

100 %
DROIT



DROIT DE LA FAMILLE

PATRICE HILT
CHRISTEL SIMLER

À jour
de la loi
de modernisation
de la **justice**
du XXI^e siècle



*Illustré de décisions
de justice nationales
et européennes
et complété
de réflexions doctrinales*

ellipses

100 %
DROIT



Droit de la famille

Patrice **HILT**

Maître de Conférences HDR à l'Université de Strasbourg
Directeur du Master 2 Droit de la famille interne, international et comparé

Christel **SIMLER**

Maître de Conférences à l'Université de Strasbourg



Dans la même collection

Le Droit constitutionnel de la V^e République, Éric Sales

Droit des sociétés – 5^e édition, Deen Gibirila

Droit du travail, Pascal Étiennot, Agnès Étiennot

Droit pénal général, Mikaël Benillouche

Droit de la propriété intellectuelle – 3^e édition, Jean-Luc Piotraut

ISBN 9782340-051966

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2018

32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



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

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

www.editions-ellipses.fr

Sommaire

Introduction

9

Livre premier Le couple

Partie 1 Le couple marié

Titre 1 : La formation du mariage	19
Chapitre 1 : La liberté du mariage	21
Chapitre 2 : Les conditions de formation du mariage	31
Chapitre 3 : Les sanctions des conditions de formation du mariage	61
Titre 2 : Le statut des époux.....	81
Chapitre 1 : Les relations personnelles des époux.....	83
Chapitre 2 : Les relations patrimoniales des époux.....	93
Titre 3 : La séparation des époux.....	99
Sous-titre 1 : La séparation officialisée des époux	101
Chapitre 1 : La dissolution totale du lien conjugal : le divorce	103
Chapitre 2 : La dissolution partielle du lien conjugal : la séparation de corps	185
Sous-titre 2 : La séparation de fait des époux	191
Chapitre 1 : La notion de séparation de fait.....	193
Chapitre 2 : Les conséquences de la séparation de fait	195
Chapitre 3 : Les issues de la séparation de fait	199

Partie 2

Le couple non marié

Titre 1 : Le concubinage	203
Chapitre 1 : Définition et preuve du concubinage	205
Chapitre 2 : Effets du concubinage	211
Chapitre 3 : Fin du concubinage	227
Titre 2 : Le pacte civil de solidarité	245
Chapitre 1 : Formation du pacte civil de solidarité	251
Chapitre 2 : Effets du pacte civil de solidarité.....	259
Chapitre 3 : Dissolution du pacte civil de solidarité	281

Livre deuxième

L'enfant

Partie 1

L'existence du lien de filiation

Titre 1 : La filiation par procréation.....	295
Sous-titre 1 : La filiation par procréation naturelle	297
Chapitre 1 : Les grands principes posés par l'ordonnance du 4 juillet 2005.....	299
Chapitre 2 : Les règles posées par l'ordonnance du 4 juillet 2005	311
Sous-titre 2 : La filiation par procréation artificielle	353
Chapitre 1 : L'assistance médicale à la procréation (AMP) licite	355
Chapitre 2 : L'assistance médicale à la procréation (AMP) illicite	367
Titre 2 : La filiation sans procréation.....	375
Chapitre 1 : L'adoption plénière	377
Chapitre 2 : L'adoption simple.....	397

Partie 2

Les conséquences du lien de filiation

Chapitre 1 : Les parents	407
Chapitre 2 : Les tiers.....	423

Introduction

Le droit de la famille est une discipline en constante évolution. Comment pourrait-il en être autrement, tant ce droit reflète les réalités de notre société, lesquelles évoluent à un rythme de plus en plus effréné ! Lorsque la société se transforme, le droit qui régit les familles qui la composent se modifie lui aussi.

Or les transformations de notre société, et donc des familles, ont été spectaculaires ces dernières années. Pendant les Trente Glorieuses, la famille consistait presque exclusivement en un groupe composé d'un homme marié à une femme duquel étaient issus des enfants communs. Depuis, elle s'est diversifiée au point de se présenter sous des configurations qui sont longtemps demeurées improbables voire réprouvées socialement. La famille centrée sur le couple et les enfants coexiste aujourd'hui avec la famille hors mariage, la famille monoparentale, la famille recomposée et encore, depuis peu, la famille homosexuelle.

Ces évolutions, dont les sociologues ont établi très tôt qu'elles s'opéraient par cycles¹, montrent, si besoin en était, que la famille est une notion extrêmement élastique. Cela rend sa définition difficile voire impossible. On comprend alors que cette notion ne soit définie nulle part dans le Code civil². On comprend également que la personnalité juridique ait toujours été refusée à la famille, en raison principalement de sa composition trop mouvante. La notion est d'autant plus insaisissable que la famille présente simultanément plusieurs facettes. En effet, si elle est une réalité juridique, elle est aussi une réalité sociologique et économique. Pour les sociologues, la famille est un groupe naturel qui facilite l'autodéfense des personnes qui s'y trouvent³. Pour les économistes, elle est avant tout une unité tant de production que de consommation.

-
1. F. Le Play, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Tours, A. Mame et fils, 2^e éd. 1875.
 2. La question de la définition de la famille a été posée au Conseil constitutionnel en 2011. En effet, à cette date, le législateur prévoyait d'inclure dans le Code pénal un nouvel article 222-31-1 aux termes duquel les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue le 16 décembre 2011 en raison de son imprécision. En effet, selon le Conseil, en ne définissant pas l'expression « au sein de la famille » contenue dans le texte, et donc en n'indiquant pas précisément ce qu'est la famille, le législateur a violé le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines (Cons. Cons. 16 décembre 2011, n° 2011-163, Dr. fam. 11/2011, n° 10, p. 1, note C. Neirinck).
 3. V. p.e. : C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUG, 1949 ; M. Segalen, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 1981, rééd. 2013 ; I. Théry, *Mariage et filiation pour tous*, Seuil, 2016.

En droit, la doctrine définit habituellement la famille comme un groupe de personnes reliées entre elles par des liens fondés sur le mariage ou la filiation. Les principales règles qui la régissent ont été insérées dans le Code civil. Force est cependant de constater que, dans ce code, la famille ne dispose d'aucune subdivision qui lui est propre. Les articles qui la concernent se retrouvent dans les parties intitulées « *Des personnes* » et « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». Cette curiosité révèle la philosophie profonde du Code Napoléon : la famille telle qu'imaginée en 1804 devait marquer le passage de l'Ancien Droit où l'individu appartenait à un groupe à un nouvel ordre social et juridique fondé sur l'individu et sur ses droits ! Cette conception n'a jamais été véritablement démentie par la suite.

Les Rédacteurs du Code civil souhaitaient également conférer aux règles familiales un caractère impératif. Les raisons en avaient été données majestueusement par Portalis, le 28 ventôse de l'An XII : « *Notre objet a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité. Les sentiments s'affaiblissent en se généralisant : il faut une prise naturelle pour pouvoir former des liens de convention. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques : et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens¹ !* » La famille était donc considérée comme une institution utile à la Nation tout entière. Aussi, son modèle ainsi que son fonctionnement étaient-ils imposés par la loi, sans que la volonté des individus ne puisse faire varier les règles applicables. Sur ce point, les choses ont radicalement changé. Aujourd'hui, l'ordre public familial a nettement régressé² : un grand nombre de règles du droit de la famille ne sont plus prescrites par le droit, lequel préfère laisser aux juges le soin de les adapter à chaque situation particulière. Ces derniers sont chargés de l'application d'un droit (2) devenu de plus en plus complexe (1).

1. La complexité du droit de la famille

Les normes de droit de la famille n'ont cessé de s'accumuler. Les premières grandes réformes opérées dans cette matière au xx^e siècle présentaient une cohérence remarquable grâce à l'intervention du sociologue Jean Carbonnier à qui le garde des Sceaux de l'époque, Jean Foyer, avait confié le soin d'adapter aux réalités sociales le droit en vigueur jusque-là. Tous les pans du droit de la famille ont ainsi été réformés entre 1965 et 1975. Ces lois, dites « *lois Carbonnier* », avaient toutes été précédées d'enquêtes sociologiques et démographiques. Elles se contentèrent de poser des principes généraux que les juges devaient moduler en fonction de la situation familiale dont ils étaient saisis.

À partir des années 1990, plusieurs nouvelles réformes se succédèrent. Le législateur les justifia par les profondes mutations sociales et économiques, l'évolution des mentalités et des mœurs, le progrès des sciences et de la médecine ou encore le poids de plus en plus important des droits de l'Homme. Certainement nécessaires, les modifications du droit sont néanmoins trop souvent morcelées, partielles et précipitées. L'accumulation de ces lois régissant la famille a deux

1. Portalis, *Exposé au corps, législatif sur la loi relative à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil des français (28 ventôse An XII)* in Portalis, *L'esprit de justice*, Michalon, 1997.

2. F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, Bibl. de droit privé, tome 494, LGDJ, 2008.

conséquences fâcheuses : d'une part, elle complexifie le droit de la famille¹ ; d'autre part ; elle lui ôte toute cohérence d'ensemble. Contrairement aux lois Carbonnier, les lois actuelles ne posent plus véritablement de principes généraux, mais entrent très souvent dans un luxe de détails et de considérations dont on peine à comprendre le sens profond voire l'utilité. On est alors très loin de la vision qu'avait en son temps Portalis de la loi : selon lui, « *l'office de la loi consiste à fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*² ». Pire, la famille est devenue très souvent un enjeu politique dont se saisissent de plus en plus volontiers les gouvernements successifs et le législateur pour répondre à une actualité dont l'opinion publique s'est émue momentanément. En droit de la famille, les lois sont pour la plupart de circonstances, ce qui n'est jamais une bonne chose. Elles ne sont plus toujours un facteur de cohésion sociale et d'équilibre individuel comme par le passé et font ainsi perdre au droit de la famille toute vision d'ensemble³.

Ce sont tout d'abord les normes nationales qui se sont multipliées en droit de la famille. Cela ne doit pas étonner, tant il est certain que la source essentielle du droit de la famille est la loi, ce qui résulte directement de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Faire l'inventaire de toutes les lois intervenues ces dernières années en droit de la famille serait un exercice fastidieux et sans grand intérêt. Toutefois, pour illustrer l'ampleur de l'activité législative en droit de la famille, nous nous efforcerons de citer les lois promulguées ces cinq dernières années, lesquelles, faut-il le préciser, ont toutes été accompagnées par une vague importante de décrets : loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (qui a modifié les articles 220 et 515-4 du Code civil), loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové (qui a modifié les articles 1751 et 1751-1 du Code civil), loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (qui a renforcé les dispositions visant à lutter contre le mariage forcé), loi n° 2015-377 du 16 février 2015 relative à la modernisation du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (qui a modifié, entre autres, certaines règles du droit des successions ou encore celles applicables à la révision de la prestation compensatoire), ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (qui a notamment renforcé les pouvoirs liquidatifs du juge du divorce ou encore simplifié le régime de l'administration légale relative à la gestion du patrimoine d'un mineur), loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé (qui autorise par exemple les recherches biomédicales sur les embryons conçus *in vitro* avant ou après leur transfert à

1. La complexité du droit civil, et spécialement du droit de la famille, ne semble cependant pas être un phénomène nouveau. En 1689, Jean Domat constata déjà qu'« *il paraît étrange que les lois civiles, dont l'usage est si nécessaire, soient si connus et que n'étant presque toutes que des règles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être facile et agréable soit si difficile et épineuse* » (Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689).

2. Portalis, *L'esprit de justice*, Michalon, 1997, p. 53.

3. V. sur cette question : C. Brunetti-Pons, *Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille*, Dr. fam. 05/2003, p. 10 s. et Dr. fam. 06/2003, p. 4 s. ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Évolution du droit de la famille*, Defrénois, 2009, art. 38968, p. 1347 s. ; A. Sériaux, *Le juriste face au droit de la famille*, Dr. fam. 06/2001, p. 4 s.

des fins de gestation), ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (qui a eu des incidences sur le droit de la famille, notamment à travers la consécration législative de l'obligation naturelle ou encore la réforme de l'enrichissement injustifié), loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 rétablissant l'autorisation parentale de sortie du territoire pour les enfants mineurs, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (qui a créé le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ou confie aux officiers de l'état civil la compétence pour enregistrer, modifier ou dissoudre un pacte civil de solidarité), loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 (qui a créé une agence nationale de recouvrement des pensions alimentaires et renforce les moyens de lutte contre les pensions alimentaires impayées)... Ces lois ont également multiplié les références à des notions dites *molles* qui supposent, par essence, une interprétation. *L'intérêt de la famille, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt légitime, les causes graves...* sont des concepts auxquels le législateur recourt volontiers en droit de la famille, ce qui explique, qu'ici plus qu'ailleurs, le juge est appelé à interpréter. Ce dernier est placé sous le contrôle de la Cour de cassation, laquelle semble vouloir opérer de plus en plus un contrôle de proportionnalité en la matière, comme le fait habituellement la Cour européenne des droits de l'Homme¹. Enfin, n'oublions pas la coutume qui, en droit de la famille, joue un rôle non négligeable : dans de nombreuses situations, la loi renvoie à la règle coutumière².

Ce sont ensuite les normes supranationales qui se sont multipliées en droit de la famille. Bon nombre de traités internationaux s'intéressent aujourd'hui à la cellule familiale. A titre d'exemple, il en est ainsi de la Convention sur les droits de l'enfant – appelée *Convention de New York* – adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990, laquelle est d'application directe. Il en est encore ainsi de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales – appelée *Convention européenne des droits de l'Homme* – signée à Rome le 4 novembre 1950. Ce texte garantit le droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale (art. 8), prévoit le droit pour l'homme et pour la femme de se marier et de fonder une famille (art. 12), pose un principe général de non-discrimination (art. 14) et assure l'égalité entre les époux (art. 5 du protocole additionnel n° 7). A ces dispositions s'ajoute l'interprétation féconde qu'en donne la Cour européenne des droits de l'Homme qui, à travers ses arrêts, prescrits aux États d'adopter telle ou telle règle familiale. Plusieurs réformes françaises du droit de la famille ont été opérées précisément pour mettre notre droit en conformité avec les exigences de la Cour de Strasbourg. Cette Convention peut être directement invoquée par un justiciable devant une juridiction nationale. L'Union Européenne s'intéresse, elle aussi, au domaine familial depuis plusieurs années, ce qui peut paraître curieux pour une institution qui avait été créée initialement pour régir les relations politiques et économiques entre les États

1. F. Boulanger, *Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence*, AJ fam. 05/2016, p. 250 s. ; J. Houssier, *Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats*, AJ fam. 11/2016, p. 543 s. ; M. Saulier, *Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation*, note sous Cass. 1^{re} Civ., 9 novembre 2016, n° 15-25.068, AJ fam. 12/2016, p. 601-602.

2. Le meilleur exemple est encore l'art. 312 C. Civ. qui consacre la règle coutumière qui présume le mari comme père de l'enfant de son épouse.

membres. Pourtant, le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 – dit *Bruxelles II bis* – pose différentes règles relatives à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Il permet par exemple de déterminer le juge compétent pour connaître, en présence d'un élément d'extranéité, d'une demande de divorce ou de séparation de corps. Dans le même registre, le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 – dit *Rome III* – met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

Le droit de la famille s'est ainsi *européanisé*. Il a également tendance à se *constitutionnaliser*. Le phénomène est nouveau. Certes, la famille a toujours joui d'une protection constitutionnelle fondée sur le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui affirme solennellement que la « *Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Mais la nouveauté réside dans la multiplication des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui touchent la matière familiale. Depuis le 1^{er} mars 2010, la Cour de cassation, et souvent le Conseil constitutionnel, ont eu à connaître de plusieurs dizaines de QPC qui intéressent directement ou indirectement le droit de la famille, qu'il s'agisse de questions relatives à la bioéthique, à la filiation, à l'adoption, au mariage, aux régimes matrimoniaux, aux successions ou encore à l'autorité parentale¹. Véritablement, on assiste aujourd'hui à l'émergence d'un droit constitutionnel de la famille dont on mesure encore mal l'étendue.

La complexité du droit de la famille est bien évidemment substantielle, tant les normes sont nombreuses et manquent souvent de cohérence entre elles. Pire, celles-ci se contredisent même parfois! Mais la complexité est également formelle puisque les règles applicables sont disséminées à différents endroits, ce qui en complique l'accès. Pour cette raison, ne serait-il pas opportun de créer un grand *Code de la famille*, lequel regrouperait toutes les règles de droit privé et de droit public applicable à la famille? Un tel code existe dans un grand nombre de pays européens. En France, le législateur s'y est toujours refusé, peut-être parce qu'une telle entreprise serait extrêmement lourde à réaliser. Elle serait également sans fin puisque l'instabilité qui caractérise le droit français de la famille exigerait que ce code soit remis sans cesse sur le métier. Il resterait ainsi une œuvre constamment inachevée. Sur le fond, certains auteurs craignent encore qu'un tel code vienne transformer la nature du droit de la famille, ce qui pourrait être dangereux².

2. L'application du droit de la famille

Le droit de la famille n'est utile que lorsque les choses vont mal au sein de la structure familiale. Tant que les membres d'une même famille vivent en harmonie, le droit de la famille ne leur est souvent d'aucune utilité. Ce dernier ne sera invoqué qu'un cas de mésentente ou de conflit³, étant entendu que, si « *toutes les familles heureuses se ressemblent, [...] chaque famille malheureuse l'est*

1. Voir sur cette question le dossier « *QPC en droit de la famille* » publié à l'AJ fam. 12/2012, p. 577 s.

2. V. F. Dekeuwer-Défossez, *Codifier le droit de la famille?* in *Le Code civil 1804-2004*. Livre du Bicentenaire, Dalloz/Litec, 2004, p. 217 s.

3. Selon la formule employée par Jean Carbonnier, « *tant qu'il ne s'agit que de s'associer, de se serrer, de s'aimer, les forces non juridiques – biologiques, affectives, morales – y suffisent. Qu'il faille divorcer désavouer, diviser, c'est au contraire l'affaire du droit!* » (J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 244).

à sa façon¹». Certaines familles auront eu le bon réflexe d'anticiper ces situations, notamment par des accords privés ou des dispositions notariales. Elles sont cependant très rares à le faire.

L'application du droit de la famille, lorsqu'elle est réclamée, nécessite la plupart du temps l'intervention d'un juge². Il s'agit généralement du juge aux affaires familiales qui est un magistrat siégeant au sein du tribunal de grande instance. Les compétences de ce juge ont été étendues par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 puisque, depuis son entrée en vigueur, ce dernier a une compétence de principe pour connaître de tous les conflits pouvant naître entre époux, concubins ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité, que ce soit pendant leur vie commune ou au moment de leur séparation³. Depuis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, ce juge dispose également d'importants pouvoirs liquidatifs lorsqu'il est saisi d'une demande en divorce⁴. En la matière, le juge aux affaires familiales ne détient toutefois pas une compétence exclusive. D'autres magistrats peuvent être amenés à intervenir, dont la formation collégiale du tribunal de grande instance (pour les actions en nullité du mariage, les actions relatives à la filiation ou encore les demandes d'adoption), le président du tribunal de grande instance (en matière de don d'embryon par exemple), le juge d'instance (compétent pour délivrer, entre autres, des actes de notoriété), le juge des tutelles (pour la mise en œuvre des articles 217 et 219 du Code civil par exemple, ou encore en matière de tutelle des majeurs) ou encore le juge des enfants (compétent pour prononcer une mesure d'assistance éducative, tel un placement d'enfant).

De plus en plus, la volonté du législateur a également été de *déjudiciariser* le contentieux familial en permettant à de nombreux conflits de se résoudre sans qu'aucun juge n'intervienne. Ce désengagement de l'État s'explique généralement par le souhait de désengorger les juridictions familiales et, plus loin, de réaliser des économies d'échelle (ce qui reste cependant à démontrer). Un nouvel exemple nous est donné par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui permet, depuis le 1^{er} janvier 2017 et sous certaines conditions, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

Aux évolutions de la famille et de son droit, évoquées dans ces observations liminaires, s'ajouteront inéluctablement d'autres mutations à venir. Selon les mots employés par Jean Carbonnier, «*les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où venait [la famille] : ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va. L'hypothèse étant que l'organe ne se maintient que par la fonction. Quelques-uns s'inquiètent de voir la famille perdre peu à peu ses fonctions, notamment au profit de la société. Mais d'autres croient à une pérennité de fonctions en profondeur, sous des remous de surface*⁵». Une constante demeure toutefois : aujourd'hui comme hier, les piliers du droit de la famille sont le couple (PARTIE 1) et l'enfant (PARTIE 2).

1. C'est par cette phrase que débute le roman *Anna Karénine* de Léon Tolstoï.

2. Sur ce point, v. : M. Douchy-Oudot, *L'office du juge dans le contentieux familial*, Procédures, janvier 2015, n° 4, p. 14 s.

3. V. Larribau-Terneyre, *Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ?*, Dr fam. janvier 2011, n° 5, p. 22 s. ; G. Maugain, *Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales et leurs répercussions*, Droit et procédures, janvier 2011, p. 8 s.

4. Pour un commentaire : M. Douchy-Oudot, *La simplification et la modernisation du droit de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015*, Procédures, janvier 2016, n° 2, p. 11 s.

5. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LDGJ, 9^e éd. 1998, p. 245.

Livre premier

LE COUPLE

Lorsque le concubinage était moralement réprouvé, lorsque le Pacs n'existait pas, les couples se mariaient. Aujourd'hui, les couples ont le choix de leur statut. Qu'il soit composé d'un homme et d'une femme, de deux femmes ou de deux hommes, le couple peut opter pour le mariage, le Pacs ou préférer le concubinage

La formation du couple, la vie du couple et la séparation du couple appellent des développements distincts selon que le couple est marié (Partie 1) ou non marié (Partie 2).

Partie 1

LE COUPLE MARIÉ

« Délaissé et fragilisé, concurrencé par d'autres statuts du couple, le mariage ne serait-il plus qu'une de ces vénérables institutions qui sont au monde juridique ce que sont les monuments historiques au patrimoine national : on les admire souvent, on les visite parfois, mais on n'y vit jamais¹ ? »

Si l'acceptation du concubinage et la création du Pacs lui ont certainement fait perdre son monopole, le mariage n'a pas, pour autant, perdu tout son attrait. En 2016, 236 400 mariages ont été célébrés, contre 188 900 Pacs conclus. Parce que le concubinage n'est plus contraire aux bonnes mœurs, parce que certains préfèrent se pacser avant de se marier, parce qu'enfin certains époux n'en sont pas à leur premier mariage, l'âge moyen des mariés ne cesse d'augmenter. En 2016, les femmes avaient en moyenne 35 ans et les hommes 37 ans au jour de leur mariage avec un époux de sexe opposé².

Si le Code civil consacre de nombreux textes au mariage (art. 143 s. C. civ.), aux actes de mariage (art. 63 s. C. civ.), au contrat de mariage et aux régimes matrimoniaux (art. 1387 s. C. civ.), le Code civil ne définit pas le mariage³. En 1804, sa notoriété avait pu dispenser l'institution du mariage de toute définition. Aujourd'hui, l'existence d'autres modes de conjugalité justifie qu'il soit défini.

Le mariage est une institution. Il n'est pas un simple contrat. Il est l'engagement de se conformer à un statut impératif. Cet élément ne peut toutefois suffire à caractériser le mariage. Le Pacs n'est pas non plus un simple contrat. Il confère aussi au couple un statut légal pourvu d'effets patrimoniaux et personnels impératifs⁴. Le mariage est un acte juridique solennel, comme l'est aussi le Pacte civil de solidarité⁵. Le mariage est un engagement, engagement des époux de

1. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ 2015, n° 125.

2. <https://www.insee.fr>. L'âge moyen des femmes contractant ensemble un mariage était, en 2016, de 39 ans, celui des hommes, de 43 ans.

3. Alors qu'il définit le Pacs (art. 515-1 C. civ.) et le concubinage (art. 515-8 C. civ.).

4. V. *infra* p. 259 s.

5. Depuis la réforme de 2006 (Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités), l'article 513-3-1 al. 2 du Code civil subordonne la prise d'effet du Pacs à son enregistrement. Le Pacs est un donc un contrat solennel.

vivre ensemble, d'être fidèles, de se porter secours et assistance etc. Le Pacs, lui-aussi, impose aux partenaires des devoirs. Mais le mariage, contrairement au Pacs, n'est pas qu'un engagement entre les prétendants. Il est également un engagement à l'égard des enfants. « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* » (art. 213 C. civ.). Il est encore un engagement vis-à-vis de la belle famille. Dans certaines circonstances, « *les gendres et belles-filles doivent [...] des aliments à leur beau-père et belle-mère* » (art. 206 C. civ.). Le mariage est un acte fondateur de famille. Le lien d'alliance qui unit les époux fait du couple une famille. Un couple de concubins sans enfant, unis ou non par un Pacs, n'est pas une famille¹. Le mariage offre un cadre favorable à l'accueil, par les époux, d'un enfant. Si elle ne discrimine plus les enfants nés hors mariage (art. 310 C. civ.), la loi facilite toujours l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né en mariage².

Ce dernier point distingue le mariage des autres modes de conjugalité et le singularise. C'est parce que le mariage est un acte fondateur de famille qu'il a longtemps impliqué l'altérité sexuelle des époux³. C'est parce que le mariage est un acte fondateur de famille, que l'adoption en 1999 de la loi sur le Pacs⁴ n'a pas suffi à contenter les couples de même sexe. C'est, encore, parce que le mariage est un acte fondateur de la famille, que de laisser les couples homosexuels se marier impliquait nécessairement de leur permettre sinon de procréer, à tout le moins d'adopter⁵. À défaut, l'institution du mariage aurait été dénaturée.

Ces observations conduisent à proposer au mariage la définition suivante : le mariage est (comme le Pacs) l'engagement solennel de deux personnes de s'unir et d'adhérer à un statut impératif en vue de vivre en commun et (voilà sa spécificité) de fonder une famille.

Envisageons la formation du mariage (Titre 1), le statut des époux (Titre 2) avant de traiter de leur éventuelle séparation (Titre 3).

-
1. Seule la naissance d'un enfant et le lien de filiation qu'elle engendre permettent au couple non marié de former, avec l'enfant, une famille.
 2. La filiation paternelle de l'enfant est automatiquement établie à l'égard du mari de sa mère, v. *infra* p. 330.
 3. V. *infra* p. 31.
 4. Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.
 5. Si les mécanismes de procréation médicalement assistée demeurent encore réservés aux couples hétérosexuels, tous les couples mariés (homosexuels ou hétérosexuels) peuvent ensemble adopter. L'adoption de l'enfant du conjoint leur est également permise.

Titre 1

La formation du mariage

Aux conditions que la loi impose, les futurs époux peuvent, en toute liberté, consentir au mariage. La liberté du mariage (Chap. 1), les conditions de formation du mariage (Chap. 2) et la sanction de ces conditions (Chap. 3) seront successivement étudiées.

Chapitre 1

La liberté du mariage

La liberté du mariage, liberté à valeur constitutionnelle¹, se manifeste de plusieurs façons. D'abord, le mariage est un droit énoncé par la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 16 1^o)², par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (art. 12)³ et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 (art. 9)⁴. Cette liberté implique le droit, pour toute personne, de se marier avec la personne de son choix⁵. Mais de cette liberté résulte également le droit, pour toute personne, de ne pas se marier. Aussi, le courtage matrimonial doit-il laisser libre le contractant de consentir ou non au mariage (S1). Les clauses de célibat doivent être, dans certaines circonstances, sanctionnées (S2). Les fiançailles, quant à elles, n'obligent pas les fiancés à contracter mariage (S3).

Section 1

Le courtage matrimonial

D'après une étude de l'Insee, 30,4 % des hommes et 36,5 % des femmes étaient célibataires en 2011. Les chiffres varient évidemment en fonction de l'âge des sondés. Dans la tranche des 35 à 44 ans, ils n'étaient que 23 % d'hommes et 23,3 % de femmes célibataires⁶.

-
1. La valeur constitutionnelle de la liberté du mariage a été affirmée par le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC; Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC; Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC).
 2. « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».
 3. « 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 ». Ce droit appartient même à une personne en détention (Cour EDH, Frasik c/ Pologne et Jaremowicz c/ Pologne, 5 janv. 2010; RTD civ. 2010, p. 303).
 4. « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garanties par les lois nationales qui en régissent l'exercice ».
 5. La lutte contre les mariages forcés, la prévention de ces mariages, comme leur sanction, seront étudiées dans les développements sur le consentement au mariage, v. *infra* p. 39.
 6. Fiches thématiques – Couples – Couples et familles – Insee Références – Édition 2015.

Si certains célibataires sont endurcis et convaincus, d'autres sont à la recherche de l'âme sœur. Les sites internet censés faciliter les rencontres se sont développés. Pour illustration, adopteunmec.com se présente comme un « *espace convivial destiné aux seuls Utilisateurs, créé pour faciliter les rencontres virtuelles entre hommes et femmes, en leur permettant de faire connaissance ou de s'amuser librement dans un contexte humoristique tout en développant leur réseau social* ». Il est indiqué ensuite que « *les Services proposés par AdopteUnMec ne sont pas des activités de conseil ou de courtage matrimonial et visent exclusivement à supporter et promouvoir le développement du réseau social virtuel des Utilisateurs sur le Site* ». Le site meetic.fr, se vante, quant à lui, d'être « *à l'origine de plus de 6 millions de couples* », mais n'omet pas d'indiquer dans ses conditions d'utilisation que « *l'objet des Services n'est pas le conseil ni le courtage matrimonial en vue de la réalisation d'un mariage ou l'établissement d'une union stable, quelles que soient les motivations personnelles animant un Membre lors de son inscription, à cet égard* ». Pourquoi ces sites internet s'attellent-ils à vendre l'amour tout en se gardant bien de promettre le mariage et l'union stable ?

Au XIX^e siècle, le courtage matrimonial faisait craindre une atteinte à la liberté du mariage. Parce que la rémunération du courtier dépendait de la réussite du mariage, les juges ont vu dans son intervention une atteinte à « *la moralité et la liberté du consentement [...] contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs*¹ ». Toujours soucieux du respect de la liberté du consentement au mariage, les juges n'ont finalement admis la licéité du courtage matrimonial qu'à la condition qu'il ne s'accompagne d'aucune manœuvre dolosive destinée à faire aboutir le mariage ou fausser le consentement du contractant².

Mais parce que l'amour n'a pas de prix pour un célibataire désespéré, c'est plus tard la protection du malheureux qui s'est imposée. Tel fut l'objet de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales³. Les dispositions encadrant le courtage matrimonial figurent aujourd'hui dans le Code de la consommation aux articles L. 224-90 et s⁴. Ces textes encadrent « *l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, proposée par un professionnel* ». Ainsi l'appellation de courtage matrimonial ne doit pas être entendue au sens strict. Sous cette appellation « historique » est visé le contrat par lequel une personne promet à son contractant, moyennant rémunération, de tout faire pour lui permettre de contracter un mariage, mais aussi de lui trouver un partenaire ou un concubin.

La conclusion d'un contrat de courtage matrimonial est soumise à des conditions de forme. Le contrat doit être passé par écrit. Un exemplaire est remis au consommateur. L'écrit doit

1. Cass. Civ., 1^{er} mai 1855, DP 1855, 1, p. 147. Dans le même sens, v. CA Pau, 9 août 1904, DP 1908, 2, p. 81, note M. Planiol. La rémunération de l'intermédiaire était en l'espèce « *un tant pour cent sur la dot, en cas de réussite du projet de mariage; que, dès lors, il avait intérêt à peser sur le consentement des parties, et que son intervention devait avoir pour conséquence forcé un consentement qui ne serait ni libre ni éclairé* ».

2. Cass. Req., 27 déc. 1944, D. 1945, p. 121.

3. G. Heidsieck, *Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial)*, JCP G 1990, doctr. 3432.

4. Depuis l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

indiquer, à peine de nullité, la nature de la prestation et son prix (art. L. 242-32 C. consom.)¹. Le consommateur dispose d'un droit de rétractation pendant 7 jours² avant l'expiration duquel il ne peut être reçu aucun paiement³. La durée du contrat est d'un an maximum et ne peut pas être renouvelée par tacite reconduction. Le contrat peut être résilié à tout moment pour motif légitime (art. L. 224-90 C. consom.).

Afin que le consommateur ne puisse être berné par des fausses annonces séduisantes, les annonces doivent contenir un certain nombre d'informations sur la personne décrite et le courtier doit pouvoir justifier avoir eu l'accord de la personne présentée par l'annonce (art. L. 224-93 C. consom.). En outre, est puni des peines prévues pour l'escroquerie le fait pour le professionnel de présenter à son client une personne « *rétribuée par lui, ou [qui] se trouve placée, directement ou indirectement, sous son autorité, ou n'a pas effectué de demande en vue du mariage ou d'une union stable* ». Même sanction pour l'agence matrimoniale qui promet d'organiser des rencontres avec des personnes fictives (art. L. 242-33 C. consom.)⁴.

L'article L. 224-93 du Code de la consommation requiert que « *chaque annonce précise le sexe, l'âge, la situation familiale, le secteur d'activité professionnelle et la région de résidence de la personne concernée, ainsi que les qualités de la personne recherchée par elle* ». Il appartient au professionnel, « *au titre de son devoir d'information, de vérifier les renseignements élémentaires concernant ses adhérents* ». Cette seule obligation – sans même envisager la diffusion d'annonces mensongères – explique le soin avec lequel certains sites internet de rencontres veillent à ne pas tomber sous le coup de cette législation. Jusqu'à présent, ils n'ont pas été contrariés par les juges qui s'en sont tenus à la lettre du contrat. Ainsi la société Temps d'M présentée, sur son site internet, comme une « *agence de rencontres sérieuses et de loisirs à Aix-en-Provence et en région PACA* » n'est pas une société de courtage matrimonial. La Cour de cassation relève que « *le contrat spécifiait expressément que l'offre présentée par la société Temps d'M ne portait pas sur des rencontres ayant pour but une union stable ou un mariage, le juge de proximité en a justement déduit qu'il ne constituait pas un contrat de courtage matrimonial soumis aux dispositions de la loi du 23 juin 1989* ». La démonstration peine toutefois à convaincre, dans la mesure où le juge n'est jamais tenu

1. N'encourt en revanche pas la nullité, la conclusion d'un tel contrat par une personne encore mariée (Cass. 1^{re} Civ., 4 nov. 2011, n° 10-20114; D. 2012, p. 59, note R. Libchaber; AJ fam. 2011, p. 613, note F. Chénéde; Dr. Fam. 2012, comm. 21, note D. Vigneau; CCC 2012, comm. 76, note G. Raymond).
2. Si le contrat est conclu à distance, le contractant peut alors se prévaloir du délai de 14 jours prévus par l'article L. 221-18 du Code de la consommation (art. L. 224-91 C. consom.).
3. Y compris le prix d'une analyse graphomorphopsychologique que le courtier prétendait distincte du contrat de courtage matrimonial (Cass. Crim., 20 mars 2001, n° 00-87.107, Bull. crim. n° 74 p. 243; D. 2001, p. 1871, note C. Rondey; D. 2002, p. 534, obs. J.-J. Lemouland) et y compris la conclusion d'un crédit pour le financer (Cass. 1^{re} Civ., 6 févr. 1996, n° 94-13.360, Bull. civ. I, n° 69, p. 45; D. 1996 p. 71; Cass. 1^{re} Civ., 12 juill. 2007, n° 05-14715; Dr. Fam. 2007, comm. 161, note V. Larribeau-Terneyre; CCC 2007, comm. 284, note G. Raymond).
4. A également été sanctionnée pénalement, pour pratique commerciale trompeuse, une agence matrimoniale qui n'avait pas indiqué à ses clients, lors de l'entretien de commercialisation et de signature du contrat, qu'ils disposaient d'un droit légal de rétractation de sept jours (Cass. Crim. 13 janv. 2016; n° 14-84072; Bull. crim. n° 11; D. 2016, p. 197, note E. Petit).
5. Cass. 1^{re} Civ., 9 juill. 2015, n° 14-23.109; D. 2005, p. 1535; AJ fam. 2015, p. 620, note B. de Boysson; CCC 2015, comm. 265, note G. Raymond; Cass. 1^{re} Civ., 13 avril 1999, n° 97-10.773, Bull. civ. I n° 132, p. 86; D. 1999, p. 371; RTD civ. 1999, p. 607, obs. J. Hauser.
6. Cass. 1^{re} Civ. 12 mai 2010, n° 08-21139; RTD civ. 2010 p. 533, obs. J. Hauser.

par les qualifications retenues par les parties au contrat (art. 12 CPC)! Dans des arrêts relatifs non à des sites internet mais à des clubs de rencontre, la qualification de contrat de courtage matrimonial a été écartée parce que, selon la Cour de cassation, l'offre du professionnel n'avait pas « pour objet la recherche, en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, d'une personne dont les qualités étaient précisées par l'adhérent¹ ». Faut-il entendre que le courtier est celui qui offre de rechercher et non simplement de mettre en relation? Un tel argument permet effectivement d'écarter du champ du courtage matrimonial les sites internet de rencontres qui se contentent d'offrir les outils d'une recherche dont l'internaute est l'acteur. C'est toutefois s'écarter de la lettre de la loi qui vise bien « l'offre de rencontres ».

Section 2

Les clauses de célibat

La liberté du mariage est une liberté fondamentale. Une clause imposant au contractant de ne pas convoler est-elle valable? Quoi de plus efficace pour s'assurer de la pleine disponibilité de ses salariées et d'échapper à leur maternité que de leur imposer le célibat! Suivant cette logique implacable, la société Air France avait inséré, dans le contrat de travail d'une hôtesse de l'air, une clause de non-convol. Saisi du licenciement de cette dernière, prononcé à la suite de son mariage, la cour d'appel de Paris a déclaré la clause nulle. « *Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner; qu'il en résulte que, dans le domaine des rapports contractuels de droit privé à titre onéreux [...] la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée et qu'à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité*² ». Les clauses de célibat insérées dans les contrats à titre onéreux sont en principe nulles³. Elles ne sont admises que « dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement⁴ ».

1. Cass. 1^{re} Civ., 13 nov. 2008, n° 07-15570, Dr. fam. 2009, comm. 11, obs. V. Larribau-Terneyre; CCC 2009, comm. 30, note G. Raymond. Avec une formulation équivalente, v. Cass. 1^{re} Civ. 21 févr. 1995, n° 93-12991, bull. Civ. I, n° 98 p. 70; D. 1995, p. 97; RTD civ. 1995 p. 603.
2. Paris, 30 avril 1963, D. 1963, p. 428; JCP G 1963, II, 13205 bis; RTD civ. 1963, p. 570, obs. G. Cornu et 697 obs. H. Desbois. Notons qu'en l'espèce, et à l'époque, la nullité de la clause n'a pas seulement été justifiée par la liberté du mariage mais également par la protection de la morale. En leur interdisant le mariage, Air France incitait ses salariées à s'engager dans une union illégitime plutôt que de perdre leur emploi. La clause était ainsi attentatoire aux bonnes mœurs.
3. Cass. Soc., 7 févr. 1968, n° 65-40622; Bull. civ. V, n° 86; D. 1968, p. 429; RTD civ. 1968, p. 557, G. Cornu. V. aussi, dans une affaire où le règlement intérieur n'interdisait pas tout mariage à ses salariés « mais y apportait cependant une sérieuse atteinte » en interdisant le mariage entre deux salariés de l'entreprise, Cass. Soc., 10 juin 1982 : JCP G 1984, II, 20230, S. Hennion-Moreau.
4. En l'espèce, une enseignante avait été employée par l'association Sainte-Marthe. « *Les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et [...] cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* » Aussi, pour la Cour de cassation, l'Association n'avait-elle commis aucune faute en licenciant l'institutrice en raison de son remariage après divorce (Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41211; Bull. AP, n° 1, p. 1; D. 1978, p. 541, Ph. Ardant; RTD civ. 1978, p. 665, G. Cornu et, pour une analyse critique, RTD civ. 1979, p. 370, R. Nerson et J. Rubellin-Devichi).

Si le principe, pour les contrats à titre onéreux, est celui de la nullité des clauses de célibat, la jurisprudence (toutefois ancienne) retient une solution inverse lorsque l'atteinte à la liberté du mariage est portée par une clause d'un acte à titre gratuit. « *La condition de ne pas se marier, imposée par un testateur à son légataire, et qui n'est interdite par aucune disposition du Code civil, ne saurait être déclarée contraire aux bonnes mœurs et, par suite non écrite, aux termes de l'art. 900, alors que, loin d'avoir été dictée par le caprice ou par la pensée de faire échec à l'ordre social, elle a été inspirée par un sentiment de bienfaisant intérêt à l'égard du légataire, soit par l'attachement du disposant pour sa famille personnelle¹* ». Elle est en revanche sanctionnée lorsqu'elle est « *inspirée par des motifs malveillants, capricieux ou bizarres* », comme « *par une sorte de jalousie posthume²* ». A également été sanctionnée la clause discriminatoire suivante : « *Si ma petite-fille épousait un juif, je révoque le legs fait à son profit et j'en dispose au profit de l'œuvre des orphelins d'Auteuil³* ».

Qu'elle soit insérée dans un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit, l'annulation de la clause imposant le célibat entraîne la nullité du contrat lui-même lorsque la clause illicite a constitué un « *élément déterminant de l'engagement des parties* » (art. 1184 C. civ.).

Section 3

Les fiançailles

Les fiançailles entendues comme une « *promesse mutuelle de mariage, faite avec une certaine solennité⁴* » peuvent sembler désuètes. Les fiançailles d'antan s'accompagnaient souvent de festivités et étaient un préliminaire visible du mariage. Entendues comme cet échange cérémonieux de promesses, les fiançailles peuvent paraître aujourd'hui surannées⁵. Mais les fiançailles ne peuvent être réduites à cette expression formalisée d'un projet de mariage. Les fiançailles sont, avant tout, le projet lui-même. Entendues ainsi, comme un « *projet commun de mariage⁶* », les fiançailles sont inhérentes à tout mariage.

Les fiançailles n'ont pas disparu mais sont masquées derrière une autre situation de fait qui était naguère moralement réprochée : le concubinage. Rares sont les couples qui s'engagent dans

1. Cass. Req., 11 nov. 1912 : DP 1913, 1, p. 105, G. Ripert.

2. TGI Chaumont, 25 sept. 1969, JCP G 1970, II, 16213, M. D. Notons que dans cette affaire, les juges ont prononcé la nullité de la clause de non-remariage mais non la nullité de la clause de non-concubinage. « *Qu'en l'espèce même si elle est inspirée par une jalousie excessive, la clause de non-concubinage tend en fait à éviter que celle qui peut encore porter le nom de Minel et qui demeure aux yeux de tous comme ayant été son épouse légitime ne se place dans une situation de fait défavorablement jugée par l'opinion la plus répandue et ne vienne ainsi déshonorer la mémoire de celui qui fut son mari* ». Telle ne serait plus la solution des juges aujourd'hui.

3. T. civ. Seine, 22 janv. 1947 : D. 1947, p. 126. V. aussi, Cass. 1^{re} Civ., 8 nov. 1965, RTD civ., 1966, p. 332, R. Savatier. Dans cette affaire, il n'y avait pas de libéralité assortie d'une clause de célibat, mais exhérédation d'un héritier (non réservataire) en cas de mariage avec une personne déterminée. Le défunt avait, plus exactement, légué à un tiers tous ses biens pour le cas où sa sœur se marierait. Ce legs, qui portait, selon les juges, atteinte à la liberté de la sœur et qui avait eu pour cause des rancœurs répréhensibles du défunt, a été annulé.

4. Définition proposée par le dictionnaire Larousse.

5. La remise d'une bague à la future épouse est, en revanche, un usage qui perdure.

6. Terminologie parfois utilisée par les juges. V. notamment CA Rouen, 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-278689 ; Dr. Fam. 2005, comm. 235, note V. Larribau-Terneyre.

les liens du mariage avant d'avoir testé ensemble la vie commune. Certains choisissent même d'encadrer cette phase d'essai par un contrat de Pacs, « *sas de réflexion*¹ » avant mariage.

Les litiges qu'engendraient autrefois les fiançailles n'ont pas non plus disparu. Des accidents emportent toujours injustement de futurs époux. Il y a encore des goujats qui font volte-face, à quelques jours de la célébration prévue du mariage, laissant l'autre dans la colère, la tristesse et la honte. Dans ces circonstances, une indemnisation par le tiers responsable de l'accident (§ 2), comme par le fiancé fautif (§ 1), peut toujours être exigée. Mais s'il peut invoquer la ruine d'un projet de mariage, c'est l'achèvement fautif d'une vie commune effective (caractérisant un concubinage ou organisée par un Pacs) que le fiancé exploré, en sa qualité de concubin ou de partenaire, préfère souvent dénoncer.

Si le concubinage des futurs époux a rendu superflu l'échange solennisé d'une promesse de mariage, c'est surtout sa protection par le droit qui a provoqué l'éclipse des fiançailles. Ces dernières reparaissent toutefois à l'occasion de problématiques qui leur sont spécifiques : la restitution des cadeaux faits en vue du mariage (§ 3) et le mariage *posthume*².

§ 1. La rupture abusive des fiançailles

« *Toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages*³ ». Les fiançailles ne font naître aucune obligation de contracter mariage. Les fiancés demeurent libres de rompre leur promesse. Cette rupture n'est ainsi constitutive d'aucune faute contractuelle. Mais la rupture peut parfois s'accompagner d'une faute délictuelle⁴.

« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » (art. 1240 C. civ.). Aussi le fiancé, auteur d'une rupture brutale et tardive est-il tenu de réparer les dommages moraux et matériels qu'il a causés⁵.

La démonstration de l'abus dans la rupture implique que la preuve des fiançailles soit préalablement établie. L'existence d'une promesse de mariage n'est soumise à aucune exigence formelle. Peu importe qu'il n'y ait pas eu de cérémonie ou de fête de famille. Qu'une bague ait été remise ou non n'est pas non plus décisif. C'est en revanche la démonstration de l'existence d'un véritable

1. J. Hauser, *Courtiser ou fiancer n'est pas forcément marier*, RTD civ. 2010, p. 533.

2. V., sur le mariage *posthume*, *infra* p. 35.

3. Cass. Civ., 30 mai 1838, S. 1838. 1. 492.

4. Cass. 2^e Civ., 7 juin 1967, Bull. civ. II, n^o 210.

5. V. notamment, Cass. 2^e Civ., 2 juill. 1970, n^o 69-11842, Bull. civ. II, n^o 235 p. 178 ; D. 1970. 743 ; CA Paris, 1^{er} juill. 1999 ; D. 2000, p. 411, obs. J.-J. Lemouland. Pour une rupture le jour même, alors que la future mariée et les invités attendaient le fiancé à la mairie, v. CA Rouen, 15 juin 2005, Juris-Data n^o 2005-278689 ; Dr. Fam. 2005, comm. 235, note V. Larribau-Terneyre.

projet de mariage exprimé de façon non équivoque¹ qui est attendu. Puisque les fiançailles sont un fait juridique, leur preuve peut être apportée par tout moyen².

Toute personne (même fiancée) étant libre de consentir ou non au mariage, les juges ont d'abord exigé du fiancé délaissé qu'il apporte la preuve de la faute commise par l'auteur de la rupture³. Puis, par faveur pour le fiancé délaissé, les juges ont ensuite exigé que l'auteur de la rupture justifie lui-même sa décision. S'il ne parvenait pas à convaincre de la légitimité de son choix, s'il n'était pas en mesure d'alléguer « *le moindre fait susceptible d'expliquer [sa] volte-face*⁴ », si sa décision était ainsi empreinte de légèreté ou de caprice⁵, il était en faute⁶. Depuis, redonnant toute sa portée au principe selon lequel les fiançailles ne lient pas, la Cour de cassation semble être revenue à plus de rigueur en exigeant du fiancé délaissé qu'il apporte la preuve de l'abus commis par l'autre⁷.

Outre la preuve d'une faute, c'est aussi l'existence d'un préjudice que le fiancé délaissé doit démontrer. Le dommage est matériel, notamment lorsque des dépenses ont été engagées en vue du mariage⁸. Le préjudice peut également être moral. La peine, la honte, l'atteinte à la réputation ressentie par le fiancé délaissé peuvent être réparées par le versement de dommages-intérêts. « *L'argent apaise la colère, compense la douleur et assèche les larmes*⁹ ».

§ 2. Le décès prématuré du fiancé

Si la rupture des fiançailles peut être choisie, elle peut également être imposée par la mort d'un des futurs époux. En cas de mort accidentelle provoquée par un tiers, la chambre civile de la Cour de cassation avait d'abord refusé au fiancé survivant un droit à réparation, relevant qu'il n'existait pas de lien de droit entre les fiancés¹⁰. La chambre criminelle était, quant à elle, plus clément¹¹. Cette indemnisation est à présent indiscutablement admise, et cela depuis le célèbre arrêt Dangereux du 27 janvier 1970. Dans cette décision, la chambre mixte a refusé que

-
1. Ce qui ne résulte pas de « *lettres bien qu'écrites en termes affectueux* » (Cass. 2^e Civ., 21 avril 1982, n^o 81-10676, Bull. civ. II, n^o 59), ni de la publication d'une « *annonce « pour union » dans le journal le « Chasseur Français » sous la rubrique « Mariages* » » (Cass. 2^e Civ., 28 avril 1993, n^o 91-18.855, D. 1995, p. 330, note B. Mathieu), ni enfin de l'existence d'un concubinage (CA Bordeaux 26 juin 2001, Juris-Data n^o 2001-149712) même en présence d'un enfant commun (Aix-en-Provence, 8 déc. 2009, Dr. fam. 2010, comm. 110 note C. Siffrein-Blanc; RTD civ. 2010 p. 533, obs. J. Hauser).
 2. Cass. 1^{re} Civ., 26 mai 1971, n^o 70-11616, Bull. civ. II, n^o 175 p. 147; D. 1971, jp, p. 501. V. aussi Cass. 1^{re} Civ., 3 janv. 1980, n^o 78-10774, Bull. civ. I, n^o 5; RTD civ. 1981, p. 132, note R. Nerson. La Cour de cassation avait toutefois exigé, un temps, un commencement de preuve par écrit (Cass. Civ. 2 déc. 1907, DP 1908. I. p. 201, note P. B.; Cass. Req. 10 févr. 1909, DP 1909. I, p. 157; Civ. 3 déc. 1924, DP 1925. I. p. 124).
 3. V. notamment Cass. Civ., 2 mars 1926, DH 1926, p. 286.
 4. Cass. 1^{re} Civ., 15 mai 1973, n^o 71-12.339, Bull. civ. I, n^o 167 p. 150; D. 1973, IR p. 166.
 5. Cass. 2^e Civ., 18 janv. 1973, n^o 71-13.001, Bull. civ. II, n^o 25 p. 19; JCP 1974, II 17794.
 6. Cass. 1^{re} Civ., 20 juill. 1971, n^o 70-13.317, Bull. civ. I, n^o 247, p. 207; D. 1971, Somm. p. 218.
 7. Cass. 1^{re} Civ., 4 janv. 1995, n^o 92-21.767; D. 1995, p. 251, note A. Bénabent; RTD civ. 1995, p. 604, obs. J. Hauser.
 8. CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, Juris-Data n^o 2005-271242; Dr. Fam. 2005, comm. 235, note V. Larribau-Terneyre.
 9. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ 2015, n^o 151.
 10. Cass. Civ. 19 oct. 1943, S. 1945. I. 1, note J.-M. Chartrou; Cass. Civ. 22 févr. 1944, D. 1945, p. 293, note J. Flour.
 11. Cass. Crim., 5 janv. 1956, D. 1956, p. 216.

soit subordonnée « l'application de l'article 1382¹ à une condition qu'il ne contient pas », celle de « l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur à l'indemnisation² ». En l'espèce, l'indemnisation était invoquée par une concubine. Le principe énoncé par la Cour peut toutefois être transposé à des fiançailles, que les futurs époux partagent ou non déjà leur vie commune.

Le décès prématuré du futur époux, accidentel ou non, s'il met évidemment fin à un projet de vie commune n'empêche pas nécessairement la célébration du mariage. « *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement* » (art. 171, al. 1, C. civ.). Cette célébration d'un mariage dit *posthume* n'a évidemment rien de festif, mais offre au survivant de se prévaloir de certains effets du mariage. D'abord pensé pour permettre à des fiancées de donner naissance à des enfants légitimes, d'autres fins sont aujourd'hui recherchées³. La célébration d'un mariage *posthume* est subordonnée à la démonstration de l'existence de fiançailles, entendues non comme un échange cérémonieux de promesses, mais comme un projet commun de mariage⁴. Le fiancé survivant doit démontrer le consentement du défunt à contracter le mariage projeté⁵.

§ 3. Le sort des donations faites en vue du mariage

« *Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas* » (art. 1088 C. civ.). En application de ce texte, les cadeaux faits en vue du mariage doivent être restitués, qu'ils aient été faits entre les fiancés eux-mêmes ou aux fiancés, par des tiers. Mais l'application de ce texte, *a priori* simple, subordonne toutefois la restitution du bien à la démonstration de l'intention du donateur. La donation doit avoir été véritablement faite en faveur du mariage, c'est-à-dire sous la condition tacite de la réalisation de l'union et non par affection, convention, courtoisie etc. Autrement dit, la donation ne doit pas être un présent d'usage, quant à lui, irrévocable (art. 953 C. civ.).

La bague de fiançailles offerte par le fiancé à sa promise, pour matérialiser le projet de mariage, est *a priori* une donation faite en faveur du mariage, caduque en cas de rupture. Pourtant, dans certaines circonstances, la qualification de présent d'usage, irrévocable, est préférée. L'intention du donateur est déterminante. Cette intention est notamment déduite du coût du cadeau pour ce dernier. Ainsi, une bague spécialement façonnée à l'intention de la fiancée et d'une grande valeur par rapport à la situation économique du donateur a-t-elle pu être qualifiée de donation

1. Ce texte disposait : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Depuis l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ce texte est énoncé à l'article 1240 du Code civil.

2. Cass. Ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10.276, Bull. mixte, n° 1, p. 1 ; JCP G 1970, II, 16305, concl. R. Lindon, note P. Parlange ; D. 1970, jurisp. p. 201, note R. Combaldieu.

3. Celles-ci ne sont toutefois pas successorales, puisque « *ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux* » (art. 171, al. 3, C. civ.).

4. V. *supra* p. 25.

5. V. nos développements sur le mariage *posthume*, *infra* p. 35.

révoquée par la rupture des fiançailles¹. Une bague à la valeur modérée, eu égard à la fortune du fiancé, peut en revanche être assimilée à un présent d'usage, irrévocable².

La restitution de la bague de fiançailles peut avoir un autre fondement. Lorsqu'elle est un bijou de famille, c'est au titre d'un simple prêt à usage qu'elle a été remise à la fiancée (ou à l'épouse). Elle ne devient pas la propriété de cette dernière et doit, à ce titre, être restituée en cas de rupture³.

-
1. CA Versailles, 22 nov. 2002, Juris-Data n° 2002-242353; Dr. Fam. 2004, comm. 208, obs. B. Beignier; AJ Fam. 2003 p. 186, note S. D.-B.
 2. Pour une bague de fiançailles dont la restitution était exigée après divorce, v. Cass. 1^{re} Civ., 19 déc. 1979, n° 78-13346, Bull. civ. I, n° 331; D. 1981, p. 449, note C.-I. Foulon-Piganiol. V aussi, CA Paris, 3 déc. 1976, D. 1978, p. 339, note Cl.-L. Foulon-Piganiol. Cet arrêt de cour d'appel retient un autre fondement pour justifier la non restitution de la bague qualifiée de « *cadeau plus important en l'espèce* ». Les juges ont considéré « *qu'en contrepartie de cette promesse non tenue, la fiancée abandonnée qui n'a rien à se reprocher peut garder cette bague* ».
 3. Pour une restitution due après divorce, v. Cass. 1^{re} Civ., 20 juin 1961, Bull. civ. I, n° 326; JCP 1961, II, 12352, note Ponsard; RTD civ. 1961, p. 713, obs. R. Savatier; Cass. 1^{re} Civ. 23 mars 1983, n° 82-12.526, Bull. civ. I, n° 111; D. 1984, p. 81 note A. Breton; Cass. 1^{re} Civ., 30 oct. 2007, n° 05-14258; RTD civ. 2008 p. 277, obs. J. Hauser; Dr. fam. 2008, p. 23, obs. V. Larribau-Terneyre.

Chapitre 2

Les conditions de formation du mariage

La loi soumet la validité du mariage au respect de certaines exigences (S1). La loi prohibe certaines unions (S2). La loi impose au mariage ses formes (S3).

Section 1

Les exigences de la loi

Si l'altérité sexuelle des époux a longtemps été une condition de validité du mariage, cette exigence a disparu (§ 1). Demeurent la condition d'âge (§ 2) et les exigences relatives au consentement (§ 3).

§ 1. Exigence passée : la différence de sexe

Traditionnellement, le mariage n'était ouvert qu'aux couples hétérosexuels. Le Code civil n'exigeait toutefois pas expressément que les futurs époux soient de sexe différent. La condition était trop évidente pour que les rédacteurs du Code civil n'aient eu à le préciser. Si l'homosexualité a de tout temps existé, le mariage homosexuel a longtemps été un non-sens. Sans exiger expressément une différence de sexe, plusieurs articles du Code civil l'évoquaient toutefois en nommant les époux « *mari et femme* » ou « *homme et femme* » (anc. art. 144 et 75 C. civ.). C'est en 2007 que la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme*¹ ». Malgré l'opposition du Parquet, Noël Mamère, alors maire de Bègles, avait, en 2004, célébré le mariage de deux hommes. Ce mariage a, sans surprise, été annulé.

Quelques années plus tard, emboîtant le pas d'autres pays et alors qu'aucune norme supra légale ne permettait de l'exiger², le Parlement a ouvert aux couples de même sexe les portes de

1. Cass. 1^{re} Civ., 13 mars 2007, n° 05-16627, Bull. civ. I, n° 113 ; Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. Azavant ; AJ fam. 2007 p. 227, note F. Chénéde ; RTD civ. 2007 p. 287, obs. J.-P. Marguénaud.

2. Ni la Constitution (Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, Droit fam. 2011, repère 3, obs. B. Beignier ; AJ fam. 2011, p. 157), ni la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, sect. 1, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche ; Dr. Fam. 2010, comm. 143, obs. E. Lagarde) ne permettait d'exiger que le mariage soit possible pour des couples de même sexe.

la salle des mariages¹, malgré les protestations assourdissantes des opposants au « mariage pour tous ». Le nouvel article 143 du Code civil dispose depuis : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

Un tel mariage peut être célébré y compris lorsqu'un des futurs époux a la nationalité d'un pays qui prohibe une telle union. Si, en principe, « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* », par exception, « *deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* » (art. 202-1 C. civ.)². Lorsque ce texte ne s'applique pas, parce que la règle de conflit de loi est posée par une convention internationale signée par la France, cette convention doit être écartée, pour atteinte à l'ordre public international français, si son application conduit à refuser à deux personnes de même sexe la célébration de leur mariage « *dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* »³.

Mariage et transsexualisme

Avant que le mariage entre personnes de même sexe ne soit possible, le mariage des personnes transsexuelles posait des difficultés. Depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 11 décembre 1992, la modification de l'état civil d'une personne ayant le sentiment d'appartenir au sexe opposé est possible. « *Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; [...] le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* »⁴. Après modification de la mention de son sexe à l'état civil, le transsexuel pouvait déjà, sans difficulté, se marier avec une personne de son sexe d'origine⁵.

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
2. Sur les recommandations faites aux officiers d'état civil, par la Circulaire de présentation de la loi du 17 mai 2013, lorsqu'un des époux a la nationalité d'un pays réprimant l'homosexualité, v. *infra* p. 58.
3. Cass. 1^{re} Civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, Bull. civ. I, n° 20; AJ fam. 2015 p. 172, note A. Boiché; D. 2015, p. 464, note H. Fulchiron. Le mariage était projeté, en l'espèce, entre un Français et un Marocain résidant en France. Aux termes de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, la loi applicable aux conditions de fond du mariage devait être la loi nationale des époux. Il s'agissait donc, pour le fiancé marocain, de sa loi nationale qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe. Mais la convention binationale a été écartée comme étant, sur ce point, contraire à l'ordre public international français.
4. Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-12.373 et n° 91-11.900; JCP G 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.
5. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni. « *S'il appartient à l'État contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier* » (n° 103). Ainsi, un maire ayant refusé de célébrer un mariage en raison du transsexualisme de la future épouse (de sexe masculin à sa naissance) a été condamné pour discrimination (CA Papeete, 1^{er} septembre 2011, n° n° 292-133, JurisData n° 2011-021235; JCP G. 2011, 1132, note P. Gourdon. V. aussi, CJCE, 7 janv. 2004, aff. C-117/01, K B. c/ Royaume-Uni, Dr. Fam. 2004, comm. 62, note A. Gouttenoire).

Était en revanche problématique l'impact du changement de sexe après célébration du mariage du transsexuel. Parce qu'à sa célébration, les époux étaient bien de sexe opposé, la modification de sexe obtenue par l'un d'eux engendrait un mariage entre personnes de même sexe alors prohibé¹ mais néanmoins valable², Aussi, au nom de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, est-ce un refus de faire droit à la demande de changement de sexe que certains juges ont opposé au demandeur déjà marié³. Une solution plus conciliante fut toutefois proposée par la cour d'appel de Rennes. Tout en faisant droit à la demande de changement de sexe et à sa mention sur l'acte de naissance de l'intéressé, les juges ont refusé que la modification apparaisse sur l'acte de mariage comme sur l'acte de naissance des enfants communs⁴.

Sans avoir été pensée pour eux, la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a néanmoins mis fin à cette jurisprudence fluctuante. Un changement de sexe intervenu même après la célébration du mariage d'un transsexuel ne pose plus de difficulté, depuis l'entrée en vigueur de cette loi. Demeurent en revanche des questions liées à la filiation des enfants du transsexuel.

La récente loi de modernisation de la justice du ^{xxi}e siècle a innové en posant de nouvelles conditions à la modification de la mention du sexe à l'état civil. Elle a, à cette occasion, déterminé l'impact du changement de sexe d'un parent sur la filiation de ses enfants (déjà nés). « *La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet [...] sur les filiations établies avant cette modification* » (art. 61-8 C. civ.). En faisant le choix de la démedicalisation du changement de sexe⁵, le législateur a créé une autre difficulté, plus vive encore, qu'il n'a pas pris le soin de résoudre. Avant cette loi, la personne candidate au changement devait démontrer « *la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence*⁶ ». Cette exigence a valu à la France une condamnation par la CEDH en 2017⁷. La nouvelle loi n'exige plus la stérilité. « *Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou*

1. Avant la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, un mariage ne pouvait être contracté qu'entre un homme et une femme.
2. V. Larribeau-Ternyere, *Transsexualisme et couple*, D. fam. 2013, dossier 14. Tel fut aussi le raisonnement de la cour d'appel de Rennes, saisie de la question. « *La validité du mariage est d'ailleurs incontestable en ce qu'elle doit être appréciée à la date de la célébration* » (CA Rennes, 16 octobre 2012, n° 11/08743, AJ fam. 2012, p. 559, note (critique) de B. de Boysson).
3. Dans ce sens, TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975 : JurisData n° 2011-027855 ; TGI Besançon, 19 mars 2009, n° 08/02219 : JurisData n° 2009-024072. Pour aller au bout de sa démarche, il appartenait donc au transsexuel d'obtenir préalablement un divorce. Libre aux ex-époux de conclure ensuite un Pacs, possible entre personnes de même sexe. Dans ce sens, et par un arrêt du 13 novembre 2012, la CEDH a décidé qu'en subordonnant la pleine reconnaissance du changement de sexe d'un transsexuel à la transformation de son mariage antérieur en un partenariat civil, la loi finlandaise n'a pas violé les articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention (CEDH, 13 nov. 2012, n° 37359/09, H. c/ Finlande ; D. 2013, p. 152, note F. Marchadier).
4. CA Rennes, 16 oct. 2012, n° 11/08743, AJ fam. 2012, p. 559, note B. de Boysson ; D. 2013, p. 156, note S. Paricard.
5. V. notamment, C. Bernard-Xémard, *Loi de modernisation de la justice du ^{xxi}e siècle – La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ?*, Dr. Fam. 2017, dossier 7.
6. Cass. 1^{re} Civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490 ; Bull. civ. I, n° 124 ; Dr. Fam. 2012, comm. 131, note Ph. Reigné. Pour une application assez souple de ces exigences, admettant la transformation irréversible de son apparence nonobstant la conservation de l'utérus et de ses annexes, V. CA Metz, ch. fam., 11 oct. 2016, n° 16/00634 ; JurisData n° 2016-021430, JCP G 2016, 1294, obs. C. Francioso.
7. En soumettant le changement de sexe à l'exigence d'une irréversibilité de la transformation, la France a manqué à son obligation positive de garantir le droit au respect de la vie privée (CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, n° 52471/13, n° 52596/13, A.T., Garçon et Nicot c/ France ; JCP G 2007, 2017, 504, obs. F. Sudre).

une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande» (art. 61-6 C. civ.). Selon le nouvel article 61-5 du Code civil, « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ». Cette nouvelle loi permet ainsi à une femme d'obtenir une modification de son sexe à l'état civil tout en conservant ses facultés reproductrices¹. Quelle filiation pour l'enfant duquel cet homme pourrait ainsi accoucher ? Si le législateur a pris le soin d'écartier tout l'impact du changement de sexe sur des naissances passées, il s'est gardé de s'atteler à la sensible question de la filiation de l'enfant mis au monde par un homme².

§ 2. Exigence quant à l'âge

L'âge requis pour se marier a longtemps été de 15 ans pour les filles et de 18 ans pour les garçons. Les 15 ans de la femme sont l'âge de sa puberté. En âge de procréer, les femmes de 15 ans étaient donc en âge de se marier. L'homme était, dans le passé, le chef de famille. Il convenait pour cela qu'il soit doté d'une maturité suffisante et ne pouvait donc se marier qu'à compter de ses 18 ans. Il a fallu attendre 2006³ pour que l'âge nubile de la femme soit aligné sur celui de l'homme. Dans un objectif de lutte contre les mariages forcés (parce qu'une jeune fille mineure est plus sujette à plier sous les pressions familiales), l'âge nubile de la femme a été porté à 18 ans.

Si, en principe, « *le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* » (art. 144 C. civ.), pour des motifs graves, le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut exceptionnellement accorder une dispense d'âge (art. 145 C. civ.). La grossesse de la future épouse peut constituer ce motif grave.

§ 3. Exigences de consentement

« *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* » (art. 146 C. civ.). La volonté de se prendre pour mari et femme est un élément essentiel de la formation du mariage. Mais l'expression d'un consentement lors de la célébration du mariage ne suffit pas à la validité de l'union. Ce consentement exprimé doit être conscient, libre et éclairé mais aussi réel.

1. A. Marais, *Le sexe (si) que je veux, quand je veux !*, JCP G 2016, 1164.

2. Sur ces questions, v. D. Vigneau, *Transsexualisme et filiation*, Dr. Fam. 2013, dossier 15.

3. Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 1.

A. Expression du consentement

Les futurs époux expriment leur consentement au mariage lors de la cérémonie républicaine célébrée par l'officier d'état civil compétent. Les futurs époux doivent se présenter en personne (art. 146-1 C. civ.)¹.

Ce consentement exprimé au moment de la célébration du mariage est déjà en germe lors de l'accomplissement des formalités prénuptiales (dépôt de pièces, demande de publication des bans etc.)² et de la préparation des éventuelles festivités par les futurs époux. Aussi le droit français admet-il qu'un projet de mariage, qui n'a pas pu aboutir en raison du décès prématuré d'un des futurs époux, puisse, dans des circonstances exceptionnelles, être célébré si la volonté du fiancé décédé prématurément était certaine. Aux termes de l'article 171 al. 1 du Code civil, « *le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement* ». Pour que le mariage *posthume* soit valablement célébré, il convient que le consentement du défunt, démontré par cette réunion de faits, ait bien persisté jusqu'au décès³.

Le mariage *posthume* est apparu dans le Code civil à la suite de la rupture du barrage de Malpasset⁴. Ce barrage construit dans la région de Fréjus juste après la fin de la Seconde Guerre mondiale s'est rompu, le 2 décembre 1959, causant la mort de plusieurs centaines de personnes. À une époque où les naissances hors mariage étaient marginales, le législateur a permis aux jeunes fiancées, ayant perdu leur promis dans le drame, de donner naissance à des enfants légitimes. L'évolution des mœurs et du droit (qui ne connaît plus cette distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes) n'a pas fait perdre à cette institution tout son attrait. Le législateur est même intervenu, assez récemment, pour assouplir les conditions de la célébration d'un tel mariage.

Initialement, l'article 171 du Code civil exigeait que le survivant démontre l'intention matrimoniale du défunt en se fondant sur « *l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement* » telles que la publication des bans. Dans sa nouvelle version⁵, le survivant doit invoquer une « *réunion suffisante de faits [qui] établit sans équivoque* » le consentement du défunt. Outre les formalités officielles préalables à la célébration du mariage, l'impression de faire-part, la réservation d'un traiteur ou encore les essayages d'une robe de mariée sont des faits dont la réunion peut démontrer le consentement du défunt au mariage. Mais une telle volonté ne suffit pas. La célébration d'un mariage *posthume* requiert, en outre, une autorisation du Président

1. Par exception, « *en cas de guerre ou d'opérations militaires conduites en dehors du territoire national, pour causes graves et sur autorisation, d'une part, du garde des Sceaux, ministre de la justice, et d'autre part, du ministre de la défense, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires, des marins de l'État, des personnes employées à la suite des armées ou embarquées à bord des bâtiments de l'État sans que le futur époux comparaisse en personne et même si le futur époux est décédé, à la condition que le consentement au mariage ait été constaté [...]* » (art. 96-1, al. 1, C. civ.).

2. V. *infra* p. 55 et s.

3. Cass. 1^{re} Civ., 28 févr. 2006, n° 02-13.175, Bull. civ., n° 123, p. 113, Dr. Fam. 2006, comm. 79, note V. Larribau-Terneyre. Le défunt avait mené une double vie (CA Grenoble, 27 juin 2007, n° 06/01519, Dr. Fam. 2007, comm. 217).

4. Loi du 31 décembre 1959 relative aux mesures d'aide immédiate prise par l'État à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset. Avant cette date, il n'avait été autorisé que de façon ponctuelle, par des lois spéciales.

5. Modification issue de la Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

de la République accordée pour motifs graves¹. Le mariage *posthume* célébré à ces conditions est réputé conclu la veille du décès du défunt et dissous le lendemain (art. 171, al. 2, C. civ.).

Les effets du mariage *posthume* sont limités. Il « n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux » (art. 171, al. 3, C. civ.). Le mariage *posthume* n'est pas pour autant privé de toute utilité. Avant que le concubin survivant ne puisse être indemnisé en cas d'accident du travail mortel de son compagnon², la célébration d'un mariage *posthume* avait permis à une concubine de prétendre rétroactivement à la qualité de conjoint survivant afin d'être indemnisée de son préjudice moral³. C'est également à l'allocation de veuvage⁴ ou encore au capital-décès d'une assurance-décès⁵ qu'un conjoint survivant marié à titre *posthume* a pu prétendre. Mais c'est encore l'application du régime fiscal des libéralités entre époux que le survivant peut espérer. Lorsque le mariage est célébré à titre *posthume*, la loi ne confère au survivant aucune vocation successorale. À défaut de testament en sa faveur, le conjoint survivant ne peut prétendre à aucun droit dans la succession du défunt. Mais si le défunt a consenti au survivant un legs, celui-ci bénéficie alors de la taxation avantageuse des libéralités entre époux⁶.

Le mariage *posthume* produit également des effets extrapatrimoniaux. Si le conjoint survivant peut user du nom du défunt⁷, c'est certainement le jeu de la présomption de paternité qui en constitue l'effet le plus remarquable. Le mariage *posthume* issu de la loi de 1959 devait permettre à de jeunes femmes enceintes, et qui avaient perdu leurs futurs époux lors de la rupture du barrage, de donner naissance à des enfants légitimes. Du fait de la célébration du mariage, et par le jeu de la présomption de paternité, l'enfant conçu hors mariage pouvait prétendre à la qualité d'enfant légitime du défunt. Si le droit positif ne connaît plus la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, la présomption de paternité demeure un mode d'établissement réservé aux enfants conçus ou nés en mariage⁸. « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (art. 312 C. civ.). Le jeu de la présomption de paternité, permis par le mariage *posthume*, demeure encore aujourd'hui précieux pour l'enfant à naître. Il rend certain l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant porté par la future épouse (si toutefois les conditions du mariage *posthume* sont réunies). À défaut de mariage, l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant né après le décès du père n'est pas impossible. D'abord, le défunt peut avoir anticipé sa mort et déclaré sa

-
1. Si la décision du Président de la République « est discrétionnaire, elle n'en doit pas moins être motivée » (CA Nancy, 3^e ch. Civ., 15 janv. 2016, n° 15/00048, Dr. Fam. 2016, comm. 43, note J.-R. Binet). Déjà dans ce sens, Cass. 1^{re} Civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887, Bull. civ. I., n° 324; Dr. Fam. 2007, comm. 197, note V. Larribau-Terneyre.
 2. La loi du 21 décembre 2001 a étendu au concubin le bénéfice de l'indemnisation due au conjoint en cas d'accident du travail mortel.
 3. Cass. 2^e Civ., 10 juill. 2008, n° 07-15.390, Bull. civ. II, n° 4; Dr. Fam. 2008, comm. 137, note V. Larribau-Terneyre, comm. 148, note A. Devers et comm. 169, note P. Fadeuilhe.
 4. Cass. Soc., 15 févr. 2001, n° 99-17.199, Bull. V, n° 57, p. 53.
 5. Cass. 2^e Civ., 22 mai 2007, n° 05-18.582, Bull. civ. II, n° 206; Dr. Fam. 2007, comm. 160, note A. Devers.
 6. « Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité » (art. 796-0 bis CGI).
 7. V. not. J.-M. Coquema et Ch. Barthelet, *Les formes de mariage dénuées de toute communauté de vie, unions atypiques*, Dr. Fam. 2010, étude 10.
 8. V. *infra* p. 330.

paternité par une reconnaissance prénatale de l'enfant à naître¹. À défaut, c'est le constat de la possession d'état de futur père, dans un acte de notoriété délivré par le tribunal d'instance, qui peut permettre, dans ces circonstances, l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant². Mais, si la démonstration du comportement de futur père du défunt est possible lorsque le décès est survenu dans les derniers mois de la grossesse, elle est beaucoup plus complexe lorsque le décès survient très tôt, à une époque où ni la grossesse ni donc le comportement de futur père ne sont encore visibles. Dans ces circonstances, le mariage *posthume* conserve, sans aucun doute, tout son intérêt³. La célébration du mariage *posthume* permet non seulement à l'enfant porté par la fiancée, au moment du décès du futur mari, d'avoir une filiation paternelle établie⁴ mais également de porter le nom de son père décédé (art. 311-21 C. civ.).

Présomption de paternité et mariage *posthume*. Quel fondement légal ?

Aux termes de l'article 312 du Code civil, « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Le mariage *posthume* est censé avoir été célébré la veille du décès et dissous le jour de ce décès. L'enfant en gestation lors du décès du fiancé peut prétendre à la qualité d'enfant conçu « pendant le mariage » si le décès du mari intervient pendant la période légale de conception de l'enfant. « 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 la naissance » (art. 311, al. 1, C. civ.). Il suffit que le décès coïncide avec cette période de 121 jours, pour que l'enfant soit présumé conçu en mariage, alors même que le mariage *posthume* n'a duré que quelques heures. En effet, « 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 » (art. 311, al. 2, C. civ.). Mais lorsqu'au jour de la célébration du mariage *posthume* (réputée intervenue la veille du décès), la grossesse était déjà bien entamée, l'enfant à naître ne peut être prétendu conçu en mariage. Est-il pour autant privé du jeu de la présomption de paternité ?

Aux termes de l'article 312 précité, « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». L'enfant conçu avant, mais né après le mariage *posthume* de sa mère, peut-il prétendre à la qualité d'enfant « né pendant le mariage » ? Parce que le mariage *posthume*, réputé célébré la veille du décès, est dissous le jour du décès (art. 227 C. civ.), sauf à ce que l'accouchement ait justement lieu la veille du décès ou dans les heures précédant ce décès, l'enfant dont l'épouse mariée à titre *posthume* a accouché n'est pas né pendant le mariage mais après le mariage. Avant la réforme de la filiation par l'Ordonnance du 4 juillet 2005, l'ancien article 315 du Code civil disposait : « La présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, ni,

1. V. *infra* p. 315.

2. V. *infra* p. 316.

3. V. *contra*, B. Beignier qui affirme : « Quant à la filiation des enfants, il n'y a plus aucun intérêt depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 ». (*Mariage posthume ou mariage avec un mort ?*, D. fam. 2016, repère 6). V. aussi G. Raoul-Cormeil, *La nullité du mariage posthume : est-ce la fin d'une virtualité ?*, D. 2006 p. 2085. Selon cet auteur, « la délivrance d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état prénatale aboutira pareillement à établir la paternité du défunt (cf. nouvel art. 317, al. 2, c. Civ.) sans qu'il soit nécessaire de déranger le Président de la République ». Mais cet argument n'est pas convaincant dans l'hypothèse où le décès intervient dans les premiers mois de la grossesse, lorsque celle-ci est encore discrète et les manifestations d'un comportement de père peu visibles.

4. I. Corpart, *Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ?*, JCP N 2004, 1328A. Lamboley, *Mariage. Formalités de célébration. Mariage posthume*, J.-Cl. Civil, art. 171, fasc. Unique, spé. p. 93 ; M. Lamarche et J.-J. Lemouland, *Mariage (2o conditions de formation)*, rép. Civ. Dalloz, spé. n° 656.

100 %
DROIT



DROIT DE LA FAMILLE

La famille d'aujourd'hui n'est plus la famille d'hier et le droit a su s'adapter à l'évolution des mœurs. Si certains couples, hétérosexuels comme homosexuels, choisissent de s'unir par les liens du mariage, nombreux sont ceux qui préfèrent contracter un Pacs ou demeurer en concubinage. La première partie de cet ouvrage, dédiée au couple, propose une étude complète du mariage et de ses évolutions, tout en consacrant des développements substantiels aux couples non mariés.

À l'hétérogénéité des couples répond une diversité des circonstances de l'établissement de la filiation de l'enfant issu du couple. L'enfant est « biologique » ou adoptif. Ses parents sont de sexes différents ou de même sexe, mariés ou non mariés. Il est issu d'un rapport charnel ou conçu avec une assistance médicale (elle-même licite ou illicite). La seconde partie de cet ouvrage, consacrée à l'enfant, s'attelle à présenter les conditions d'existence et les conséquences d'un lien de filiation aux multiples réalités.

Outil de travail accessible et pédagogique pour les étudiants de Licence, cet ouvrage, par ses approfondissements, suscitera également l'intérêt des étudiants de Master 2 et de ceux préparant un concours.

Les auteurs

Patrice Hilt est Maître de conférences HDR à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université de Strasbourg. Il y dirige le Master 2 Droit de la famille, interne, international et comparé.

Christel Simler est Maître de conférences à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université de Strasbourg.



9

782340023895



www.editions-ellipses.fr