire contre leur père de fait. La loi du 3 janvier 1972 instaura une dualité d'actions : une action en recherche de paternité qui conduit à établir la filiation, et aux conditions strictes⁴⁹⁶, et une action ouverte à tout enfant dont la filiation n'est pas établie, pendant toute sa minorité, donnant la possibilité d'obtenir des aliments : c'est l'action à fin de subsides.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 ne l'a pas supprimée, pour la raison déjà soulignée qu'elle est ouverte aux enfants incestueux, et qu'il était impossible de la réserver à cette seule catégorie d'enfants.

Cette action n'est pas une action d'état : elle aboutit simplement à une condamnation à verser à l'enfant une pension alimentaire, sans que le lien de filiation soit établi. Son fondement est indemnitaire : il s'agit d'indemniser l'enfant du préjudice subi par le fait qu'il se trouve dans l'impossibilité d'établir sa filiation. En quelque sorte, il y a responsabilité pour risque : est condamné celui qui, en ayant eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception de l'enfant, a pris le risque qu'il vienne au monde sans père.

§ 1 - Les conditions d'exercice de l'action

Ces conditions concernent le titulaire, le défendeur de l'action, ainsi que son délai d'exercice.

I - Le titulaire de l'action

L'action appartient à tout enfant dont la filiation n'est pas légalement établie⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ devant notamment être exercée dans un délai de deux ans

⁴⁹⁷ article 342 du code civil

L'action est accordée à tous les enfants naturels, y compris les enfants adultérins et les enfants incestueux⁴⁹⁸. L'action est réservée à l'enfant, et est exercée pendant sa minorité par sa mère.

II - Le défendeur à l'action

L'action est dirigée contre « celui qui a eu des rapports sexuels avec la mère pendant la période légale de conception »⁴⁹⁹. C'est la seule condition de fond de l'action. Il n'est pas besoin de démontrer que cet amant est biologiquement le père : il suffit de prouver que le défendeur a été l'amant de la mère pendant la conception de l'enfant, c'est-à-dire entre le 180e et le 300e jour précédant la naissance de l'enfant. Bien sûr, une telle preuve est difficile. Elle peut résulter de la démonstration du concubinage du père possible avec la mère, ou d'un aveu en cours d'instance. Elle peut aussi être tirée de ce que des examens médicaux attestent de la possibilité ou de la quasi-certitude de paternité⁵⁰⁰. La Cour de cassation a cependant parfois adopté des positions strictes : elle a jugé que le refus par le défendeur de se soumettre à des expertises sanguines ne démontrait pas en soi la preuve des relations sexuelles, faute d'autres éléments suffisamment probants.

Le défendeur peut se défendre en prouvant qu'il ne peut être le père de l'enfant⁵⁰¹. En effet, il ne s'agit pas de condamner le défendeur sur le seul fait qu'il a eu des rapports sexuels avec la mère : en soi, de tels rapports sont licites. L'amant est condamné comme père possible, et non comme père véritable. La preuve de la non-paternité supprime la justification même des subsides.

Jusqu'à la loi de 1993, il existait un autre moyen pour le père possible d'éviter sa condamnation : prouver la débauche de la mère. Il s'agissait d'une fin de non-recevoir à l'action. Conduisant l'enfant à être privé de subsides en raison de l'immoralité de sa mère, cette solution était injuste et donnait lieu à des débats sur la notion de débauche. Elle est aujourd'hui abandonnée.

Lorsque la loi de 1972 a consacré l'existence de l'action à fin de subsides, il

⁴⁹⁸ ce qui fait apparaître le lien entre la mère et le père

⁴⁹⁹ article 342 du code civil

⁵⁰⁰ si l'homme poursuivi est à 99,99 % le père possible de l'enfant, on peut légitimement en déduire qu'il a eu des rapports sexuels avec la mère...

⁵⁰¹ article 342-4 du code civil

n'était guère possible à l'époque d'établir la paternité ou la non-paternité avec certitude. Le législateur a donc dû prendre parti sur le cas de la femme ayant eu plusieurs amants pendant la période de conception. Il est apparu nécessaire, entre autres, de protéger la femme victime d'un viol collectif, en lui ouvrant une action alimentaire au bénéfice de son enfant, contre tous les auteurs du viol. C'est pourquoi, il avait été reconnu que plusieurs hommes pouvaient, sous certaines conditions, être condamnés dans le cas où le tribunal ne disposait pas d'éléments suffisants de conviction pour savoir qui est le père. Aujourd'hui, le schéma envisagé est très obsolète : si plusieurs hommes sont soupçonnés d'être le père de l'enfant, ils se défendront en invoquant le fait de ne pas être le père biologique, ce que tous, sauf un, pourront démontrer. On comprend que les textes aient été abrogés.

III - Le délai d'exercice

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant et celui-ci peut encore l'exercer pendant les 2 ans qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité.

Il y avait là une différence notable avec l'action en recherche de paternité, qui était enfermée dans un délai de 2 ans à compter de la naissance de l'enfant ou de la rupture du concubinage, etc. Ceci explique, en pratique, que l'action à fins de subsides ait été souvent exercée par la mère qui avait laissé passer le délai pour agir en recherche de paternité.

§ 3 - Les effets de l'action

L'action n'a des effets que purement alimentaires. Elle ne crée pas de lien de filiation entre le demandeur et le défendeur.

Les subsides s'analysent en une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. C'est pourquoi, selon l'article 342-2 du code civil, « ils se règlent en forme de pension, d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur et la situation familiale de celui-ci ». Comme toute contribution à l'entretien et à l'éducation, elle peut être due au-delà de la majorité de l'enfant si celui-ci est dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute. Le droit commun des pensions alimentaires

s'applique⁵⁰². La charge des subsides se transmet à la succession du débiteur : on prend comme modèle de référence la pension alimentaire allouée au conjoint survivant.

Sur un point, la pension diffère de la contribution classique : elle ne prend effet que du jour de la demande. Cette solution, fondée sur l'idée que l'action à fins de subsides ne peut avoir qu'un effet constitutif et non déclaratif, n'étant pas une action d'état, est contestable. L'objectif inavoué est de diminuer les effets de cette action par rapport à l'action en recherche de paternité.

Le défendeur condamné n'est pas déclaré père de l'enfant. Néanmoins, comme il peut l'être, le jugement crée entre le défendeur et le bénéficiaire un empêchement à mariage, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre.

Ainsi, l'action à fin de subsides a des effets bien limités : pas de droit successoral, pas d'incidence sur le nom de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale. On comprend que certaines femmes soient tentées de l'exercer alors même que le défendeur à l'action pourrait se voir déclarer judiciairement père de l'enfant.

Puisque aucun lien de filiation n'est créé, et que, par hypothèse, l'enfant n'a pas de père légal, rien n'empêche plus tard que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard d'un autre homme. La chose jugée sur l'action à fin de subsides ne met pas obstacle à une action en recherche de paternité, les deux actions n'ayant ni la même cause ni le même objet. Elle n'empêche ni une reconnaissance volontaire ni une action tendant à établir la filiation de l'enfant. L'article 342-8 du code civil décide alors que l'allocation de subsides cessera d'avoir effet ; il n'y aura pas lieu à répétition des sommes versées.

La formule de l'article 342-8 précité permet d'affirmer que, devenu majeur, l'enfant peut intenter une action en recherche de paternité contre celui qui a été condamné autrefois à lui verser des subsides. La jurisprudence actuelle lui facilite les choses d'ailleurs, puisque l'enfant pourra se prévaloir de l'autorité attachée à la chose jugée : l'existence des rapports sexuels entre la mère et le défendeur est considérée comme acquise. Reste à démontrer la paternité, ce qui sera facilité

⁵⁰² clauses de variation, procédure de recouvrement, délit d'abandon de famille en cas d'inexécution...

lorsque, précisément, une expertise biologique aura été prescrite dans le cadre de l'action à fin de subsides⁵⁰³.

Sauf dans le cas où le père prétendu invoque pour la première fois comme moyen de défense qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, le lien de filiation sera alors établi presque automatiquement.

On le voit, il existe des liens étroits entre les deux actions, même si leur fondement et leurs effets sont différents.

⁵⁰³ le recours à l'expertise peut être ordonné sans justification préalable pour prouver simplement les relations intimes

CHAPITRE II

LA FILIATION ADOPTIVE

La filiation adoptive résulte d'une manifestation de volonté soumise à un contrôle administratif et juridictionnel : l'adoption crée entre deux personnes un lien de filiation non fondé sur le sang. Le consentement du parent adoptif y joue un rôle essentiel : cette filiation ne correspond pas à une descendance biologique. Si l'enfant est rattaché officiellement, par une décision judiciaire, à un ou deux parents, c'est parce que ceux-ci le veulent. L'enfant n'est pas né de leur chair, mais sera regardé comme l'ayant été.

Utilisée en 1804 pour transmettre un héritage et ne concernant que les majeurs, l'institution s'est progressivement transformée en une institution charitable : l'adoption devient une question sociale. La Première Guerre mondiale avait multiplié le nombre des orphelins. Les réformes partielles se succéderont ensuite.

La loi du 11 juillet 1966 procéda à une refonte des textes, trop souvent remaniés. Le régime institué repose sur la distinction de deux types d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple. La première est la forme d'adoption qui permet d'intégrer totalement un enfant adoptif à une famille : sa situation est calquée sur celle de l'enfant charnel. L'adoption simple, à l'opposé, n'entraîne pas rupture avec la famille par le sang.

La loi du 22 décembre 1976 apporta de sensibles retouches, en assouplissant les conditions de l'adoption. Quelques textes ultérieurs apportèrent également certaines corrections.

Depuis que la loi du 11 juillet 1966 est intervenue, le contexte de l'adoption a totalement changé. Le nombre des enfants adoptables a chuté, du fait de la maîtrise de la contraception et de la possibilité de recourir à l'interruption volontaire de grossesse. Les candidats à l'adoption se sont tournés vers l'adoption internationale. La lutte contre les trafics d'enfants et les détournements d'adoption est alors apparue comme un impératif essentiel, face à la distorsion entre le nombre d'enfants adoptables et le nombre de demandes d'adoption. De plus, le désir d'enfant est

poussé à l'extrême, à une époque où les enfants orphelins ou abandonnés sont rares ou difficilement adoptables car handicapés profonds. Dans le même temps, il faut savoir lutter contre les pratiques administratives transformant la demande d'adoption en un examen pour devenir de bons parents.

Une réforme s'imposait. C'est la loi du 5 juillet 1996 qui a tenté de trouver de nouvelles solutions. Cette loi assouplit certaines conditions, encadre les pratiques administratives, et innove sur certains points. Implicitement, elle repose sur l'idée que l'adoption a pour objet non seulement de fournir une famille à un enfant qui n'en a pas, mais aussi de fournir un enfant à une famille, voire une personne seule, qui n'en a pas. Par le biais du rapport qui devra désormais être établi tous les trois ans, des conclusions pourront peut-être être tirées régulièrement sur la situation, tant dans l'ordre interne qu'international. Au niveau international d'ailleurs, les difficultés se multipliant, le législateur a jugé bon d'intervenir à cet effet. La loi du 6 février 2001, qui concerne surtout le droit international privé, sera de ce fait rapidement évoquée.

Section 1 - L'adoption plénière

Son nom vient de ce qu'elle est pleine et entière dans ses effets : son objet est d'assimiler totalement l'enfant à un enfant charnel du parent adoptif.

Sous-section 1 - Les conditions de l'adoption plénière

Il faut les examiner sous trois aspects : certaines sont relatives aux adoptants, d'autres aux adoptés ; enfin certaines concernent leurs rapports réciproques.

§ 1 - Les conditions relatives à l'adoptant

Elles peuvent être regroupées en deux points.

I - L'aptitude à adopter

Seul un couple marié peut adopter un enfant. L'article 346 l'affirme clairement : « Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ». La loi du 5 juillet 1996 a refusé de modifier la loi de 1966 sur ce point : un couple de concubins ne peut adopter un enfant. Cette condition doit permettre d'apporter une garantie de stabilité supplémentaire à l'enfant. Les époux ne doivent pas être séparés de corps.

Les époux doivent être mariés depuis deux ans, ou être âgés de plus de vingt

huit ans. Consacrant la solution jurisprudentielle antérieure, la loi du 5 juillet 1996 autorise la demande d'adoption par deux époux si l'un et l'autre sont âgés de plus de 28 ans. Cette solution est intéressante lorsque des concubins se marient tardivement : elle leur évite d'attendre deux ans pour former leur demande.

L'adoption individuelle est autorisée depuis la loi de 1966.

Il suffit que l'adoptant ait au moins 28 ans. Cette condition est supprimée s'il s'agit de l'adoption de l'enfant de son conjoint.

Dans le cas où une personne adopte seule un enfant alors qu'elle est mariée, et non séparée de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire.

Le décès du candidat à l'adoption ne met plus de nos jours obstacle au prononcé de l'adoption, dès lors que l'enfant avait été recueilli. La requête est déposée par le conjoint survivant ou par les héritiers. L'adopté ne pourra pas recueillir la succession du défunt. Ce n'est que si le décès de l'adoptant intervenait après dépôt de la requête que l'adoption posthume pourrait produire un effet successoral.

Tout candidat à une adoption qu'elle soit nationale ou internationale doit, préalablement à sa demande d'adoption adressée au juge judiciaire, faire des démarches pour obtenir un agrément administratif. La grande nouveauté apportée par la loi du 5 juillet 1996 a été de donner à cet agrément une valeur nationale, et de rendre la procédure plus transparente. Cet agrément a pour objet essentiel de vérifier que le futur adoptant présente des garanties morales, familiales et d'éducation, et que matériellement il sera à même d'élever l'enfant. La demande est instruite par l'Aide sociale à l'Enfance. Comme toute décision administrative, des recours contre la décision de refus existent.

Le juge administratif exerce son contrôle. La limite des pouvoirs judiciaire et administratif est difficile à tracer : le refus d'agrément influe sur la liberté des personnes, et incite à retenir la compétence traditionnelle du juge civil. Ceci explique la disposition de l'article 353-1 du code civil issue de la dernière réforme de 1996 : « 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 recueillir l'enfant et que celle-ci est conforme

à son intérêt ». En d'autres termes, le refus d'agrément peut être contesté devant les juridictions administratives ; le juge judiciaire pourrait passer outre le refus.

Un contentieux assez important concerne le refus d'agrément à une personne homosexuelle⁵⁰⁴. Ce refus est jugé généralement comme fondé par l'intérêt de l'enfant. La Cour EDH n'y a rien trouvé à redire⁵⁰⁵.

II - L'adoption en présence d'enfants

Si l'adoptant ou les adoptants ont déjà des enfants, le tribunal doit vérifier en outre que l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale. C'est la loi du 22 décembre 1976 qui a introduit pour la première fois la possibilité d'adopter un enfant alors que le couple ou la personne seule a déjà des enfants légitimes, naturels ou adoptés. Mais alors, le juge doit vérifier que cette adoption ne nuit pas à la famille. Cette appréciation est spécialement délicate à faire lorsque les enfants d'un premier lit s'opposent à l'adoption de l'enfant du nouveau conjoint de leur père ou de leur mère.

§ 2 - Les conditions relatives à l'adopté

Il existe trois catégories d'enfants adoptables. A la condition fondamentale de faire partie de ces catégories, s'ajoutent d'autres exigences.

I - Etre un enfant susceptible d'adoption

On relève trois catégories d'enfants.

A – Adoption valablement consenti par les père et mère

Tout enfant de moins de 15 ans qui a une filiation établie peut être adopté à partir du moment où ses parents sont d'accord pour qu'il fasse l'objet d'une telle adoption.

Concrètement, cela signifie que tout parent peut décider de donner son enfant en adoption, et par là même de rompre tout lien avec lui. On est dans une hypothèse différente de celle de l'accouchement sous X ou de l'abandon.

⁵⁰⁴ CE 9 octobre 1996

⁵⁰⁵ CEDH 26 février 2002

L'adoption plénière entraîne la rupture des liens avec la famille par le sang. En consentant à l'adoption de leur enfant, les parents consentent par là même à l'abandonner définitivement. C'est un acte qui est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

Ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui ont le droit de donner leur enfant en adoption : le consentement doit émaner des deux parents. Le dissentiment ne vaut pas consentement. 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. Il en est de même si l'enfant n'a de famille que d'un seul côté. Si 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. Si l'enfant n'a pas de filiation établie, c'est aussi le conseil de famille qui donne l'accord. Dans tous les cas, il doit recueillir l'avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant.

La gravité de l'acte explique qu'il doit être fait sous forme authentique devant le greffier en chef du tribunal d'instance ou devant notaire.

Lorsque l'enfant est recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance, ce service reçoit le consentement.

Ce consentement peut faire l'objet d'une rétractation : tout parent dispose d'un délai de 2 mois pour revenir sur le consentement donné. La demande est adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement. Si l'enfant est remis à ses parents, cela vaut preuve de la rétractation.

Passé le délai de 2 mois, les parents peuvent encore demander la restitution de leur enfant. Cette demande ne peut être satisfaite que si l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption. Mais la restitution est soumise à l'appréciation du tribunal, qui décide s'il y a lieu à restitution en fonction de l'intérêt de l'enfant.

L'annulation pour vice du consentement pourrait être admise, mais nous ne pouvons pas signaler de jurisprudence.

Les parents ne peuvent pas toujours choisir le ou les adoptants. En principe, les père et mère, ou le conseil de famille, peuvent soit choisir l'adoptant, soit laisser ce choix au service d'aide sociale. Mais, en réalité, la loi limite la liberté de donner en

adoption à une personne dénommée son propre enfant : en effet, « 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 une œuvre d'adoption autorisée ».

Le consentement à l'adoption est nul si l'enfant n'a pas été préalablement remis à l'aide sociale, ce qui implique que c'est ce service qui choisira la famille adoptive. La règle avait été contestée ; le législateur a refusé, lors de la réforme de 1996, de la remettre en cause, afin d'éviter les trafics d'enfants. Elle est, en effet, destinée à protéger les parents en détresse contre les pressions qui pourraient être exercées sur eux au moment de la naissance de l'enfant afin qu'ils consentent à l'adoption de leur enfant.

Selon l'article 348-6 du code civil, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l'un d'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.

La formule de l'article 348-6 précité rejoint celle de l'article 350 du code civil relative à la déclaration judiciaire d'abandon.

B - Les pupilles de l'Etat

Les enfants admis en qualité de pupilles de l'Etat sont adoptables de façon autonome. C'est l'article L. 224-4 du code de l'action sociale et des familles qui fixe l'admission en qualité de pupille de l'état. Schématiquement, on peut dire qu'il s'agit des enfants sans filiation, des enfants orphelins, des enfants abandonnés ou retirés à leurs parents.

Sont visés par le texte six catégories.

Il y a, tout d'abord, les enfants pour lesquels le consentement des parents ne saurait être envisagé, à savoir les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, recueillis par le service de l'aide sociale depuis plus de 2 mois. Il s'agit

essentiellement des enfants nés à la suite d'un accouchement sous X. L'abandon de l'enfant est, selon la Cour de cassation, un fait juridique : la mère ne donne pas de consentement. Dès lors, lorsqu'une mineure accouche, l'autorisation de son propre représentant légal n'a pas à être donnée.

Ensuite, sont concernés les enfants dont la filiation est établie et connue, remis expressément à l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupille de l'état, par les personnes qui ont qualité pour consentir à l'adoption, cela depuis plus de 2 mois. Les parents sont généralement incités à consentir à l'adoption de leur enfant. L'enfant peut être repris pendant 2 mois.

Il s'agit aussi de l'enfant dont la filiation est établie et connue, qui a été remis par un des parents, en vue de l'admission comme pupille de l'état, depuis plus de six mois au service de l'aide sociale. Le parent consent à cette remise, et l'on cherche à connaître les intentions de l'autre, qui généralement se désintéresse de l'enfant.

Sont, encore, concernés les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée. L'enfant n'a aucune famille. Il est recueilli par les services sociaux ; deux mois plus tard, il est adoptable.

Il s'agit, également, les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale, en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil.

Enfin, sont concernés les enfants déclarés judiciairement abandonnés.

Ces enfants sont adoptables suivant une procédure administrative organisée par le Code de l'action sociale et des familles. C'est le conseil de famille des pupilles de l'Etat qui consent à l'adoption.

C - Les enfants déclarés abandonnés

L'article 350 du code civil institue une procédure pour rendre adoptables des enfants abandonnés de fait par leurs parents. Ces enfants ont été recueillis soit par un particulier, soit par l'aide sociale, soit par un établissement.

Ce texte a fourni un abondant contentieux ; il a été régulièrement modifié, sans que les modifications ne parviennent à régler les problèmes : « Est déclaré judiciairement abandonné l'enfant dont les parents se sont manifestement

désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon ».

La déclaration suppose donc comme première condition le désintérêt manifeste des parents. On désigne par là « l'absence de relations nécessaires au maintien des liens affectifs ». Cette notion fondamentale est laissée à l'appréciation des juges du fond. Dans le conflit opposant parents par le sang qui se prévalent parfois de marques d'intérêts minimes, et parents élevant en fait l'enfant, il est difficile d'utiliser une notion aussi approximative que celle de désintérêt manifeste.

La jurisprudence a, de plus, décidé que le désintérêt doit être volontaire. Les parents par le sang peuvent par exemple démontrer que leur état de santé les a placés dans une situation les empêchant de s'occuper de leur enfant.

Le texte prévoit que la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles, la seule intention de reprendre l'enfant ne suffisent ni à constituer une marque d'intérêt suffisante pour justifier le rejet de plein droit de la demande en déclaration d'abandon, ni à interrompre le délai d'un an à l'issue duquel la demande en déclaration peut être formée.

La seconde condition requise est que le désintérêt soit constaté pendant l'année qui précède l'introduction de la demande. Il ne sera pas possible de tenir compte de marques d'intérêt postérieures au dépôt de la requête.

Le juge doit en principe déclarer l'enfant abandonné dès que les deux conditions sont remplies. La loi de 1996 a sous cet angle supprimé le pouvoir du juge : désormais le texte énonce que « l'enfant (...) est déclaré abandonné par le tribunal » là où autrefois on lisait « l'enfant (...) peut être déclaré abandonné... ». Mais le juge peut refuser de prononcer l'abandon en cas de « grande détresse » des parents. Les juges du fond ont de ce fait un large pouvoir d'appréciation, qui trouve sa justification dans la règle depuis longtemps admise par la jurisprudence que la déclaration d'abandon doit être conforme à l'intérêt de l'enfant.

Enfin, l'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai d'un an, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier.

Selon la jurisprudence, la déclaration d'abandon s'impose, même dans le cas

où la mère n'est pas opposée à un projet d'adoption de l'enfant : le juge n'est pas tenu d'obtenir son consentement à l'adoption, ce qui serait pourtant moins traumatisant qu'une décision judiciaire d'abandon.

Le tribunal délègue les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant. Ce dernier peut déposer une requête en adoption. Si l'enfant est confié à l'aide sociale, il est admis comme pupille de l'Etat. A ce titre, il doit faire l'objet d'un projet d'adoption.

Tant que l'enfant n'a pas été placé en vue d'une adoption, il peut éventuellement être restitué à sa famille.

En principe, il n'y a pas lieu à requérir le consentement des parents à l'adoption de l'enfant déclaré judiciairement abandonné, mais la jurisprudence n'est pas toujours en ce sens.

II - Les autres conditions

Le tribunal exerce un contrôle d'opportunité. L'adoption doit avoir pour objet de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, et ne sera pas prononcée si le tribunal estime qu'elle ne préserve pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'adoption plénière n'est possible qu'en faveur des mineurs de moins de 15 ans accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins 6 mois. Ce délai est rallongé si l'enfant a déjà fait l'objet d'une adoption simple ou si l'enfant a été accueilli avant d'avoir atteint l'âge de 15 ans, par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales.

Le mineur de plus de 13 ans doit donner son autorisation personnelle. Le mineur de moins de 13 ans peut donner son avis et être entendu selon le droit commun de l'article 388-1 du code civil. La loi du 5 juillet 1996 a visé expressément ce droit à la parole en ce qui concerne l'enfant pupille de l'Etat, qui peut être entendu au moment de la définition du projet d'adoption.

L'article 345 du même code pose comme condition de l'adoption l'accueil de l'enfant au foyer du ou des adoptants depuis au moins 6 mois. C'est un temps d'épreuve, qui se confond dans la pratique avec la décision de placement.

Si l'enfant décède avant le dépôt de la requête en adoption, l'adoption peut néanmoins être prononcée, lorsque l'enfant est décédé après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption. Le jugement produit effet le jour précédant le décès, et emporte uniquement modification de l'état civil de l'enfant.

§ 3 - Les conditions relatives au rapport adoptant-adopté

Il doit exister un écart d'âge minimum entre l'adoptant et l'adopté qui est de 15 ans. Il s'agit, en effet, d'imiter les conditions d'une filiation biologique. Pour l'adoption de l'enfant du conjoint, la différence est ramenée à 10 ans. En outre, le juge peut prononcer l'adoption, même si la différence d'âge est moindre.

On a hésité, lors de la dernière réforme, à introduire un maximum d'âge de 45 ans, ce afin d'imiter là encore la filiation par le sang. Le projet a été abandonné, notamment parce qu'il aurait empêché l'adoption d'enfants atteints de graves handicaps, parfois adoptés par des personnes âgées.

Aucune disposition n'interdit les adoptions entre membres de la même famille . Il appartient au tribunal d'être néanmoins vigilant : l'enfant doit pouvoir conserver des repères sur la généalogie familiale. Il arrive que les juges la prononcent. Ces adoptions constituent pourtant une atteinte insidieuse à l'interdit fondamental de l'inceste. C'est pourquoi, on ne peut qu'approuver l'interdiction posée par la Cour de cassation et reprise par l'ordonnance du 4 juillet 2005 : en cas d'inceste absolu, l'auteur de l'inceste ne peut adopter son enfant.

De même, un lien de fait entre adoptant et adopté n'est pas un obstacle à l'adoption. On peut adopter son propre enfant biologique.

Adopter l'enfant de son mari ou de sa femme, c'est améliorer l'intégration de cet enfant dans une famille recomposée. C'est pourquoi le législateur l'a toujours regardée avec bienveillance. Progressivement, une série de dispositions ont facilité ce type d'adoption.

Mais des problèmes majeurs doivent être réglés, liés au fait que l'adoption plénière rompt tout lien avec la famille d'origine.

Admettre l'adoption plénière, c'est dire d'abord que le parent biologique marié avec le candidat à l'adoption devrait perdre tout lien avec l'enfant. Cette solution

absurde n'a été écartée que par la loi du 22 décembre 1976 qui a décidé que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. L'enfant conserve donc sa filiation charnelle avec le parent qui ne l'adopte pas.

C'est dire ensuite que tout lien est rompu avec la famille par le sang du parent prédécédé, notamment avec les grands-parents. La règle avait été souvent dénoncée. La loi du 8 janvier 1993 avait réglé le problème de façon brutale : l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est interdite si l'enfant a une filiation établie à l'égard de l'ex-conjoint.

La loi du 5 juillet 1996 a tenté un compromis : l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible non seulement lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint, mais encore lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale, 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. Ainsi, par exemple, le premier mari est décédé et le second voudrait l'adopter. Si les parents du premier mari s'occupent de leurs petits-enfants, l'adoption est impossible.

Sous-section 2 - La procédure de l'adoption plénière

Dans l'adoption plénière, la procédure comprend deux phases : l'accueil au foyer du ou des adoptants et le jugement.

Si l'enfant n'est pas recueilli par un particulier, une procédure concrétise cet accueil au foyer : le placement en vue d'adoption. Ce n'est que 6 mois après qu'interviendra la phase judiciaire.

§ 1 - Le placement en vue de l'adoption plénière

Le placement adoptif consiste dans la remise effective aux futurs adoptants de l'enfant. Cette remise est effectuée par l'Aide sociale ou l'œuvre d'adoption habilitée.

Il découle de l'article 351 alinéa 1 du code civil, que seuls les enfants définitivement adoptables peuvent faire l'objet d'un placement. Il s'agit bien sûr des trois catégories d'enfants visées par l'article 347 du même code. Le placement ne peut avoir lieu si les parents ont mis en œuvre leur droit de repentir.

Le placement a un effet fondamental : il bloque la situation en empêchant toute restitution de l'enfant et tout établissement du lien de filiation. On dit qu'il est l'antichambre de l'adoption.

§ 2 - Le jugement d'adoption plénière

La procédure d'adoption est gracieuse, c'est pourquoi elle débute par une requête émanant du ou des adoptants.

Ce n'est que 6 mois après le placement que le jugement d'adoption peut intervenir. L'adoption n'est pas de droit : le tribunal ne la prononce que si les conditions en sont remplies, bien sûr, mais aussi à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Le tribunal doit veiller à ce que l'adoption ne compromette pas la vie familiale de l'adoptant, si celui-ci a déjà des descendants.

L'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil. Depuis la loi de 1996, le tribunal est tenu de rendre son jugement dans un délai de 6 mois. Le tribunal peut prononcer l'adoption, ou rejeter la requête, ou prononcer l'adoption simple alors qu'il a été saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière.

La Cour de cassation n'autorise pas le tribunal à modifier l'indication du lieu de naissance réel de l'enfant.

Le jugement est susceptible d'appel par les parties et les tiers auxquels le jugement a été notifié. La tierce opposition est ouverte en cas de dol ou de fraude des adoptants.

La décision qui prononce l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. 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, qui se trouve à Nantes. Cette transcription, dont l'objet est d'assurer le secret de la filiation réelle de l'enfant, tient lieu d'acte de naissance à l'adopté. L'acte de naissance d'origine est considéré comme nul. Ce sera le jugement transcrit qui servira d'acte de naissance. Aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant ne doit figurer sur son nouvel acte de naissance. La référence au jugement d'adoption dans la copie intégrale de l'acte de naissance peut révéler que l'enfant a été adopté.

Sous-section 3 - Les effets de l'adoption plénière

L'effet essentiel de l'adoption plénière est la substitution d'une filiation artificielle à la filiation par le sang. L'enfant adopté devient un enfant légitime. Les liens avec la famille par le sang sont définitivement rompus.

§ 1 - La rupture des liens avec la famille d'origine

L'article 356 du code civil pose en règle que l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions à mariage visées aux articles 161 à 164 du même code. L'enfant adopté perd tout lien avec sa famille par le sang. Cette rupture s'opère sans rétroactivité : elle produit ses effets du jour de la requête en adoption. La seule conséquence du lien de parenté par le sang est la subsistance de l'empêchement à mariage.

Un droit de visite au profit de membres de la famille par le sang pourrait éventuellement être obtenu sur le fondement de l'article 371-4 du code civil.

C'est en raison de cette rupture des liens que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint doit être adaptée au particularisme de la situation. Rappelons que cette forme d'adoption est prohibée dans certains cas : il s'agit d'éviter que les grands-parents qui n'ont pas à donner leur consentement à l'adoption de leur petit-fils ou petite-fille ne se voient ainsi coupés de leur petit-enfant contre leur gré. Ensuite, l'enfant doit pouvoir conserver des liens avec le parent survivant, celui-là même qui consent à son adoption. C'est pourquoi le même article 356 du code civil déclare que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation légitime à l'égard de ce conjoint et de sa famille.

Enfin, tout doit se passer comme si l'enfant était adopté par deux époux.

§ 2 - L'intégration totale dans la famille adoptive

L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine.

L'article 358 du code civil retenait comme règle que l'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime. La loi

du 4 mars 2002 a voulu éviter d'utiliser cette référence, pour tenir compte de l'égalité des filiations. Elle emploie une périphrase obscure : l'adopté a les mêmes droits et obligations qu'un enfant « dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre ». Si les parents adoptifs divorcent, l'enfant sera bien sûr traité comme l'enfant de parents séparés.

L'entrée de l'enfant dans la famille adoptive est totale : vocation successorale, autorité parentale, obligation alimentaire. Traité comme un enfant biologique, l'adopté est soumis aux mêmes règles en matière d'interdit de l'inceste. Il ne pourrait épouser son parent adoptif, ses frères ou sœurs adoptés, qui pourtant n'ont forcément pas les mêmes parents biologiques.

En ce qui concerne le nom, le principe est que l'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant. On notera que la loi du 4 mars 2002 a étendu à l'adoption les nouveaux principes d'égalité des sexes dans le choix du nom de famille. Il découle de l'article 357 du code civil que, en cas d'adoption par des époux, le nom conféré est déterminé en application de l'article 311-21 du même code. En d'autres termes, les parents adoptifs ont un choix : nom du mari, nom de la femme, nom des deux, dans l'ordre qui leur convient. Les règles sont un peu compliquées en cas d'adoption par une seule personne, laquelle est mariée : son conjoint peut procéder à une dation de nom, c'est-à-dire accepter que l'enfant porte son nom. Il faudra le demander au tribunal au moment de l'adoption. On peut même décliner les demandes : noms des deux époux dans l'ordre choisi par eux, mais dans la limite d'un nom à deux vocables.

C'est également sur demande des adoptants que le tribunal peut modifier le prénom de l'enfant.

L'adoption plénière permet à l'enfant d'acquérir la nationalité française.

§ 3 - L'après-adoption

Il faut, à ce stade, souligner deux points.

I - L'irrévocabilité de l'adoption

L'adoption plénière est irrévocable. On ne peut faire marche arrière, notamment si l'enfant ne parvient pas à s'intégrer dans sa nouvelle famille.

On avait déduit de ce principe d'irrévocabilité une conséquence grave : l'enfant ne pouvait faire l'objet d'une nouvelle adoption. On aurait en effet pu trouver comme remède à l'échec de l'adoption le consentement à l'adoption de l'enfant par sa famille adoptive au bénéfice d'autres parents adoptifs. Le législateur en 1996 a hésité à abandonner la règle qui veut qu'un enfant ne puisse être adopté deux fois. On a craint des adoptions à l'essai. Finalement, il a été admis que l'enfant puisse faire l'objet d'une adoption simple. Mais une nouvelle adoption plénière est exclue. Tel est le sens de l'article 360 du code civil : « s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise ». Le compromis est, toutefois, médiocre.

L'enfant pourrait être déclaré abandonné par le tribunal, ce qui lui donnerait la qualité de pupille de l'Etat, et par là ouvrirait la possibilité d'une autre adoption.

L'article 346 du code civil ouvre également, depuis 1976, des possibilités d'adoption en cas de décès de l'adoptant.

II - La quasi-impossibilité de connaître ses origines

Le Code civil ne consacre pas de droit de l'enfant à connaître ses origines. Certains estiment que la convention internationale des Droits de l'enfant reconnaît ce droit, puisqu'il y est proclamé que l'enfant « a le droit, dans la mesure du possible, d'être élevé par son père et sa mère ». On peut, néanmoins, en douter.

La possibilité pour la mère d'accoucher en demandant le secret de son identité est au contraire expressément reconnue par l'article 341-1 du code civil. La mère qui accouche sous X est informée au moment de la naissance qu'elle pourra, si elle le veut, faire lever le secret. Si le secret n'a pas été demandé, l'enfant majeur, ou son représentant légal s'il est mineur, peut tenter d'obtenir les renseignements relatifs à son identité. La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines tend à améliorer la situation grâce à la mise en place d'un Conseil national de l'accès aux origines personnelles. Ce conseil est chargé de faciliter les démarches des personnes qui souhaitent connaître leurs origines. Toute femme qui accouche sous X est invitée à laisser des renseignements destinés à l'enfant, et est informée qu'elle dispose de la possibilité de demander à tout moment la levée du secret de son identité en cas de requête de l'enfant. A défaut, son identité ne peut être révélée qu'à de strictes

conditions.

Cette loi ne remet pas en cause le droit de la mère biologique à préserver le secret de son identité. Pourtant, c'est en s'appuyant sur l'existence de cette loi que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'accouchement sous X institué en France ne portait pas atteinte au respect de la vie privée des enfants subissant cette pratique.

Sous-section 4 - La lutte contre la fraude ou les détournements d'adoption

Le législateur a été préoccupé de lutter contre les trafics d'enfants. C'est ce motif qui a justifié que l'on ait refusé de supprimer l'article 348-5 du code civil : le parent biologique ne peut choisir la famille adoptive de son enfant et est obligé de le remettre aux services de l'aide sociale à l'enfance, lesquels effectueront le choix.

La question s'est posée relativement à la situation suivante : une femme, dite « mère-porteuse », accepte d'être inséminée par le sperme d'un homme marié avec une femme stérile. Elle accouche sous X. L'homme reconnaît l'enfant : dans la mesure où il est le père biologique, il n'y a pas d'obstacle à cette reconnaissance. Il élève l'enfant avec sa femme, laquelle demande ensuite au tribunal à adopter l'enfant de son mari.

Par un arrêt solennel, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière le 31 mai 1991 a affirmé que « viole les article 6 et 1128 l'arrêt qui prononce l'adoption plénière d'un enfant, alors que l'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que portant atteinte tant aux principes de l'indisponibilité du corps humain que de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution d'adoption » . La solution est constante en jurisprudence.

Allant dans le même sens, la loi du 29 juillet 1994 a introduit un article 16-7 dans le Code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Ce texte prohibe le contrat de maternité de substitution. Mais il n'a tiré aucune conséquence de l'interdit au regard de l'adoption.

Il ne fait pas de doute que la position de l'Assemblée plénière doit continuer à être mise en œuvre. Néanmoins, il faut avoir conscience que cette jurisprudence, pour s'appliquer, suppose que le juge ait connaissance des conventions conclues. En pratique, il suffit aux époux de dissimuler avec précaution la réalité des opérations pour que l'adoption soit prononcée.

L'exemple précédent peut être simplifié : le mari dont la femme est stérile reconnaît un enfant qui n'est même pas le sien, mais qu'il aura « acheté » ou que la mère biologique abandonne au couple sans rémunération. Puis, sa femme demande l'adoption de l'enfant.

Peut-on refuser de prononcer l'adoption, ou au moins la subordonner à la preuve de la véracité de la reconnaissance ? C'est exclu, car ce serait introduire une condition supplémentaire à l'adoption.

Pour lutter contre de telles pratiques, la loi de 1996 a décidé que l'action en contestation de la reconnaissance mensongère est ouverte au Ministère public lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption. La formule retenue par l'actuel article 336 du code civil conduit à une solution identique.

Il a été aussi jugé que le Ministère public pouvait demander une expertise biologique avant même d'agir en contestation. La solution ne va pas de soi. Encore faut-il, de toute façon, que le tribunal puisse suspecter la fraude.

Section 2 - L'adoption simple

C'est une forme d'adoption originale : elle permet à un enfant d'être officiellement rattaché à deux familles, sa famille biologique et sa famille adoptive.

A priori intéressante puisqu'elle est possible en faveur de toute personne, y compris un majeur, elle est peu utilisée, la famille adoptive craignant, peut-être, que l'enfant adopté ne conserve des liens affectifs étroits avec la famille par le sang.

Sous-section 1 - Les conditions de l'adoption simple

La loi renvoie aux textes sur l'adoption plénière ; seules quelques conditions diffèrent.

L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté. S'il a atteint l'âge

de 13 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption. S'agissant de l'enfant mineur, c'est le plus souvent la première catégorie d'enfants adoptables qui est concernée, à savoir l'enfant pour lequel les père et mère ont consenti à l'adoption.

A partir de sa majorité, l'autorisation de ses père et mère, ou du conseil de famille, n'est plus requise. C'est ainsi par exemple qu'un enfant majeur peut être adopté par le deuxième mari de sa mère sans que le premier, père biologique de l'enfant, n'ait son autorisation à donner. Tout au plus peut-il contester l'intérêt que cette adoption présente pour l'enfant. Mais la jurisprudence est stricte à cet égard.

La condition d'accueil au foyer de l'adoptant est supprimée.

Rappelons que l'enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière, qui a échoué, peut faire l'objet d'une adoption simple.

Les conditions de l'adoption font parfois problème. C'est ainsi que le juge doit, selon l'article 353 du code civil applicable à l'adoption simple, s'assurer de l'opportunité de l'adoption prononcée : l'adoption n'est prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Le tribunal doit veiller au respect des finalités de l'institution : il doit s'agir de donner à l'enfant une famille, et non pas d'utiliser l'adoption à d'autres fins. A ce titre, l'adoption entre concubins homosexuels a pu être refusée. On se pose aussi parfois la question de l'opportunité des adoptions à des fins fiscales, spécialement dans le cadre des familles recomposées.

Sous-section 2 - Les effets de l'adoption simple

Ces effets se produisent à partir du jour du dépôt de la requête, sans effet rétroactif, comme pour l'adoption plénière. Ces effets se caractérisent par la juxtaposition des deux liens de filiation.

§ 1 - La création d'un lien de filiation avec la famille adoptive

Les effets de l'adoption simple sont importants au regard de l'autorité parentale : les parents par le sang perdent toute prérogative à cet égard. C'est l'adoptant qui est désormais investi des droits d'autorité parentale.

Néanmoins, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, l'adoptant est titulaire de

l'autorité parentale concurremment avec son conjoint. Mais celui-ci en a seul l'exercice. Depuis 2002, l'autorité parentale peut néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe devant le greffier du Tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.

L'autorité parentale est exercée dans les mêmes conditions que si l'enfant était un enfant biologique. S'appliquent aussi les règles sur l'administration légale et la tutelle.

En ce qui concerne le nom, l'enfant porte en principe un double nom, marque de son appartenance à deux familles : il ajoute à son nom d'origine le nom de l'adopté. Il n'y a pas de rupture avec la famille d'origine, l'enfant étant rattaché à deux familles : l'article 363 alinéa 1 du code civil décide que l'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom de ce dernier.

Les possibilités de choix sont les mêmes que pour les autres enfants. En pratique, cela pouvait conduire à ce que l'enfant porte un nom de famille composé de multiples vocables. La loi du 18 juin 2003 a voulu limiter le nombre de noms porté par l'adopté à deux vocables. L'article 363 précité a été réécrit en ce sens.

En cas d'adoption par une personne seule, la règle posée à l'article 363 alinéa 2 susvisé est la suivante : si l'adopté porte un nom de famille double, le nom conféré à l'adopté résultera de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Le choix du nom conservé appartiendra à l'adoptant qui devra recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de 13 ans. En cas de désaccord entre l'adoptant et l'adopté, ou à défaut de choix, le nom de ce dernier résultera de l'adjonction du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

En cas d'adoption simple par deux époux, le nom ajouté à celui de l'adopté sera 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. Il a fallu envisager le cas où l'adopté porterait déjà un nom double. Dans ce cas, il n'en conserve qu'un seul, et le choix de celui qui est conservé appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement de l'adopté de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom des adoptants retenu au premier nom de l'adopté.

L'adoptant peut demander à ce que l'adopté porte exclusivement son nom : la substitution de nom est alors soumise à l'autorisation personnelle de l'adopté de plus de 13 ans. Là encore, en cas d'adoption par deux époux, jouera la règle de l'égalité.

On regrettera que la loi nouvelle n'ait pas répondu par l'affirmative à la question pourtant souvent posée aux juges de savoir si l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple peut conserver son seul nom d'origine.

Le tribunal peut décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant : « en cas d'adoption par deux époux, le nom de famille de l'enfant 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 ».

Dans le cas où la substitution a été autorisée, il arrive que la mère ou l'enfant souhaite faire marche arrière, notamment lorsque l'enfant a été adopté par le nouveau conjoint de la mère, lequel a ensuite abandonné celle-ci. Il est difficile de faire droit à leur demande, faute d'autorisations légales expresses. La seule issue est d'obtenir la révocation de l'adoption pour motifs graves.

L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. L'article 367 du code civil donne une priorité en matière d'obligation alimentaire aux rapports entre les adoptants et adoptés : « l'obligation de fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère. Cependant, 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'acquisition de la nationalité n'est pas de droit. L'enfant peut, jusqu'à sa majorité, réclamer cette qualité.

La loi a voulu faire respecter le principe d'interdiction de l'inceste, ce qui n'est pas si évident. Le mariage est prohibé entre l'adopté, l'adoptant et ses descendants, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, entre les enfants adoptifs entre eux, et entre les enfants de l'adoptant et l'adopté. Certaines dispenses sont néanmoins possibles.

L'adopté et ses descendants ont des droits de succession identiques à ceux d'un enfant légitime.

Cependant, fiscalement, l'intérêt de l'adoption simple est limité au seul cas de l'enfant du conjoint.

La nouvelle famille créée se réduit aux adoptants, à l'adopté et à ses descendants. Les empêchements à mariage restent limités : entre l'adoptant et le conjoint de l'adoptant, entre les enfants adoptifs d'un même individu, ainsi qu'entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. Ces empêchements peuvent d'ailleurs faire l'objet de dispense.

On ne peut pas dire que l'enfant adopté entre dans la famille adoptive. Ainsi, il n'a pas la qualité d'héritier réservataire des ascendants de l'adoptant. Aucun empêchement à mariage, aucune obligation alimentaire n'est prévue entre l'adopté et les ascendants ou collatéraux des parents adoptifs.

S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté.

La demande n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de 15 ans. Si elle émane de l'adopté mineur lui-même, un administrateur *ad hoc* devra lui être attribué : certes, l'article 370 du code civil prévoit que la révocation peut être demandée par un membre de la famille par le sang, mais ces personnes n'ont aucun pouvoir de représentation des mineurs.

La loi du 5 juillet 1996 a permis au Ministère public de demander la révocation de l'adoption simple pour motifs graves lorsque l'adopté est mineur.

La notion de motifs graves qui est une cause de révocation de l'adoption, a été progressivement précisée par les juges du fond. Il s'agit généralement d'une faute dont s'est rendu coupable l'adoptant ou l'adopté et qui rend intolérable le maintien du lien créé.

L'action en révocation est bien sûr de nature contentieuse. Selon la Cour de cassation, la révocation prend effet à la date de la demande. Elle ne produit pas d'effet rétroactif.

§ 2 - Le maintien du lien de filiation avec la famille d'origine

Selon l'article 364 du code civil, « l'adopté reste dans sa famille d'origine et y

conserve tous ses droits ». Les empêchements à mariage subsistent entre l'adopté et les membres de sa famille. On admet que l'adoption simple ne fait pas obstacle à l'établissement du lien de filiation par le sang après le prononcé du jugement. La solution découle de l'article 369 du code civil qui décide que l'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation.

La jurisprudence admet que les parents par le sang puissent obtenir un droit de visite. L'adopté ne peut faire l'objet d'une adoption plénière qu'avec l'autorisation de ses parents par le sang.

L'article 367 du code civil prévoit le maintien de l'obligation alimentaire entre l'adopté et ses parents biologiques. Si c'est l'adopté qui est dans le besoin, rappelons que la loi impose alors une hiérarchie, l'adoptant étant tenu en premier.

Enfin, l'adopté conserve tous ses droits héréditaires.

§ 3 - Les conséquences de la dualité de liens

Le rattachement de l'enfant à deux familles se traduit en principe extérieurement par le fait que l'enfant porte un double nom. Mais les aménagements organisés démontrent la volonté du législateur de favoriser plutôt sous cet angle l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille.

La succession de l'enfant adopté décédé sans postérité est soumise à des règles originales. Sommairement, on peut dire que chaque famille récupère d'abord les biens qu'elle a pu donner ou léguer à l'adopté. Ensuite, la succession se partage par moitié entre la famille par le sang et la famille adoptive.

C'est cette dualité de liens qui fonde le droit de la famille d'origine de demander la révocation pour motifs graves.

On constate que l'enfant est tenu d'une obligation alimentaire à l'égard des deux familles. Il y a là un point qui mérite d'être souligné : ainsi, dans les familles recomposées, l'adoption simple, si elle permet de matérialiser d'avantage l'existence d'une appartenance à deux familles, peut concrètement obliger l'enfant à entretenir quatre personnes âgées ! Quelle importance, répliquera-t-on, puisque l'enfant héritera des deux familles.

Section 3 - L'adoption internationale

L'attendu de principe de la Cour de cassation dans l'arrêt Fanthou du 10 mai 1995 qui permettait de prononcer l'adoption par des français d'un enfant dont la loi personnelle prohibe l'adoption, a suscité de vifs débats. En 1996, lors de la réforme de l'adoption, aucun accord n'avait pu être trouvé suite à la ratification de la Convention de la Haye du 29 mai 1993. Une circulaire en 1999 avait tenté de poser des règles pour combattre cette jurisprudence. Elle fut très critiquée. La loi du 3 février 2001 a essayé de régler le droit français de l'adoption internationale en ajoutant trois articles dans le Code civil, les articles 370-3 à 370-5. Les solutions distinguent selon que l'adoption de l'enfant étranger est prononcée en France, ou qu'il s'agit de la reconnaissance des jugements d'adoption prononcés à l'étranger. Accessoirement, on signalera que la loi du 4 mars 2002 a réglé la question du nom de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption internationale par application des mêmes principes que ceux régissant les autres enfants.

Sous-section 1 - L'adoption prononcée en France.

Les conditions de l'adoption en ce qui concerne l'adoptant sont soumises en principe à la loi nationale de l'adoptant. Ainsi, un français adopte un espagnol, c'est la loi française qui s'applique. Un étranger réside en France ; il veut adopter alors que sa loi personnelle l'interdit ; la seule solution sera d'acquérir la nationalité française.

En ce qui concerne l'adopté, il est expressément prévu que si la loi nationale de l'adopté prohibe l'adoption, celle-ci ne peut être prononcée. Cette disposition, respectueuse des positions du droit étranger sur l'adoption constitue la raison essentielle de la loi nouvelle. Ainsi désormais, un enfant marocain ou tunisien ne peut pas être adopté par des français, car le droit musulman interdit l'adoption.

La loi nationale de l'enfant est simplement consultée pour savoir si cette loi connaît l'adoption. Si elle la connaît, les conditions de l'adoption restent soumises à la loi nationale des adoptants. Quelle que soit cette loi des adoptants, le représentant de l'enfant doit avoir consenti en connaissance de cause à l'adoption. On doit notamment vérifier qu'il a consenti à une rupture définitive des liens avec l'enfant.

Enfin, les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française.

Sous-section 2 – L'adoption prononcée à l'étranger

L'adoption prononcée à l'étranger est l'hypothèse, assez courante, où les candidats à l'adoption ont obtenu un jugement d'adoption à l'étranger, dans le pays d'origine de l'enfant, jugement qu'il faut reconnaître en France. La loi nouvelle déclare que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets d'une adoption plénière lorsque cette adoption rompt de manière irrévocable le lien de filiation existant, à défaut ceux d'une adoption simple.

Les personnes qui veulent obtenir l'adoption d'un enfant en provenance de l'étranger doivent obtenir un agrément. L'agrément est lié au seul contrôle de l'aptitude des candidats à accueillir dans de bonnes conditions un enfant. Toute personne physique ou morale qui sert d'intermédiaire en matière d'adoption doit avoir obtenu une autorisation d'exercer cette activité. Après l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1996 et de la Convention de La Haye relative à l'adoption internationale du 29 mai 1993, il était nécessaire de réformer les dispositions relatives aux œuvres d'adoption, qui ont été rebaptisées.

Le décret du 18 avril 2002 « relatif aux organismes autorisés et habilités pour l'adoption » a clarifié les missions de ces organismes, dont l'absence de transparence, notamment financière, était dénoncée. Pour être habilités, les organismes autorisés et habilités pour l'adoption doivent être en mesure d'apporter une aide au projet d'adoption jusqu'à l'accompagnement de la famille après l'arrivée de l'enfant. Les organismes autorisés et habilités pour l'adoption doivent être en mesure d'établir des contacts avec les pays d'origine et d'acheminer les dossiers dans le respect des procédures en vigueur. Des obligations nouvelles sont mises à leur charge : obligation de formation de ses membres, obligation de communication sans délai à la famille du dossier de l'enfant qu'il est envisagé de confier.

La création par la loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption de l'agence française de l'Adoption est venue pallier le faible nombre d'organismes autorisés et habilités pour l'adoption alors que de plus en plus de pays se ferment à l'adoption individuelle. L'agence française de l'Adoption accompagne les familles dans leur

projet d'adoption sans aucun critère de sélection des candidats. Les services sont gratuits⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Durant l'année 2007, l'agence française de l'Adoption devrait pouvoir travailler avec l'ensemble des États signataires de la Convention de la Haye

CHAPITRE III

LA FILIATION DE L'ENFANT NE PAR ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

La technique de l'insémination artificielle, qui permet à une femme d'être inséminée avec le sperme de son mari ou de son concubin, ou d'une tierce personne est utilisée depuis plusieurs dizaines d'années. L'implantation d'ovules, le transfert d'embryon qui permettent à une femme d'avoir un enfant conçu avec les gamètes d'une tierce personne, sont des techniques un peu plus récentes.

L'ensemble de ces techniques dites de procréation médicalement assistée ou d'assistance médicale à la procréation ont posé des problèmes éthiques et juridiques. Avant les lois bioéthiques du 29 juillet 1994, la filiation de l'enfant né par procréation médicalement assistée était celle découlant du droit commun. Lorsque le couple était marié, le statut de l'enfant était vite consolidé, puisque six mois après la naissance, le mari ne pouvait plus contester sa paternité. En revanche, la filiation de l'enfant de couple de concubins était plus problématique. La Cour de cassation avait tenté de protéger l'enfant en décidant que le concubin qui a donné son consentement à l'insémination artificielle, contracte envers la mère et l'enfant l'engagement de se comporter comme père : en cas de contestation de sa reconnaissance, le préjudice subi par l'enfant peut être sanctionné par des dommages-intérêts.

Aujourd'hui, les techniques de procréation artificielle comme la filiation de l'enfant né par assistance médicale à la procréation sont régies par les deux lois du 29 juillet 1994 dites lois bioéthiques, elles-mêmes modifiées par la loi du 6 août 2004. Les quelques textes sur la filiation de l'enfant né par procréation médicalement assistée n'ont pas été réécrits par l'ordonnance du 4 juillet 2005, si ce n'est l'harmonisation formelle de la numérotation des renvois.

Des conditions de recours aux différentes techniques sont imposées, et les effets réglementés.

Section 1 - Le recours à la procréation médicalement assistée

Certaines interventions médicales sont autorisées, au profit de certains couples. La réglementation a été intégrée dans le Code de la santé publique, ce qui

a été décrié par l'ensemble de la doctrine. Les difficultés de coordination avec les principes du droit civil sont multipliées ; symboliquement, la procréation médicalement assistée n'est pas qu'une intervention médicale ; elle intéresse le statut de l'enfant à naître.

Sous-section 1 - Les couples ayant accès à l'assistance médicale à la procréation

La loi ayant voulu consacrer juridiquement la légitimité du désir d'enfant réserve la procréation médicalement assistée aux couples ayant un projet parental, ce qui implique une demande initiale et son maintien pendant une certaine durée.

§ 1 - Le couple

Aux termes de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple [...]. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ».

Ne peuvent donc recourir aux techniques de procréation médicalement assistée les célibataires, les homosexuels, les femmes après le décès de leur mari ou compagnon, les femmes âgées. C'est à l'équipe médicale pluridisciplinaire auquel s'adresse le couple, de vérifier que les conditions requises sont remplies. Mais il ne faut pas nier qu'il favorise le tourisme procréatif et pose des problèmes de fraude à la loi ou de détournement d'institution, auxquels le juge français apporte des solutions de compromis plus ou moins aptes à préserver l'intérêt de l'enfant.

§ 2 - Le projet parental

L'assistance médicale à la procréation est destinée à permettre à un couple apte à élever des enfants de réaliser son projet. C'est pourquoi, l'article L 2141-2 du Code de la Santé Publique exige que l'homme et la femme consentent préalablement au transfert d'embryons ou à l'insémination, que celle-ci ait lieu à l'intérieur du couple, ou qu'elle ait lieu avec les gamètes d'un donneur. Les textes qui suivent apportent un certain nombre de précisions sur le déroulement des opérations.

I - Le consentement initial

Le consentement est en principe donné auprès de l'équipe médicale. Il est obligatoirement précédé d'entretiens, au cours desquels doit être vérifiée la motivation du couple. En outre, doivent être communiquées toutes les informations sur les possibilités d'adoption et expliquées les conséquences juridiques de la procréation médicalement assistée.

Le couple doit être informé des possibilités de réussite ou d'échec des interventions, ainsi que de leur inconfort.

La demande du couple doit ensuite être confirmée : la loi impose des conditions de forme et de délai. Elle doit être faite par écrit, et à l'expiration d'un délai minimal d'un mois après le dernier entretien. L'équipe médicale peut décider d'allonger ce délai : l'assistance médicale à la procréation n'est pas mise en œuvre si le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

En cas de procréation avec tiers donneur, le consentement donné à l'intervention médicale aura des conséquences au regard de la filiation de l'enfant, puisque tout se passera comme si l'enfant était l'enfant biologique du couple. C'est pourquoi, pour que le couple ait conscience des conséquences de l'acte, il est exigé que le consentement soit donné devant le juge ou le notaire « dans les conditions prévues par le Code civil ».

L'article 311-20 du Code civil se contente de quelques grandes lignes : le consentement donné doit l'être « dans des conditions garantissant le secret », et celui qui le reçoit doit « informer les parents des conséquences de leur acte au regard de la filiation ».

On remarquera qu'on est loin des exigences retenues en matière d'adoption, puisque ni le juge ni le notaire ne vérifie que les conditions futures de l'accueil de l'enfant sont conformes à son intérêt, ni ne contrôle, du moins officiellement, l'intégrité et la liberté du consentement.

L'accueil d'embryons est le seul cas dans lequel le formalisme est lourd, et se rapproche de ce qui se passe en cas d'adoption. La réglementation est entièrement

organisée par le Code de la santé publique. Selon l'article L. 2141-5, alinéa 2 du code de la santé publique, l'accueil de l'embryon est subordonné à une décision judiciaire. Le juge reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Il s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique 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.

Il exerce donc un contrôle tant de légalité que d'opportunité.

II - La nécessité du maintien du projet

La procréation médicalement assistée nécessite plusieurs interventions, et aboutit souvent à des échecs : elle s'inscrit dans la durée. Il était donc normal d'envisager que le projet parental puisse se modifier, évoluer avec les années. Le Code de la santé publique l'a fait sous un angle particulier, celui du sort des embryons congelés. En effet, dans le cas d'une congélation d'embryons, le couple est consulté régulièrement pour savoir si leur projet parental est maintenu. En cas de réponse négative sur le maintien du projet, le couple qui est à l'origine des embryons congelés peut envisager de recourir à un accueil par un autre couple. On peut aussi procéder à un stockage prolongé, jusqu'à destruction éventuelle des embryons surnuméraires, sur autorisation de la loi, au bout de 5 ans.

Le Code civil envisage cette question, mais partiellement. Il est affirmé à l'article 311-20, alinéa 3 dudit code que le consentement à la procréation médicalement assistée 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 avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. En effet, rien n'empêche la femme de cacher sa situation familiale réelle à l'équipe médicale, laquelle n'a aucun moyen matériel d'être informée du dépôt d'une requête ou d'une rupture de vie commune. L'assistance médicale à la procréation pourra donc avoir lieu. Mais les effets qui en sont déduits au regard de la filiation de l'enfant ne se produiront pas.

Ensuite, le même article 311-20, alinéa 3 du code civil déclare que le consentement est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque

auprès du médecin chargé de l'intervention médicale. Mais alors que le consentement doit être exprimé par écrit, le parallélisme des formes n'a pas à être respecté. Ce droit de rétractation est discrétionnaire.

Sous-section 2 - Les techniques de procréation médicalement assistée autorisées

Si les lois bioéthiques ont accepté de valider toutes les techniques existantes, elles ont limité leurs finalités, et ont imposé le respect de certains principes dans les cas complexes.

§ 1 - L'autorisation générale

Il résulte de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

Cette définition très générale est révélatrice : le législateur, ne voulant pas entraver l'essor des procréations médicalement assistées, reconnaît, sans le dire formellement, que tous les procédés permettant de faire naître un enfant en dehors du processus naturel sont licites.

Cette absence d'encadrement n'est pas pour autant sans danger. Ainsi, le recours à la micro-injection d'un spermatozoïde dans le cytoplasme de l'ovocyte qui permet de lutter contre la stérilité en évitant le recours à l'insémination artificielle avec donneur, a pu se pratiquer alors même qu'elle n'a pas été testée sur l'animal. La pratique révèle qu'elle comporte peut-être des risques potentiels de transmission à l'enfant de malformations congénitales et d'anomalies génétiques. Le succès de cette technique pose des questions éthiques.

§ 2 - Le contrôle de la finalité et des modalités

Si tous les procédés sont possibles, ils ne peuvent être utilisés à n'importe quelle fin ni n'importe comment.

Selon l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, la procréation médicalement assistée ne peut poursuivre que deux objectifs : soit remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, soit éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

Le recours à l'assistance médicale à la procréation dans un but de pure convenance, ou pour choisir le sexe de l'enfant par exemple, est prohibé, car elle serait une pratique eugénique.

Si l'équipe médicale parvient à découvrir qu'elle est sollicitée, dans le cadre d'une convention tendant à la remise d'un enfant à un couple infertile, par une femme ayant le projet d'abandonner son enfant à un autre couple, avec ou sans rémunération, elle doit refuser son intervention. Reprenant la solution affirmée solennellement par l'Assemblée plénière le 31 mai 1991, le Code civil, en son article 16-7, prohibe toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

L'activité d'assistance médicale à la procréation est réservée à des professionnels agréés, ayant obtenu un agrément administratif afin de garantir la sécurité médicale et le respect des fondements éthiques du droit. Des règles de sécurité sanitaire multiples sont imposées.

§ 3 - Les règles propres à la procréation assistée avec gamètes d'un ou de deux tiers donneurs

Les principes généraux, sur lesquels l'ensemble des lois bioéthiques reposent, doivent être respectés : consentement du donneur, gratuité et anonymat des dons. Le Code de la santé publique régit minutieusement le don et l'utilisation de gamètes.

Le consentement du donneur est librement révocable ; il doit émaner d'une personne appartenant à un couple ayant déjà procréé. Le principe de gratuité empêche que l'obtention de gamètes ne soit monnayée. Mais il ne fait pas obstacle à ce que, une fois le don effectué, les gamètes aient un prix. Il existe d'ailleurs un remboursement par la sécurité sociale, solution médiocre sur le terrain

psychologique.

Le principe d'anonymat du donneur et du receveur est posé dans le Code civil ainsi que dans le Code de la santé publique. Il faut y voir d'ailleurs plus un principe de secret de l'identité : ce que l'on ne veut pas, c'est que donneur et receveur puissent se connaître. C'est pourquoi l'anonymat a des limites, et peut être levé pour des raisons médicales. Mais le secret sera gardé au regard des principaux intéressés.

A ces principes, s'ajoute celui de la limitation des risques de naissances multiples : les gamètes d'un même donneur ne peuvent conduire à la naissance de plus de 10 enfants.

Les lois bioéthiques ont doté l'embryon d'un statut, tout en refusant de prendre parti sur la question de savoir s'il fallait voir en lui une personne humaine. Rappelons que la conception même de l'embryon ne peut être réalisée, *in vitro*, que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'au moins l'un des deux membres du couple.

Les embryons faisant l'objet d'une congélation, la conservation des embryons surnuméraires doit être autorisée, par écrit, le couple étant consulté chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'il maintient sa demande parentale. Au bout de cinq ans, les embryons surnuméraires sont détruits.

Le don d'embryons a été validé, et conçu sur le modèle de l'adoption : « à titre exceptionnel », les deux membres du couple peuvent consentir à l'accueil des embryons par un autre couple. Les deux couples devront donner leur consentement, par écrit et devant l'autorité judiciaire, l'un pour donner, l'autre pour accueillir. Les principes de base doivent être respectés.

Section 2 - La filiation de l'enfant né par assistance médicale à la procréation

L'objectif de la législation a été d'appliquer les règles de la filiation biologique. Des textes spéciaux ont cependant été adoptés en ce qui concerne la filiation de l'enfant né par procréation médicalement assistée. Ils figurent parmi les dispositions communes à la filiation légitime et naturelle. Mais ils sont insuffisants : le droit

commun de la filiation biologique, paternelle ou maternelle, a vocation en partie à s'appliquer.

Sous-section 1 - Le rattachement imposé

La filiation par procréation médicalement assistée étant une filiation artificielle, il eut été logique de rattacher la question des effets des procréations médicalement assistées aux techniques de la filiation adoptive, quitte à simplifier la procédure.

Mais le législateur, en 1994, avait un parti pris : en matière de procréation médicalement assistée, tout doit se passer comme si l'enfant est l'enfant biologique du couple, et nul ne doit connaître la conception particulière de l'enfant. L'idée fondamentale a été de déduire du consentement à l'assistance médicale à la procréation des conséquences sur la filiation de l'enfant. Tel est l'objet de l'article 311-20 du code civil.

Les conditions de recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation ne sont devenues obligatoires, bien sûr, qu'après l'entrée en vigueur des lois de 1994. Mais pour ce qui concerne les effets de la filiation, et notamment l'interdiction de la contestation de paternité, s'agissant des enfants conçus avant l'entrée en vigueur des lois bioéthiques, devrait jouer le principe d'application immédiate de la loi nouvelle. Pourtant la jurisprudence passe sous silence l'application des articles 311-19 et 311-20 du code civil lorsque l'assistance médicale à la procréation a eu lieu avant la loi du 29 juillet 1994.

L'article 311-20 précité ne concerne expressément que les procréations médicalement assistées avec tiers donneur, ce qui exclut *a priori* de son champ d'application les inséminations artificielles homologues et les transferts d'embryons.

S'agissant de l'insémination homologue, au sein du couple, il est certain que même si la procréation médicalement assistée a lieu contre la volonté de l'homme ou après dépôt d'une requête en divorce, l'enfant sera pourtant l'enfant du mari : le recours à la procréation médicalement assistée n'est qu'une parenthèse technique ; l'enfant étant l'enfant biologique du couple, il convient d'appliquer les règles habituelles du droit de la filiation.

Pour les transferts d'embryons, la doctrine considère, à juste titre, qu'il convient d'appliquer l'article 311-20 susvisé.

§ 1 - Une filiation obligatoire

Si les personnes ayant eu recours à l'assistance médicale à la procréation sont mariées, la filiation de l'enfant est établie par l'acte de naissance. Si elles vivaient en concubinage, il n'y a pas de problème pour la filiation maternelle qui découlera du titre de naissance. Observons qu'en théorie, la femme pourrait, comme tout autre femme, décider d'accoucher sous X. Du côté de la filiation paternelle, il était impossible d'obliger matériellement le concubin de la femme à reconnaître l'enfant, la reconnaissance étant un acte de volonté. La loi de 1994 a donc choisi de faire pression sur le parent concerné pour l'inciter à reconnaître l'enfant : « 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 l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 ». Observons une lacune du texte vis-à-vis de la mère, à moins qu'en cas d'accouchement sous X, la responsabilité du père ne puisse être engagée.

La possibilité d'engager la responsabilité de celui qui ne veut pas reconnaître l'enfant, fondée sur l'existence du consentement à la procréation médicalement assistée, pose des problèmes théoriques qui sont de même nature que ceux soulevés en cas de dommages-intérêts consécutifs à l'annulation d'une reconnaissance de complaisance. On est proche d'un engagement unilatéral de volonté ou d'une obligation naturelle ayant reçu un commencement d'exécution.

Quant au droit d'intenter une action en recherche de paternité alors que le défendeur n'est pas le père biologique, elle est assez curieuse puisqu'on principe le succès d'une telle action suppose démontrée la paternité du défendeur. Il y a là un cas spécifique d'ouverture de l'action. Ceci n'aboutira pas nécessairement à régler tous les problèmes : cette action n'appartient qu'à l'enfant et est exercée par la mère. Or, si la mère ne veut pas l'intenter, l'enfant n'aura pas de père puisque tout est organisé pour que l'on ignore qu'il y a eu procréation médicalement assistée.

Selon l'article 311-20 du code civil « le consentement donnée à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation.... ». Si les personnes ayant eu recours à la procréation médicalement assistée sont mariées, la présomption de paternité joue, bien que les textes ne le précisent pas. Il est donc tout simplement interdit aux parents de contester plus tard la filiation. On

remarquera que l'impossibilité de contester la filiation vaut y compris lorsque l'enfant n'a pas la possession d'état à l'égard du mari de sa mère. L'enfant est rattaché pour toujours au mari, du seul fait qu'il a consenti à la procréation artificielle.

Néanmoins, si le mari et la femme s'entendent, rien ne les oblige à révéler la méthode de procréation de l'enfant ; une action en contestation pourrait être introduite ce qui pourrait conduire à ce que l'enfant ne soit pas rattaché au mari. Le législateur n'a pas perçu les risques découlant du rôle dévolu à la volonté individuelle.

Si les parents n'étaient pas mariés et ont reconnu l'enfant, il leur est interdit de contester la reconnaissance.

§ 2 - Les hypothèses de non rattachement

La filiation ne peut être imposée au défendeur que si l'enfant est, effectivement, né par procréation médicalement assistée. L'article 311-20 du code civil autorise la contestation de paternité s'il est soutenu que l'enfant est né d'un adultère de la femme. Encore faudra-t-il que le mari ou le compagnon parvienne à désigner le père possible.

L'article 311-20 précité ouvre l'action en contestation de filiation lorsque le consentement a été privé d'effet, ce qui se produit en cas de décès, dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou cessation de communauté de vie, révocation par écrit du consentement donné à la procréation médicalement assistée.

L'idée est simple : il est exclu d'imposer une paternité à un individu qui s'est séparé de la mère ou a fait savoir qu'il refusait que sa femme ou sa compagne ait recourt à la procréation médicalement assistée.

Sous-section 2 - L'impossible rattachement

La loi du 29 juillet 1994 a délibérément opté pour une interdiction absolue d'établir un lien de filiation entre l'enfant conçu par procréation assistée avec intervention d'un tiers donneur et cet auteur. Aux termes de l'article 311-19 du code civil, « 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 filiation ».

En amont, pour garantir toute sécurité au donneur, il est imposé un principe de secret des conditions de la conception de l'enfant : nul ne peut révéler que l'enfant a été conçu par procréation médicalement assistée.

Non seulement l'enfant ne peut être rattaché à celui ou celle qui l'a conçu, mais encore lui sera-t-il impossible de connaître l'identité de son parent biologique puisque le don est anonyme.

Le système est bouclé par l'impossibilité d'intenter une action en responsabilité à rencontre du donneur. Cette disposition a été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel, ce qui est d'autant plus étonnant que cette juridiction avait, quelques années avant, déclaré que la possibilité d'agir en responsabilité contre l'auteur d'une faute dommageable sur le fondement de l'article 1382 était un principe constitutionnel.

Cette interdiction globale, sans nuances, est tout à fait excessive.

La volonté du législateur de permettre aux parents de cacher la stérilité a conduit à rattacher les procréations médicalement assistées à la filiation biologique. Les textes sont en porte-à-faux avec le droit de la filiation. Ainsi, comment peut-on justifier que l'amant d'une femme soit condamné à des dommages-intérêts s'il refuse de reconnaître l'enfant au prétexte qu'il a consenti à une procréation médicalement assistée, alors qu'il ne peut être condamné si sa compagne a mis au monde un enfant dont il est le géniteur et qu'il a volontairement conçu ?

Plus profondément, le système mis en place repose sur la volonté de ceux qui ont recours aux procréations médicalement assistées. Or, la filiation biologique repose largement sur la vérité biologique, ce qui conduit à des distorsions. Si la volonté des adultes change, l'anonymat instauré s'avère dangereux : la filiation de l'enfant dépendra en grande partie du bon vouloir des parents et de leur entente, ce qui n'est pas nécessairement dans l'intérêt de l'enfant. Mais il est vrai que l'abandon puis l'adoption de cet enfant demeure possible.

TITRE II
LA LIMITATION DES RELATIONS FAMILIALES TOURNEES VERS LE
PASSE :
L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Il appartient normalement à chaque individu de subvenir à ses propres besoins par le travail. En cas d'impossibilité, il faut faire appel à la solidarité familiale, les parents et alliés devant subvenir à leurs parents qui se trouvent dans le besoin. C'est ce que l'on appelle l'obligation alimentaire. A la solidarité familiale, s'est ajoutée la solidarité nationale : cette forme de solidarité est un principe constitutionnel, inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 ; si la famille n'est plus en mesure de supporter les charges d'un de ses membres, elle doit, dans certains cas, pouvoir compter sur l'aide de la collectivité publique.

Seules certaines personnes sont tenues à une obligation alimentaire : cette obligation n'existe que pour les membres de la famille qui sont unis par des liens étroits. Entre époux, cette obligation prend une forme particulière, le devoir de secours. Entre parents, il n'y a d'obligation alimentaire qu'en ligne directe. Dans les rapports parents-enfants, on parle d'obligation d'entretien⁵⁰⁷ ; elle repose sur le devoir d'éducation et n'est pas réciproque.

On ne trouve donc d'obligation alimentaire *stricto sensu* qu'en ligne directe et dans les relations entre parents du deuxième degré et au-delà⁵⁰⁸. Entre alliés, le mariage fait naître des relations entre les deux familles mais l'obligation n'existe que tant que dure le mariage. La liste des obligés est très étroite : l'obligation alimentaire ne joue pas entre frère et sœur. Toutefois, la jurisprudence décide qu'il y a dans ce cas une obligation naturelle.

L'article 207 alinéa 1er du Code civil précise que cette obligation est réciproque. Ainsi, celui qui est riche doit aider son proche parent qui se trouve dans la misère et peut à son tour demander des aliments si, suite à des revers de fortune, il se trouve ruiné.

La loi prévoit trois exceptions à la réciprocité : « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra

⁵⁰⁷ beaucoup plus large que la simple obligation alimentaire, comme nous l'avons vu précédemment

⁵⁰⁸ par exemple dans les rapports petits-enfants et grands-parents

décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ». Ce moyen de défense est très souvent invoqué et provoque un important contentieux. On peut relever, non sans ironie, que c'est au moment où la solidarité familiale doit jouer pleinement son rôle qu'apparaissent les plus vifs conflits.

Les enfants dont les parents se sont vus totalement retirer l'autorité parentale par jugement sont dispensés de l'obligation alimentaire à leur égard, sauf si le jugement de retrait en dispose autrement.

La loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance prévoit une autre exception : les enfants qui ont fait l'objet d'un retrait judiciaire de leur milieu familial pendant trois ans durant les douze premières années de leur vie sont dispensés de plein droit de s'acquitter de l'obligation alimentaire.

CHAPITRE I

LA MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE : LA PENSION ALIMENTAIRE

L'obligation alimentaire ne ressemble à aucune autre obligation puisqu'elle suppose, pour être fixée, que celui qui en réclame l'exécution, se trouve dans le besoin et que celui auquel il la réclame, dispose de ressources suffisantes.

Section 1 - La fixation de la pension alimentaire

Elle dépend de quatre éléments.

Sous-section 1 - Le besoin du créancier

Les besoins résultent de l'absence de ressources et de moyens de s'en procurer. Il est bien entendu tenu compte d'un éventuel refus du créancier de travailler alors qu'il serait en mesure de le faire. De même, si le créancier peut tirer des revenus de ses biens en gérant correctement son capital, il ne pourra pas faire appel à ses proches. Néanmoins, on admet que celui qui réclame des aliments n'est pas tenu de vendre un bien dans la mesure où il peut assurer ainsi son logement. Par exemple, une personne âgée qui possède une maison n'est pas obligée de la vendre pour subvenir à ses besoins.

Dans la fixation de la pension alimentaire, on ne doit pas tenir compte des causes de la pauvreté du débiteur⁵⁰⁹. En revanche, la faute du réclamant envers celui qui paye peut le priver de ce droit.

La charge de la preuve pèse sur celui qui réclame ; il doit prouver qu'il est dans le besoin et que, faute d'une pension alimentaire, il se trouverait dans un profond dénuement.

Sous-section 2 - Les ressources du débiteur

Celui auquel on réclame des aliments doit pouvoir les fournir. On tient compte de ses charges propres et c'est à lui d'établir le montant de ses ressources.

Sous-section 3 - Les procédés de la fixation

Dans le meilleur des cas, l'obligation alimentaire est fixée par accord mutuel. A défaut, elle est fixée par le juge aux affaires familiales. Le montant de l'obligation alimentaire doit permettre de couvrir toutes les dépenses indispensables à la vie : nourriture, vêtements, frais de maladie et logement. Il faut toutefois tenir compte du mode de vie habituel⁵¹⁰.

Sous-section 4 - Les modalités

L'obligation alimentaire est normalement fixée en argent ; elle prend alors la forme d'une rente mensuelle. Elle peut exceptionnellement être fixée en nature. L'article 210 du Code civil dispose en effet que « 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 ».

Par ailleurs, pour éviter les problèmes de dépréciation monétaire, la rente est indexée. Cette indexation ne fait pas obstacle à une éventuelle révision. La révision de la pension peut être faite dans le cas où des circonstances nouvelles le justifient.

⁵⁰⁹ le fait qu'il ait mal géré son capital, par exemple, n'a aucune influence

⁵¹⁰ mais une pension alimentaire n'est pas versée pour permettre à son destinataire de mener une vie luxueuse

Section 2 - Les caractères généraux de l'obligation alimentaire

Ces caractères sont au nombre de deux.

Sous-section 1 - Le caractère personnel de l'obligation alimentaire

Etant fondée sur les rapports personnels créancier-débiteur, l'obligation alimentaire a un caractère personnel très marqué. Néanmoins, il faut tenir compte de la solidarité de la famille, plusieurs personnes pouvant être tenues envers une autre d'une obligation alimentaire.

En cas de pluralité de débiteurs, le droit français a une position nuancée :

- s'il s'agit de parents au même degré, le parent dans le besoin peut s'adresser à l'un d'entre eux ou à tous ;

- s'il s'agit de parents ou alliés de degrés différents, la jurisprudence rejette l'idée d'une hiérarchie, à trois exceptions près, toutefois : le devoir de secours entre époux passe avant l'obligation alimentaire ; l'obligation d'entretien des parents passe avant l'obligation alimentaire des grands-parents ; en matière d'adoption simple, l'adopté doit d'abord demander des aliments à la famille adoptive.

Si le créancier d'aliments a demandé une pension à plusieurs personnes, les obligés seront condamnés *in solidum*. Le créancier d'aliments peut donc s'adresser à l'un quelconque des débiteurs pour le tout, le débiteur poursuivi qui a payé toute la dette ayant un recours contre les codébiteurs.

Sous-section 2 - Le caractère d'ordre public

L'obligation alimentaire étant d'ordre public, elle est indisponible, n'est pas susceptible de renonciation, n'est pas cessible⁵¹¹ et n'est pas saisissable⁵¹².

Elle ne peut pas faire l'objet d'une saisie-attribution, sauf si le saisissant est lui-même un créancier alimentaire ou un fournisseur d'aliments : l'objectif est d'éviter que la pension alimentaire ne soit utilisée à d'autres fins que celles prévues.

⁵¹¹ elle ne peut pas être cédée à une personne autre que le créancier

⁵¹² les créanciers de la personne à laquelle cette rente est versée ne peuvent pas exiger d'être payés sur cette somme d'argent

La créance alimentaire est intransmissible. Si le créancier décède, ses héritiers ne peuvent pas continuer à exercer le droit d'aliments de leur auteur. Mais qu'en est-il en cas de décès du débiteur ?

En principe, la dette d'une pension alimentaire ne se transmet pas. Il existe toutefois une exception qui concerne le conjoint survivant : lorsqu'une personne décède, son conjoint survivant peut se trouver dans le besoin ; la loi prévoit alors que la succession de l'époux prédécédé doit des aliments à l'époux survivant.

CHAPITRE II

LE PAIEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Ce paiement répond à un principe, et des sanctions sont prévues en cas de non respect de l'obligation.

Section 1 – Le principe : « Les aliments ne s'arrangent pas »

Cette règle, à la formulation pour le moins obscure, signifie simplement que la pension alimentaire n'est due qu'à partir du jour où elle est demandée. Pour la Cour de cassation, cette règle repose sur une présomption simple : celui qui n'a pas réclamé, n'était pas dans le besoin. Cette présomption simple signifie donc qu'il est possible de réclamer les arrérages en démontrant que l'inaction est due à la force majeure ou à la mauvaise volonté du débiteur⁵¹³.

Section 2 - Les sanctions en cas de non-paiement

Les sanctions en cas de non-paiement de la pension alimentaire sont à la fois pénales et civiles :

- le Code pénal sanctionne le non-paiement par le délit d'abandon de famille. Ce délit est puni d'amende et d'emprisonnement. Il est constitué lorsqu'une personne ne fournit pas, pendant deux mois, les aliments auxquels elle a été condamnée. Cette infraction peut conduire à une suspension de l'autorité parentale ;

- en ce qui concerne les sanctions civiles, le créancier d'aliments peut saisir tous les biens du débiteur, même ceux qui sont normalement insaisissables.

⁵¹³ la jurisprudence écarte cette règle pour la contribution aux charges du mariage et pour l'obligation d'entretien