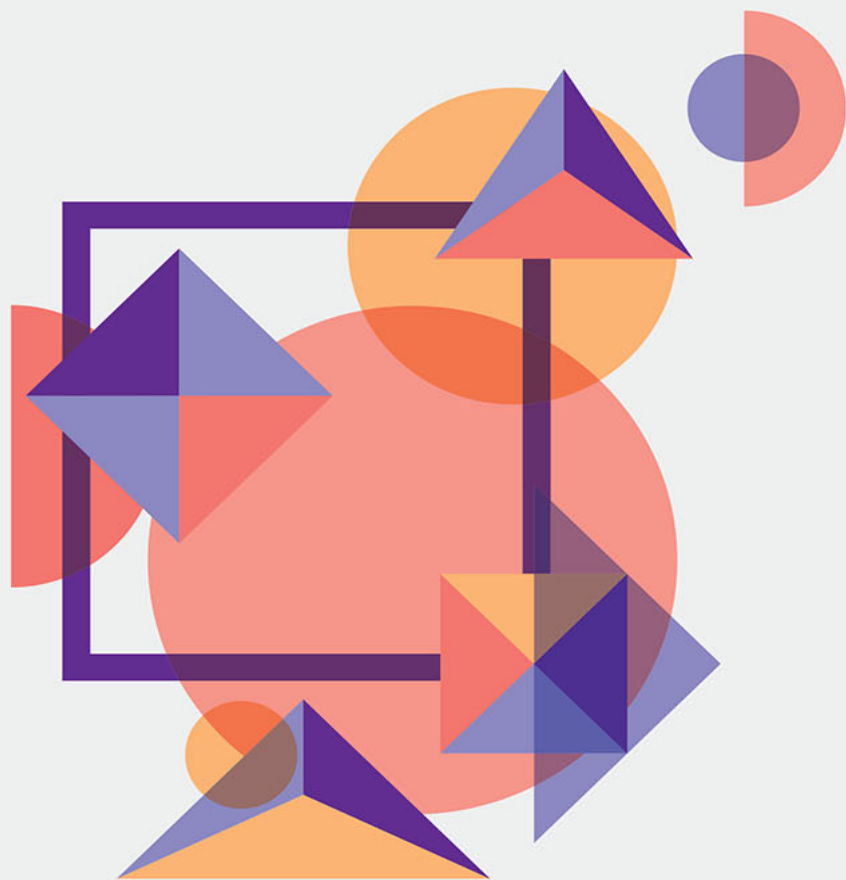


Carole **Petit**

Droit de la **famille**



ellipses

Droit de la famille

Droit de la famille

Carole Petit

Maître de conférences UCLY Université de Lyon



ISBN 9782340052383
©Ellipses Édition Marketing S.A., 2018
32, rue Bargue 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

Principales abréviations.....	3
Introduction.....	5

PREMIÈRE PARTIE

Le couple

CHAPITRE 1

L'union	11
Section 1 - La formation du couple	14
Section 2 - La vie de couple	40

CHAPITRE 2

La désunion	56
Section 1 - Les causes et la procédure	56
Section 2 - Les conséquences	85

DEUXIÈME PARTIE

L'enfant

CHAPITRE 1

La filiation118

Section 1 - La filiation par procréation « charnelle »120

Section 2 - La procréation médicalement assistée 148

Section 3 - La gestation pour autrui154

Section 4 - L'adoption162

CHAPITRE 2

Les corollaires de la filiation 187

Section 1 - L'obligation d'entretien187

Section 2 - L'autorité parentale193

Section 3 - La dévolution du nom de famille 203

INDEX..... 215

Principales abréviations

AJ *fam.* : AJ famille Dalloz

CAF : Caisse d'allocations familiales

CASF : Code de l'action sociale et des familles

C. civ. : Code civil

C. pén. : Code pénal

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Circ. : circulaire

Civ. 1^{re} : Première chambre civile de la Cour de cassation

CNAOP : Conseil national pour l'accès aux origines personnelles

Cons. Const. : Conseil constitutionnel

Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

C. pr. civ. : Code de procédure civile

C.S.P. : Code de la santé publique

C.S.S. : Code de la Sécurité Sociale

D. : décret

D. : Recueil Dalloz

Dr. *fam.* : Droit de la famille (Revue)

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

JCP : Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale

L. : Loi

Ord. : Ordonnance

Pacs : pacte civil de solidarité

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

RDC : Revue des contrats

RLDC : Revue Lamy Droit civil

RTD *civ.* : Revue trimestrielle de droit civil

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

Introduction

1. **Famille.** « Unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants » selon le préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant¹, « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société », selon l'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme². Mais quel est le sens exact du mot famille ? Chacun a au moins intuitivement une idée ou une image de ce qu'il représente. Pour autant la famille est une réalité dont les contours sont relativement difficiles à cerner précisément.
2. **Sens courant.** Le mot a pour origine le latin *familia*, qui a désigné dans un premier temps le groupe des esclaves vivant sous l'autorité d'un maître, avant de viser plus largement les personnes vivant sous le même toit et donc l'idée de cohabitation. Un glissement s'est ensuite opéré pour désigner les liens à l'origine de cette cohabitation. Les dictionnaires courants contemporains donnent de la famille des définitions variables, et qui, dans l'ensemble, restent assez traditionnelles. Il est fait référence aux personnes unies par la parenté ou l'alliance ou encore à l'ensemble formé par le père, la mère et les enfants, voire aux personnes de même sang vivant sous le même toit. L'idée de groupe, d'ensemble, est donc assez certaine. Sont moins certains les liens qu'il convient de faire ou non entrer dans cet ensemble.
3. **Sens juridique.** Les textes juridiques ne donnent quant à eux pas de définition précise de la famille, laquelle n'est d'ailleurs pas une institution juridique à proprement parler. Elle demeure une notion floue, difficile à cerner et évolutive. Elle varie en effet en fonction des temps, des lieux, des mœurs, et même de la branche du droit concernée. Fondée sur les liens du sang, le mariage catholique indissoluble, la suprématie maritale et l'autorité paternelle dans l'ancien régime, l'appréhension de la famille a évolué dans un sens libéral et égalitaire avec la Révolution. Le divorce a été créé en 1792³ permettant de mettre fin au mariage devenu laïc, la puissance paternelle a été affaiblie et les enfants sont devenus plus égaux. Le Code Napoléon, tout en conservant certains aspects révolutionnaires, a restauré une discipline guidée par la puissance paternelle dans les rapports parents-enfants et l'obéissance de la femme à son mari dans les rapports de couple. Après une grande période de stabilité, une évolution progressive qui sera décrite tout au long de l'ouvrage a néanmoins eu lieu, surtout à partir de la seconde moitié du XX^e siècle.

1. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur en France le 2 septembre 1990.

2. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948.

3. Supprimé sous la Restauration par la loi du 8 mai 1816, il est rétabli par celle du 27 juillet 1884, cf. *infra* n°82.

4. **Droit de la famille.** Ainsi, si la famille était traditionnellement définie par les juristes comme un groupe de personnes reliées entre elles par l'alliance ou la parenté, l'entrée du Pacte civil de solidarité (Pacs) et du concubinage dans le Code civil en 1999 ont bousculé les anciennes évidences. Le Pacs et le concubinage ne créent en effet pas de liens de famille à proprement parler. Pour autant ils relèvent bien du Droit de la famille, qui appréhende la vie familiale, c'est-à-dire les liens de couple (première partie) et les liens parents-enfants (deuxième partie) davantage que le groupe familial en lui-même¹.

1. Certains pans du Droit patrimonial de la famille sont sortis de l'étude classique du Droit de la famille et étudiés au titre des régimes matrimoniaux et des successions, lesquels ne seront pas traités dans cet ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE

Le couple

5. **1804.** En 1804, et de manière relativement stable pendant environ un siècle et demi, la famille est considérée comme un lieu de reproduction, d'éducation des enfants, de solidarités et comme un outil de structuration sociale. La conception du couple est alors claire, unique et institutionnelle. Seul le mariage est reconnu par le Droit. Il est alors une affaire publique inspirée par l'Église catholique dont la formation est contrôlée socialement et juridiquement. Les concubinages, peu nombreux, constituent la plupart du temps des situations de fait subies et/ou de courte durée. Ils ne sont ni définis ni même appréhendés par le Droit, sinon indirectement par un Droit de la filiation construit sur la différence entre enfant légitime et enfant naturel.
6. **1960.** Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, en particulier à partir des années 1960-1970, des mutations sociales importantes se produisent. Le contexte sociodémographique se modifie : la durée de vie s'allonge, les femmes travaillent, le chômage augmente. Parallèlement, les solidarités familiales s'estompent, les rapports se désinstitutionnalisent et s'individualisent. La famille subit des transformations profondes. La conception sociale du couple change, entraînant une libéralisation des rapports et une instabilité plus grande des unions. On parle de « crise du mariage ». Les concubinages constituent désormais une forme de vie à deux choisie et durable. Ils se multiplient et par conséquent se banalisent. Parallèlement se développent des progrès scientifiques considérables concernant la preuve de la filiation biologique et la maîtrise de la procréation.

Le Droit évolue parallèlement. D'une fonction symbolique, dogmatique voire modélisatrice, il devient plus fonctionnel et pragmatique. Le mariage n'est plus considéré comme l'unique moyen de constituer une famille, le seul modèle au sein duquel sont conçus et éduqués les enfants. La philosophie individualiste conduit en effet à l'idéologie égalitaire. Mais c'est d'abord le « couple parental » qui évolue. On a en effet rapidement opposé à l'instabilité grandissante des couples la stabilité de la filiation. C'est la filiation qui remplace progressivement le mariage comme fondement de la famille. Dès la loi du 3 janvier 1972, l'égalité entre enfants légitimes et naturels tend progressivement à gouverner le Droit de la filiation, jusqu'à l'abolition, par l'ordonnance du 4 juillet 2005, de toute différenciation expresse entre enfants légitimes et enfants naturels. Concernant l'autorité parentale, dès 1987, l'intérêt supérieur de l'enfant gouverne la mise en place progressive du principe de la « coparentalité »¹.

7. **1999.** Au-delà du couple parental, c'est ensuite le « couple conjugal » en tant que tel qui, sous l'effet de revendications égalitaires, va se libéraliser. À la fin des années 1990 en particulier, les concubins réclament certains droits réservés aux époux et les couples de même sexe sortent de l'ombre en revendiquant une reconnaissance sociale et juridique. Progressivement, au travers de la jurisprudence d'abord, le couple non marié va entrer en Droit. Puis la loi du 15 novembre 1999² va créer le Pacte civil de solidarité et définir le concubinage dans le

1. Cf. *infra* n^os 155 et 241.

2. L. n^o 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

Code civil indifféremment au sexe des membres du couple. Le Pacs est le symbole de la reconnaissance juridique du pluralisme des couples et de la dissociation du couple et de la famille. Le couple non marié est consacré, ainsi que le couple de personnes de même sexe. La loi du 23 juin 2006¹, en réformant le Pacs, le rapproche du mariage. On commence alors à assister à une véritable convergence des statuts du couple. D'incontestables spécificités demeurent néanmoins attachées au mariage, union entre personnes de sexes nécessairement différents, célébrée par un officier d'état civil, entraînant une présomption de paternité pour le mari de la mère et dissoute par le divorce prononcé par un juge.

8. **2013.** La première spécificité du mariage est toutefois supprimée par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage – et par conséquent l'adoption – aux couples de personnes de même sexe. La loi du 18 novembre 2016² donne en outre compétence à l'officier d'état civil pour enregistrer le Pacs et instaure le divorce par consentement mutuel sans juge. Pacs et mariage se rapprochent à grands pas. La présomption de paternité reste toutefois réservée au mari et ne s'applique pas aux couples de même sexe. Mais pour combien de temps ?

Depuis 2013, le couple peut donc simplement être défini comme l'union de deux personnes, en principe majeures, de sexe différent ou de même sexe. Afin de mesurer cette convergence tout en comprenant les divergences persistantes entre les différentes formes de vie en couple, il est préférable de les comparer, le plus souvent par rapport au modèle de référence que continue à constituer le mariage, plutôt que de les étudier distinctement les unes après les autres. L'appréhension du couple par le Droit se comprend ainsi de manière transversale et autant à travers l'étude de la législation relative à l'union (chapitre 1) qu'à travers celle qui régit la désunion (chapitre 2).

1. L. n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

2. L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

CHAPITRE 1

L'union

9. **Mariage.** Le Code civil connaît aujourd'hui trois formes d'unions : le mariage, le Pacte civil de solidarité et le concubinage. Il ne définit pas le mariage, qui constituait en 1804 une évidence rendant inutile – voire impossible – la conceptualisation juridique¹. Le mariage revêt toutefois trois caractères principaux. Il est civil ; il s'agit d'une union laïque célébrée lors d'une cérémonie républicaine². Il est solennel puisqu'il est célébré par un officier d'état civil après accomplissement de certaines formalités légales et recueil public des consentements. Il est enfin personnel. Le majeur protégé ne peut en effet pas être représenté pour se marier. L'article 460 met néanmoins en place un régime d'autorisation, point d'équilibre entre respect de la liberté du mariage et caractère personnel, d'une part, et protection des personnes vulnérables et de leur consentement, d'autre part³.

Article 460

Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1^{er} janvier 2009

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

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

1. *Portalis* définissait 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 ». Pour *Carbonnier*, il s'agissait de « l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort » (*Droit civil*, t. II, PUF, 21^e éd., 2002, p. 368).
2. Seul le mariage civil emporte des effets juridiques. Les époux peuvent bien sûr choisir de faire célébrer un mariage religieux mais celui-ci ne produira pas d'effets de droit et doit être célébré après le mariage civil (C. pén., art. 433-21).
3. Cons. Const., 29 juin 2012, décision QPC n° 2012-260 : conformité de l'article 460 al. 1^{er} à la Constitution (« eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est un acte important de la vie civile, en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; les restrictions dont il accompagne son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée »).

10. **Pacs.** Le Pacte civil de solidarité est quant à lui défini à l'article 515-1 du Code civil comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». On peut néanmoins s'interroger sur ses caractères par comparaison avec ceux du mariage.

Le Pacs a un caractère civil, mais il n'existe pas de Pacs religieux donc la question ne se pose pas comme dans le mariage. Au sens juridique, un acte ou un contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités exigées par la loi. Au sens courant, le mot solennel désigne ce qui est « célébré avec éclat, revêt un caractère majestueux, public (des obsèques solennelles) ou ce qui présente une gravité, une importance particulières par sa nature ou du fait des circonstances (faire une déclaration solennelle) ou enfin ce qui est empreint d'une gravité souvent affectée, qui prend des airs d'importance (s'exprimer d'un ton solennel) »¹. Il y a bien un aspect formel, au sens juridique comme au sens courant du terme, dans le Pacs. Sa validité est en effet soumise au respect de certaines formalités imposées par le Code civil. Il fait en outre l'objet d'une déclaration devant l'officier d'état civil ou le notaire. Mais l'aspect solennel reste moins marqué que dans le mariage, puisque le Pacs n'est pas « célébré » avec échange public des consentements. Il revêt, enfin, un caractère personnel. La conclusion d'un Pacs par une personne en tutelle est soumise à autorisation du juge ou du conseil de famille². Les personnes en curatelle et en tutelle devront en outre être assistées lors de la signature de la convention³. Néanmoins, aucune assistance ni représentation n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier d'état civil ou le notaire.

Article 461

Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 48 (V)

La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité. Aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables en cas de modification de la convention.

La personne en curatelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. L'assistance de son curateur n'est requise que pour procéder à la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7.

La personne en curatelle est assistée de son curateur dans les opérations prévues aux dixième et onzième alinéas de l'article 515-7.

Pour l'application du présent article, le curateur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsque la curatelle est confiée à son partenaire.

1. Dictionnaire *Larousse* en ligne, <http://www.larousse.fr/>.

2. Sur l'analyse de la volonté claire du majeur sous tutelle, cf. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2017, n° 16-24832.

3. Cf. Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18685.

Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 48 (V)

La conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

L'intéressé est assisté de son tuteur lors de la signature de la convention. Aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire prévue au premier alinéa de l'article 515-3.

Les dispositions des alinéas précédents sont applicables en cas de modification de la convention.

La personne en tutelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. La formalité de signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 est opérée à la diligence du tuteur. Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur.

La rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.

Aucune assistance ni représentation ne sont requises pour l'accomplissement des formalités relatives à la rupture par déclaration conjointe.

La personne en tutelle est représentée par son tuteur dans les opérations prévues aux dixième et onzième alinéas de l'article 515-7.

Pour l'application du présent article, le tuteur est réputé en opposition d'intérêts avec la personne protégée lorsque la tutelle est confiée à son partenaire.

11. **Concubinage.** Le concubinage est également défini par le Code civil. L'article 515-8 le désigne 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 ». Il n'a aucun caractère solennel. Aucune formalité particulière n'est à respecter ; il n'y a ni engagement public de volonté, ni célébration, ni même enregistrement quelconque. On peut en revanche retenir les caractères civil – du moins laïc – et personnel, même s'ils ont ici assez peu de sens.

Au-delà de ces définitions, le Droit ne reconnaît la situation de couple et ne lui confère des effets juridiques (section 2) que si elle remplit les conditions de formation du mariage, du Pacs ou du concubinage (section 1).

Section 1 – La formation du couple

12. **Acte ou fait juridique ?** Le mariage est un acte juridique d'une nature particulière et duale. Il est à la fois un contrat, puisqu'il est formé par un accord de volontés, et une institution, puisque son statut est déterminé par le Code civil. Le Pacs est également un acte juridique d'une nature hybride. Il est clairement défini par le Code civil comme un contrat. L'aspect contractuel est d'ailleurs plus marqué que dans le mariage¹. Mais il s'agit d'un contrat spécifique comme le montre sa place dans le Code civil² et son inscription en marge de l'acte de naissance des partenaires. Le législateur le définit, ainsi que son objet, les conditions de sa conclusion et de sa rupture, de même que les obligations qui en découlent. Il est donc également un statut du couple. Le concubinage, quant à lui, bien que défini dans le Code civil, reste un fait juridique. Cette différence de nature juridique entre mariage et Pacs, d'une part, et concubinage, d'autre part, se vérifie à l'examen des conditions de fond (§1) et de forme (§2) des différentes formes de vie à deux.

§1. Les conditions de fond

On distingue deux catégories de conditions de fond relatives à la formation du couple. La première concerne les conditions intrinsèques à chacun des membres du couple (A), tandis que la deuxième concerne les conditions davantage tournées vers l'extérieur (B).

A. Les conditions intrinsèques à chacun des membres du couple

Le Droit est désormais indifférent au sexe des membres du couple, tandis que l'âge de ces derniers est une condition qui semble prendre une importance croissante. Le consentement des membres du couple est également une condition fondamentale, particulièrement visible dans le mariage.

1. L'indifférence au sexe

13. **Concubinage et Pacs.** Bien avant sa consécration dans le Code civil, la Cour de cassation acceptait de faire produire des effets juridiques à l'union libre, mais seulement entre personnes de sexe différent, estimant que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc, à l'époque, entre un homme et une femme³. Mais dès le début des années 1990 des groupes de pression se sont constitués pour réclamer un statut pour les couples non mariés. Les couples de personnes de sexe opposé, qui ne voulaient pas se marier, se sont progressivement joints aux revendications des couples de personnes de même sexe qui, eux, ne pouvaient pas se marier.

1. Le Conseil constitutionnel a rappelé la nature contractuelle du Pacs dans une décision du 21 octobre 2015, n° 2015-9 LOM.
2. « Livre Premier : Des personnes ».
3. Soc., 11 juill. 1989 n° 85-46008 et 86-10665 ; Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20779.

Le législateur a fini par écouter ces revendications et, après diverses propositions¹, la loi du 15 novembre 1999 a créé le Pacte civil de solidarité, ouvert aux couples de sexe différent ou de même sexe. L'intégration du concubinage dans le Code civil au cours du vote de la loi sur le Pacs² a également donné aux couples de personnes de même sexe la qualité de concubins que leur refusait jusque-là la Cour de cassation.

14. **Mariage.** Le mariage entre deux personnes de même sexe a quant à lui longtemps été parfaitement impensable, à tel point que le Code civil ne formulait pas expressément la condition essentielle de la différence des sexes³ et que, ni les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴, ni ceux de la Convention européenne des droits de l'homme⁵, n'éprouvèrent davantage le besoin de la préciser clairement. Le mariage était par évidence l'union de l'homme et de la femme.

Des doutes quant à cette définition classique ont commencé à poindre avec la question transsexuelle⁶, la création des partenariats enregistrés et, surtout, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dans certains pays européens⁷. Suite à la rédaction d'un « Manifeste pour l'égalité des droits » à l'initiative de plusieurs « intellectuels »⁸, le débat « pour ou contre le mariage gay » s'est rapidement installé en France et a été attisé par la célébration le 5 juin 2004 d'un mariage homosexuel par le maire de Bègles. Le Procureur de la République ayant sollicité l'annulation de ce mariage, la Cour de cassation a très simplement affirmé que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits

-
1. Les modalités du statut à créer ont fait débat, outre le débat suscité par l'opportunité même de la création d'un statut. Fallait-il le réserver aux couples ? Fallait-il le réserver aux couples homosexuels ? Ont d'abord été proposés un contrat de partenariat civil en 1990, un contrat d'union civile (C.U.C.) en 1992, puis un contrat de vie sociale (C.U.S.) en 1993 et 1997, puis un pacte d'intérêt commun (P.I.C.) en 1998.
 2. Le Pacs résulte d'une initiative parlementaire. Le Sénat, hostile à son adoption, avait rejeté le projet tout en proposant, en contrepartie et en espérant voir ainsi rejeter le Pacs, que soit insérée dans le Code civil une définition du concubinage englobant les couples homosexuels.
 3. Même si certains articles portaient en eux cette condition : l'article 144, qui énonçait jusqu'à sa modification en 2006 que « l'homme avant 18 ans révolus et la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter mariage », l'ancien article 75 *in fine*, selon lequel l'officier d'état civil, lors de la célébration, « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme (...) », l'article 162 qui prohibait le mariage entre frère et sœur.
 4. Déclaration universelle des droits de l'homme, Art. 16 : « 1. 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 ».
 5. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 12 : « 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 ».
 6. La CEDH a opéré un revirement de jurisprudence concernant le mariage des transsexuels avec une personne de leur sexe d'origine. Ayant affirmé pendant plusieurs années que le mariage est l'union de deux personnes de sexe biologiquement différent (arrêt *Rees C/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81), elle a finalement admis « le mariage des transsexuels » dans deux arrêts du 11 juillet 2002, I. et *Goodwin C/ Royaume-Uni*, n° 25680/94 et 28957/95. Le fondement du revirement n'est pas celui d'une redéfinition du mariage mais celui d'une redéfinition du sexe, l'homme et la femme n'étant plus définis par rapport à des critères exclusivement biologiques. La Cour admet toutefois que « depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société » (§ 100). Mariage et procréation sont dissociés. Par conséquent, le mariage homosexuel n'est plus impensable.
 7. Lois néerlandaises du 21 décembre 2000, loi belge du 13 février 2003 et loi espagnole du 1^{er} juillet 2005.
 8. Cf. *Le Monde* du 17 mars 2004.

de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »¹. La balle était donc dans le camp du Législateur. Un projet de loi sur le « mariage pour tous » a été présenté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012 et la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a été adoptée le 17 mai 2013². L'ancienne condition relative à la différence de sexe des époux a tout simplement, et expressément cette fois, été supprimée. Le nouvel article 143 du Code civil dispose que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

Alors que la différence des sexes entre les membres du couple constituait une spécificité du mariage jusqu'en 2013, l'abandon de cette condition constitue un point de rapprochement certain entre le mariage, le Pacs et le concubinage.

2. L'âge minimum

15. **Pacs et mariage.** Le Pacs est depuis sa création ouvert aux seules personnes physiques majeures³. Le mariage était quant à lui permis à partir de dix-huit ans pour les garçons et quinze ans pour les filles, jusqu'à la loi du 4 avril 2006 qui, poursuivant notamment l'objectif de lutter contre les mariages forcés, a porté à dix-huit ans l'âge nubile pour les filles et ainsi rétabli l'égalité des sexes⁴. Néanmoins, le mariage des mineurs est exceptionnellement possible sur dispense du procureur de la République pour motifs graves et avec autorisation parentale⁵, ce qui n'est pas le cas pour le Pacs.

1. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, *D.* 2007, p. 1389, rapport G. Pluyette et E. Agostini ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 81, p. 10, avis M. Domingo et rapport C. Pluyette ; *D.* 2007, p. 1375, obs. H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. Hauser ; *D.* 2007, p. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau. Cf. aussi Cons. Constit., 28 janv. 2011, décision QPC n°2010-92 : conformité à la constitution des articles 75 et 144 du Code civil, autrement dit de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04 : « les États demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels ». La CEDH a d'ailleurs statué récemment sur le mariage de Begles et refusé de constater la violation de l'article 12 (droit au mariage) combiné avec l'article 14 (non-discrimination) et de l'article 8 (vie privée et familiale) combiné avec l'article 14 de la Convention : CEDH, 9 sept. 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07.

2. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

3. Cette condition résulte de la définition du Pacs, à l'article 515-1 du Code civil.

4. Loi n° 2006-399 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. C. civ., art. 144.

5. C. civ., art. 145 et 148 s. Les cas sont néanmoins très rares, au point qu'il est difficile de trouver des exemples. Il n'est même pas certain qu'une dispense puisse être aujourd'hui obtenue au motif d'une grossesse puisque le statut d'enfant né en mariage n'est plus un statut particulièrement privilégié.

16. **Sanction.** Le défaut d'âge légal entraîne la nullité absolue du mariage qui peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public¹. La nullité n'est pas expressément prévue par le législateur pour le Pacs conclu par un mineur, mais puisque le Pacs est un contrat, sa nullité pour incapacité est envisageable sur le fondement du droit commun des obligations².
17. **Concubinage.** Aucune exigence relative à l'âge des concubins n'apparaît dans la définition du Code civil, mais il est assez peu probable qu'un concubinage soit retenu entre personnes mineures au regard, d'une part, des conditions liées à la stabilité et la continuité de la vie commune, sachant que l'enfant mineur réside en principe chez ses parents³ et, d'autre part, de la conception contemporaine du couple en Droit français.

Outre cette condition d'ordre physiologique désormais unique⁴, les membres du couple doivent remplir des conditions liées à leur volonté.

3. Le consentement

18. **Concubins.** La question du consentement est relativement difficile à penser pour les concubins, dont le consentement se matérialise, en l'absence d'engagement juridique, par le fait même de vivre ensemble. Alors que dans les autres formes de vie en couple, en particulier dans le mariage, elle est un devoir entre les membres du couple, la communauté de vie est dans le concubinage une condition d'existence. Les risques liés à un concubinage « simulé » sont en outre assez réduits puisqu'il produit bien moins d'effets que le mariage et le Pacs. Une vie commune « forcée » ou dépourvue d'intention de former véritablement un couple ne serait tout simplement pas qualifiée de concubinage et donc insusceptible de produire des effets juridiques.

1. C. civ., art. 184. Le mariage du mineur est soumis à deux conditions : la dispense d'âge et l'autorisation parentale une fois cette dispense obtenue. Il faut, sur le plan des sanctions, différencier le défaut d'âge légal, c'est-à-dire le mariage du mineur sans dispense d'âge, qui est sanctionné d'une nullité absolue, et le mariage du mineur sans autorisation parentale, qui est sanctionné d'une nullité relative pouvant être demandée par ceux dont le consentement était requis ou celui des époux qui avait besoin du consentement, dans les cinq ans à partir de ses dix-huit ans (C. civ., art. 182 et 183). Cf. *infra* n°44.
2. Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC, considérant 28 : « (...) si les dispositions de l'article 515-5 du code civil instituant des présomptions d'indivision pour les biens acquis par les partenaires du pacte civil de solidarité pourront, aux termes mêmes de la loi, être écartées par la volonté des partenaires, les autres dispositions introduites par l'article 1^{er} de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger (...); (...) les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi (...) ». L'article 1147 du Code civil dispose toutefois que l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative.
3. C. civ., art. 371-3. Il peut toutefois quitter la maison familiale avec l'autorisation de ses parents, par exemple pour suivre des études.
4. L'état de santé n'est pas une condition du mariage. La seule exigence liée à la santé était celle d'un certificat médical prénuptial attestant de divers examens (rubéole, toxoplasmose - un dépistage du VIH était proposé). L'objectif était l'information du conjoint. Mais les époux n'étaient évidemment pas tenus d'être en bonne santé ni même de communiquer les résultats de l'examen. La loi n° 2007-1787 de simplification du droit du 20 décembre 2007 a abrogé cette disposition.



Droit de la famille

La famille est une notion floue difficile à définir. Davantage que le groupe familial lui-même, le Droit de la famille appréhende les liens juridiques unissant ses membres, en particulier les liens de couple et de filiation.

La première partie de l'ouvrage est donc consacrée au couple, lequel recouvre plusieurs réalités juridiques : le mariage, le pacte civil de solidarité et le concubinage. Ces formes de vie à deux sont étudiées de manière originale puisqu'elles sont comparées, de leur formation à leur éventuelle dissolution. La seconde partie est consacrée à l'enfant. Elle traite d'abord de la filiation, c'est-à-dire du lien juridique qui unit l'enfant à ses parents, qu'il s'agisse de la filiation par procréation charnelle ou médicalement assistée, de la gestation pour autrui ou de l'adoption. Puis une étude des corollaires de la filiation (obligation d'entretien, autorité parentale, nom de famille) vient, en complément, faire le lien avec le Droit des personnes.

Cet ouvrage est destiné aux étudiants et aux professionnels. Il est à jour des évolutions fondamentales et récentes dont a fait l'objet la matière et des nombreuses questions susceptibles de la faire encore prochainement évoluer. Il intéressera donc plus largement toute personne sensible à ces questions, lesquelles touchent chacun d'entre nous. Il est illustré de nombreux schémas, tableaux et exemples qui permettent de synthétiser les règles sur le couple et l'enfant et d'en améliorer la compréhension. Il est aussi enrichi de décisions de justice et de textes permettant d'approfondir les connaissances.

Carole Petit est maître de conférences des Universités catholiques. Elle enseigne le Droit de la famille à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Lyon et est membre du Laboratoire de Recherche sur la Personne.

