

Claude Colombet

La famille

6^e édition mise à jour

024277739

34

La famille

La famille

CLAUDE COLOMBET

PROFESSEUR A LA FACULTE DE LETRES
UNIVERSITE DE LYON

1979



PRESES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

D2 1339-48007

DROIT FONDAMENTAL
COLLECTION DIRIGÉE PAR
STÉPHANE RIALS

*Professeur à l'Université
de Paris II - Panthéon-Assas*

05540 0001 10 95-JO

DROIT CIVIL

DE MÊME AUTEUR
Sommaire

La famille

CLAUDE COLOMBET

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS I
(PANTHÉON-SORBONNE)

INTRODUCTION 10

PREMIÈRE PARTIE 15

Titre premier — Le mariage 15

6^e édition mise à jour

 Chapitre 1 / Les formes du mariage 17

 Section 1 — Distinction des formes du mariage 17

 Section 2 — Caractéristiques des différentes formes du mariage 20

 Pour aller plus loin 21

 Chapitre 2 / Conditions et effets du mariage 22

 Section 1 — Les effets du mariage 22

 Section 2 — Nature du mariage 25

 Pour aller plus loin 26

 Chapitre 3 / La validité de l'acte de mariage 28

 Section 1 — Les causes de nullité du mariage 28

 Section 2 — Les effets de la nullité 31

 Section 3 — Sanctions des conditions de fond 32



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE



DL- 29 01 1999 04220

DU MÊME AUTEUR

La filiation légitime et naturelle, en collaboration avec M. Jacques Foyer, Mmes Danielle Huet-Weiller et Catherine Labrusse-Riou, Paris, Dalloz, 1^{re} éd. 1973, 2^e éd. 1977.

Propriété littéraire et artistique, Paris, Précis Dalloz, 1^{re} éd. 1976, 2^e éd. 1980, 3^e éd. 1986, 4^e éd. 1988, 5^e éd. 1990, 6^e éd. 1992, 7^e éd. 1994, 8^e éd. 1997, 9^e éd. à paraître.

Dictionnaire juridique « Divorce », en collaboration avec M. Jacques Foyer, Mmes Danielle Huet-Weiller et Catherine Labrusse-Riou, Paris, Dalloz, 1984.

Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Litec, 2^e éd. 1992.

ISBN 2 13 049796 9

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1985

6^e édition mise à jour : 1999, janvier

© Presses Universitaires de France, 1985

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



Sommaire

INTRODUCTION	13
<i>Pour aller plus loin</i>	20
PREMIÈRE PARTIE — LA CRÉATION DE LA FAMILLE	
Titre premier — Le couple dans l'institution : le mariage	25
Chapitre 1 / Les fiançailles	27
Section I - Dénégation du caractère contractuel des fiançailles	27
Section II - Reconnaissance des conséquences juridiques des fiançailles.....	28
<i>Pour aller plus loin</i>	31
Chapitre 2 / Caractères et nature du mariage	33
Section I - Les caractères du mariage	33
Section II - Nature du mariage	35
<i>Pour aller plus loin</i>	36
Chapitre 3 / La validité de l'acte de mariage	39
Section I - Les conditions de fond du mariage	39
Section II - Les conditions de forme du mariage.....	54
Section III - Sanctions de l'inobservation des conditions du mariage	57
Section IV - La preuve du mariage	73
<i>Pour aller plus loin</i>	74

Chapitre 4 / La structure de l'état de mariage	77
Section I - Les rapports d'ordre personnel entre époux.....	77
Section II - Les règles relatives à la gestion du ménage.....	86
<i>Pour aller plus loin</i>	94
Titre II — Le couple hors de l'institution : l'union libre	97
Chapitre 1 / Les rapports des concubins entre eux	99
Section I - Les libéralités entre concubins	99
Section II - La rupture entre concubins	101
Section III - La liquidation des rapports pécuniaires entre concubins	102
<i>Pour aller plus loin</i>	104
Chapitre 2 / Les rapports des concubins avec les tiers	107
Section I - L'union libre invoquée par des tiers	107
Section III - L'union libre invoquée contre des tiers	108
<i>Pour aller plus loin</i>	110

DEUXIÈME PARTIE — LE DÉVELOPPEMENT DE LA FAMILLE

Titre premier — Les filiations par le sang	115
Chapitre 1 / Les règles communes aux filiations légitime et naturelle	127
Section I - Les présomptions en matière de filiation.....	127
Section II - Les actions en justice relatives à la filiation	138
<i>Pour aller plus loin</i>	143
Chapitre 2 / Les règles propres à la filiation légitime	147
Section I - La filiation paternelle : la présomption de paternité	147
Section II - La filiation maternelle	169
<i>Pour aller plus loin</i>	176
Chapitre 3 / Les règles propres à la filiation naturelle	179
Section I - Les modes d'établissement de la filiation naturelle	179
Section II - La condition juridique de l'enfant naturel	196
<i>Pour aller plus loin</i>	213

Titre II — La filiation artificielle : l'adoption	217
Chapitre 1 / L'adoption plénière	221
Section I - Les conditions de l'adoption plénière	221
Section II - La procédure de l'adoption plénière	230
Section III - Les effets de l'adoption plénière	233
<i>Pour aller plus loin.</i>	235
Chapitre 2 / L'adoption simple	237
Section I - Conditions et procédure de l'adoption simple	237
Section II - Les effets de l'adoption simple	239
<i>Pour aller plus loin.</i>	243
 TROISIÈME PARTIE — L'ORGANISATION DE LA FAMILLE	
Titre premier — L'obligation alimentaire	247
Chapitre 1 / Détermination de l'obligation alimentaire	249
Section I - Les sujets de l'obligation alimentaire	249
Section II - L'objet de l'obligation alimentaire	254
<i>Pour aller plus loin.</i>	255
Chapitre 2 / L'exécution de l'obligation alimentaire	257
Section I - Les modalités d'exécution de l'obligation alimentaire	257
Section II - Les sanctions de l'obligation alimentaire	258
Section III - Les caractères généraux de l'obligation alimentaire	261
<i>Pour aller plus loin.</i>	264
Titre II — L'autorité parentale	265
Chapitre 1 / La fonction d'autorité parentale	267
Section I - Les attributs de l'autorité parentale	267
Section II - L'exercice de l'autorité parentale	273
<i>Pour aller plus loin.</i>	281

Chapitre 2 / Les limitations à la fonction d'autorité parentale...	285
Section I - La limitation à l'exercice de l'autorité parentale : l'assistance éducative.....	285
Section II - Les limitations à la jouissance de l'autorité parentale : délégation de l'autorité parentale	293
<i>Pour aller plus loin</i>	299

QUATRIÈME PARTIE — LA DÉSAGRÉGATION DE LA FAMILLE

Titre premier — Le divorce	303
---	-----

Chapitre 1 / Les conditions du divorce	307
Section I - Les cas de divorce	307
Section II - Les fins de non-recevoir	326
<i>Pour aller plus loin</i>	331

Chapitre 2 / La procédure du divorce.....	335
Section I - L'action en divorce	335
Section II - La demande en divorce.....	340
Section III - L'instance.....	342
Section IV - Les mesures provisoires.....	348
Section V - Le jugement.....	351
<i>Pour aller plus loin</i>	353

Chapitre 3 / Les effets du divorce	355
Section I - Les effets entre époux	355
Section II - Les effets à l'égard des enfants	369
<i>Pour aller plus loin</i>	375

Titre II — La séparation de corps	377
--	-----

Chapitre 1 / Les effets de la séparation de corps.....	379
Section I - Les effets dans les rapports personnels entre époux	379
Section II - Les effets dans les rapports entre époux quant aux biens	381
<i>Pour aller plus loin</i>	382

Chapitre 2 / La cessation de la séparation de corps	383
Section I - La réconciliation	383
Section II - La conversion en divorce	384
<i>Pour aller plus loin</i>	386
Titre III — La séparation de fait	389
Chapitre unique : Le régime juridique de la séparation de fait ...	391
Section I - La séparation de fait non organisée	391
Section II - La séparation de fait organisée par la convention des époux ou par le juge	393
<i>Pour aller plus loin</i>	394
Index des matières	395

Annexes	Annexes
Annexe 1	Annexe 1
Annexe 2	Annexe 2
Annexe 3	Annexe 3
Annexe 4	Annexe 4
Annexe 5	Annexe 5
Annexe 6	Annexe 6
Annexe 7	Annexe 7
Annexe 8	Annexe 8
Annexe 9	Annexe 9
Annexe 10	Annexe 10
Annexe 11	Annexe 11
Annexe 12	Annexe 12
Annexe 13	Annexe 13
Annexe 14	Annexe 14
Annexe 15	Annexe 15
Annexe 16	Annexe 16
Annexe 17	Annexe 17
Annexe 18	Annexe 18
Annexe 19	Annexe 19
Annexe 20	Annexe 20
Annexe 21	Annexe 21
Annexe 22	Annexe 22
Annexe 23	Annexe 23
Annexe 24	Annexe 24
Annexe 25	Annexe 25
Annexe 26	Annexe 26
Annexe 27	Annexe 27
Annexe 28	Annexe 28
Annexe 29	Annexe 29
Annexe 30	Annexe 30
Annexe 31	Annexe 31
Annexe 32	Annexe 32
Annexe 33	Annexe 33
Annexe 34	Annexe 34
Annexe 35	Annexe 35
Annexe 36	Annexe 36
Annexe 37	Annexe 37
Annexe 38	Annexe 38
Annexe 39	Annexe 39
Annexe 40	Annexe 40
Annexe 41	Annexe 41
Annexe 42	Annexe 42
Annexe 43	Annexe 43
Annexe 44	Annexe 44
Annexe 45	Annexe 45
Annexe 46	Annexe 46
Annexe 47	Annexe 47
Annexe 48	Annexe 48
Annexe 49	Annexe 49
Annexe 50	Annexe 50
Annexe 51	Annexe 51
Annexe 52	Annexe 52
Annexe 53	Annexe 53
Annexe 54	Annexe 54
Annexe 55	Annexe 55
Annexe 56	Annexe 56
Annexe 57	Annexe 57
Annexe 58	Annexe 58
Annexe 59	Annexe 59
Annexe 60	Annexe 60
Annexe 61	Annexe 61
Annexe 62	Annexe 62
Annexe 63	Annexe 63
Annexe 64	Annexe 64
Annexe 65	Annexe 65
Annexe 66	Annexe 66
Annexe 67	Annexe 67
Annexe 68	Annexe 68
Annexe 69	Annexe 69
Annexe 70	Annexe 70
Annexe 71	Annexe 71
Annexe 72	Annexe 72
Annexe 73	Annexe 73
Annexe 74	Annexe 74
Annexe 75	Annexe 75
Annexe 76	Annexe 76
Annexe 77	Annexe 77
Annexe 78	Annexe 78
Annexe 79	Annexe 79
Annexe 80	Annexe 80
Annexe 81	Annexe 81
Annexe 82	Annexe 82
Annexe 83	Annexe 83
Annexe 84	Annexe 84
Annexe 85	Annexe 85
Annexe 86	Annexe 86
Annexe 87	Annexe 87
Annexe 88	Annexe 88
Annexe 89	Annexe 89
Annexe 90	Annexe 90
Annexe 91	Annexe 91
Annexe 92	Annexe 92
Annexe 93	Annexe 93
Annexe 94	Annexe 94
Annexe 95	Annexe 95
Annexe 96	Annexe 96
Annexe 97	Annexe 97
Annexe 98	Annexe 98
Annexe 99	Annexe 99
Annexe 100	Annexe 100



1	2	3
182	183	184
185	186	187
188	189	190
191	192	193
194	195	196
197	198	199
200	201	202
203	204	205
206	207	208
209	210	211
212	213	214
215	216	217
218	219	220
221	222	223
224	225	226
227	228	229
230	231	232
233	234	235
236	237	238
239	240	241
242	243	244
245	246	247
248	249	250
251	252	253
254	255	256
257	258	259
260	261	262
263	264	265
266	267	268
269	270	271
272	273	274
275	276	277
278	279	280
281	282	283
284	285	286
287	288	289
290	291	292
293	294	295
296	297	298
299	300	301
302	303	304
305	306	307
308	309	310
311	312	313
314	315	316
317	318	319
320	321	322
323	324	325
326	327	328
329	330	331
332	333	334
335	336	337
338	339	340
341	342	343
344	345	346
347	348	349
350	351	352
353	354	355
356	357	358
359	360	361
362	363	364
365	366	367
368	369	370
371	372	373
374	375	376
377	378	379
380	381	382
383	384	385
386	387	388
389	390	391
392	393	394
395	396	397
398	399	400
401	402	403
404	405	406
407	408	409
410	411	412
413	414	415
416	417	418
419	420	421
422	423	424
425	426	427
428	429	430
431	432	433
434	435	436
437	438	439
440	441	442
443	444	445
446	447	448
449	450	451
452	453	454
455	456	457
458	459	460
461	462	463
464	465	466
467	468	469
470	471	472
473	474	475
476	477	478
479	480	481
482	483	484
485	486	487
488	489	490
491	492	493
494	495	496
497	498	499
500	501	502
503	504	505
506	507	508
509	510	511
512	513	514
515	516	517
518	519	520
521	522	523
524	525	526
527	528	529
530	531	532
533	534	535
536	537	538
539	540	541
542	543	544
545	546	547
548	549	550
551	552	553
554	555	556
557	558	559
560	561	562
563	564	565
566	567	568
569	570	571
572	573	574
575	576	577
578	579	580
581	582	583
584	585	586
587	588	589
590	591	592
593	594	595
596	597	598
599	600	601
602	603	604
605	606	607
608	609	610
611	612	613
614	615	616
617	618	619
620	621	622
623	624	625
626	627	628
629	630	631
632	633	634
635	636	637
638	639	640
641	642	643
644	645	646
647	648	649
650	651	652
653	654	655
656	657	658
659	660	661
662	663	664
665	666	667
668	669	670
671	672	673
674	675	676
677	678	679
680	681	682
683	684	685
686	687	688
689	690	691
692	693	694
695	696	697
698	699	700
701	702	703
704	705	706
707	708	709
710	711	712
713	714	715
716	717	718
719	720	721
722	723	724
725	726	727
728	729	730
731	732	733
734	735	736
737	738	739
740	741	742
743	744	745
746	747	748
749	750	751
752	753	754
755	756	757
758	759	760
761	762	763
764	765	766
767	768	769
770	771	772
773	774	775
776	777	778
779	780	781
782	783	784
785	786	787
788	789	790
791	792	793
794	795	796
797	798	799
800	801	802
803	804	805
806	807	808
809	810	811
812	813	814
815	816	817
818	819	820
821	822	823
824	825	826
827	828	829
830	831	832
833	834	835
836	837	838
839	840	841
842	843	844
845	846	847
848	849	850
851	852	853
854	855	856
857	858	859
860	861	862
863	864	865
866	867	868
869	870	871
872	873	874
875	876	877
878	879	880
881	882	883
884	885	886
887	888	889
890	891	892
893	894	895
896	897	898
899	900	901
902	903	904
905	906	907
908	909	910
911	912	913
914	915	916
917	918	919
920	921	922
923	924	925
926	927	928
929	930	931
932	933	934
935	936	937
938	939	940
941	942	943
944	945	946
947	948	949
950	951	952
953	954	955
956	957	958
959	960	961
962	963	964
965	966	967
968	969	970
971	972	973
974	975	976
977	978	979
980	981	982
983	984	985
986	987	988
989	990	991
992	993	994
995	996	997
998	999	1000



TABLEAU DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
APD	<i>Archives de Philosophie du droit</i>
art.	article
Ass. plén.	arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin criminel de la Cour de cassation</i>
C.	Code
CC	Code civil
C. com.	Code de commerce
CGI	Code général des impôts
CE	arrêt du Conseil d'État
Ch. mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Civ.	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Com.	arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	conclusions
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
Crim.	arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. Sécur. soc.	Code de la Sécurité sociale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DA	<i>Recueil analytique Dalloz</i>
DC	<i>Recueil critique Dalloz</i>
Deffrénois	<i>Répertoire du notariat Deffrénois</i>
DH	<i>Recueil hebdomadaire Dalloz</i>
DP	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
doct.	doctrine
éd.	édition
GP	<i>Gazette du Palais</i>
ibid.	au même endroit
inf. rap.	informations rapides
infra	ci-dessous
JAF	juge aux affaires familiales

<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JCP éd. not.</i>	<i>Juris-classeur périodique, édition notariale</i>
<i>Jur.-cl. civ.</i>	<i>Juris-classeur de droit civil</i>
<i>loc. cit.</i>	à l'endroit précité
<i>n.</i>	note
<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
<i>obs.</i>	observations
<i>op. cit.</i>	ouvrage précité
<i>p.</i>	page
<i>§</i>	paragraphe
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit civil</i>
<i>Req.</i>	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. dr. internat.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>privé</i>	
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDSS</i>	<i>Revue trimestrielle de droit sanitaire et social</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
<i>Soc.</i>	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>somm.</i>	sommaires
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>t.</i>	tome
<i>TGI</i>	tribunal de grande instance
<i>th.</i>	thèse
<i>Trav. Capitant</i>	<i>Travaux de l'Association Henri-Capitant</i>
<i>trib.</i>	tribunal
<i>trib. civ.</i>	tribunal civil (ou tribunal de grande instance)
<i>trib. inst.</i>	tribunal d'instance
<i>v.</i>	voir
<i>vo</i>	verbo (au mot)



Introduction

1 FAMILLE ET DROIT. — La famille ne se passe pas de droit ; mieux même elle en abonde : il suffit d'observer qu'aucun des faits naturels qui l'intéressent n'échappe à la règle juridique, et particulièrement au droit civil ; l'acte fondateur de la famille légitime — le mariage, encore aujourd'hui majoritaire, mais pour combien de temps ? — est enserré dans un carcan de conditions et d'effets, où la volonté de chacun n'a théoriquement aucun rôle ; veut-on échapper à l'acte traditionnel et fonder tout de même une famille — naturelle — que le droit s'empare de cette situation : si la forme en est absente lors de sa création, les effets qu'elle produit sont peu à peu, par le juge — sauf quant aux enfants —, non par la loi, mais peu importe cette différence normative, appréhendés et réglés ; si cette famille se développe, le lien naturel de filiation est strictement régi par la règle légale quant à ses conditions d'établissement, ses effets et son éventuelle destruction, de même que l'est *a fortiori* le lien légitime, considéré à toute époque comme socialement préférable ; à défaut d'un développement de la famille par les liens du sang, l'imitation — l'adoption — est aussi saisie par la règle juridique ; les rapports des parents et enfants donnent lieu à un véritable statut, dit d'autorité parentale, où droits et devoirs réciproques s'entremêlent ; l'un des membres de la famille — époux, descendants, ascendants, proches alliés — vient-il à crier famine, le droit va dire qui lui doit secours et même combien sera dû ; enfin, si l'accord de l'homme et de la femme, sans lequel il n'y aurait pas

famille au sens traditionnel, vient à se rompre, c'est encore et toujours le droit qui dira pourquoi et comment ce qui avait été agrégé sera désagrégé – divorce, séparation de corps ou de fait – conséquences diverses d'une union libre seront l'objet de règles juridiques.

Mais la famille, pour autant, ne relève pas que du droit.

2 FAMILLE, SOCIOLOGIE, BIOLOGIE. — La famille, en tant que réunion d'êtres humains, paraît relever tout autant de la sociologie ou de la biologie que du droit.

Quant à la sociologie, indispensable pour la compréhension des phénomènes formateurs ou destructeurs des liens familiaux, son apport essentiel a été de montrer que l'évolution tend à un rétrécissement de la famille ; au modèle de l'ancien droit – une famille tribale groupant toutes les personnes ayant un ancêtre commun – succède un modèle plus réduit – groupement des parents et de leurs enfants, avec parfois la présence des grands-parents – puis, dans certains cas, un modèle rétréci – dit monoparental –, réunion d'un seul parent avec son enfant, résultant d'une reconnaissance ou d'une adoption ; ainsi, il n'y a pas un type de famille, mais des variétés qui emportent avec elles des sous-catégories – parents et enfants mineurs seulement, parents et enfants même majeurs, si ces derniers sont encore dans le besoin – ; ces enseignements de la sociologie inclinent le droit à la modestie : il serait vain de vouloir cerner juridiquement les contours d'une institution trop évolutive dont il serait périlleux de prévoir la forme dominante qu'elle prendra demain ; il en résulte l'impossibilité de donner à la famille la personnalité morale, d'en former une entité distincte du groupement d'individualités qu'elle réunit : l'idée avait pourtant été soutenue afin de donner plus de force et de cohésion à la famille, mais, à la réflexion, cette innovation s'avérerait d'ailleurs inutile, n'entraînant pas une plus grande solidarité.

Quant à la biologie, dont les progrès ont permis, grâce aux analyses sanguines et aux systèmes de marqueurs génétiques, d'établir la vérité scientifique quant à la paternité – positivement ou négativement – d'un individu, elle incite le droit à s'interroger, ainsi qu'il a été dit, « Sur la responsabilité qu'il convient d'attacher à la conception d'un enfant... ; s'il est vrai que la paternité ne se résume pas dans la transmission des chromosomes, la vérité biologique est-

elle toujours bonne à dire ? »¹ ; la vérité affective ne saurait être négligée : c'est dire que le droit de la famille ne peut davantage ignorer les enseignements de la psychologie ou de la pédopsychiatrie ; cette pluridisciplinarité, qui est irremplaçable pour l'appréhension totale du phénomène familial, n'est pas moins utile lorsqu'il s'agit de déterminer les rôles fort divers de la famille : aux sciences déjà citées, s'ajouteront alors l'économie, ou la démographie, par exemple. Les évolutions de la biologie, notamment la création de techniques de procréation artificielle, incitent aussi à s'interroger sur l'éventuelle nécessité de réformer l'ensemble du droit de la filiation² (mais voir la loi du 29 juillet 1994, *infra*, § 85 et s.).

3 LES RÔLES DE LA FAMILLE. — La famille, mais selon sa géométrie propre, qui est variable, a un rôle économique, politique, social et moral.

Économiquement, il est classique d'observer que si la famille n'est plus, comme autrefois, le groupement économique, replié sur lui-même, producteur et consommateur de biens — sauf dans le cas de l'entreprise agricole familiale — la famille est cependant nécessaire à l'économie générale du pays, les biens de la famille s'accroissant par l'épargne, souvent au profit des descendants, d'où l'importance du développement familial ; de là se déduit aussi le rôle politique de la famille.

Politiquement, le phénomène de la natalité est lié, la preuve en a été apportée, à une structure solide de la famille, ce qui implique la nécessité de l'intervention de l'État, non seulement en droit civil pur, mais aussi en des domaines aussi divers que la santé publique, la fiscalité ou l'enseignement, afin que, démographiquement, l'État ne soit pas en situation dangereuse ; il y aurait d'ailleurs un autre péril, mais social, à une dégénérescence de la famille.

Socialement, c'est un lieu commun que d'affirmer que des sociétés sans famille, c'est-à-dire sans lien juridique entre père, mère et enfants, seraient vouées soit à l'anarchie, soit à une emprise de l'État incompatible avec les libertés individuelles, avec le respect des

1. C. Labrusse-Riou, Préface à *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, *Economica*, 1982, p. 4 et 5.

2. Cf. *infra*, § 84 et 85.

individus ; ce dernier contient aussi inévitablement une recherche des meilleures conditions de vie, ce qui prouve enfin l'importance morale de la famille.

Moralement, la famille est un refuge : en permettant qu'existe un corps intermédiaire entre l'individu et l'État, corps rassurant parce qu'en principe protecteur, la famille contribue ou du moins tente de contribuer à l'épanouissement des êtres : d'où sa valeur affective essentielle, sa fonction de réalisation du droit au bonheur ; le droit doit en tenir compte : ainsi s'expliquent les tendances de la législation récente, orientée vers l'individualisme et le libéralisme, la famille ne devant pas être un monstre froid, mais une structure de solidarité. L'accélération de ces orientations influe sur les caractères principaux du droit de la famille.

4 LES CARACTÈRES PRINCIPAUX DU DROIT DE LA FAMILLE. —

S'il faut tenter de déterminer les traits caractéristiques fondamentaux de ce droit très spécifique, on proposera d'en retenir trois : il s'agit d'un droit internormatif, d'un droit mouvant, d'un droit impératif.

Dire que le droit de la famille est internormatif le situe à un carrefour, plus exactement le soumet à un concert d'influences : celle de la religion, de la morale, des mœurs.

L'influence de la religion a été autrefois plus forte qu'elle ne l'est aujourd'hui : le droit de la famille, sous l'Ancien Régime, était fait de règles religieuses – droit canonique – : ce droit est aujourd'hui laïcisé, mais les préceptes religieux l'imprègnent encore et impressionnent soit le législateur – le divorce en 1884, par exemple –, soit le juge amené à prendre parfois en compte les conceptions religieuses des personnes – ainsi pour l'éducation religieuse des enfants.

L'impact de la morale est plus évident, non seulement parce que certaines règles du Code civil sont plus des règles de morale que de droit (selon l'article 371, l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère), mais aussi parce que le droit de la famille est fortement teinté de morale (en témoigne, par exemple, l'obligation alimentaire qui reflète le devoir moral de subvenir aux besoins de ses proches) ; l'incidence de la morale sexuelle est toutefois en déclin : le droit, autrefois plus rigoriste, affiche aujourd'hui à cet égard une neutralité qui se traduit par la dépénalisation de

l'adultère (1975) ou l'égalité de principe des enfants légitimes et naturels quant à leurs droits (1972) : autrement dit, l'ordre moral s'estompe, sans aller jusqu'à la démoralisation, au sens propre ; l'existence de certaines dispositions récentes est là pour prouver l'influence persistante de la morale : si le divorce pour rupture de la vie commune peut être rejeté en cas d'exceptionnelle dureté pour le conjoint défendeur ou pour les enfants, c'est que le droit ne veut pas consacrer des situations moralement inadmissibles ; ainsi, le juge pourra réintroduire une coloration morale dans l'appréciation de règles qui semblent *a priori* s'être désengagées de cette norme.

A la lisière de la norme et du pur fait, les mœurs – habitudes de vie qui sont fonction d'opinions – ne peuvent laisser le droit indifférent ; ce dernier doit bien tenir compte du fait qu'il y a, en plus d'un certain déclin du mariage, un retard certain à l'union solennelle – on se marie moins jeune qu'autrefois ; il ne peut ignorer qu'est perçue avec moins de sévérité que naguère l'adultère, ou que la société ne veut plus voir l'enfant naturel comme ayant une condition inférieure à celle de l'enfant légitime ni l'enfant adultérin comme un paria ; le droit doit s'incliner devant des évolutions irrésistibles, et traduire cette influence des mœurs par des règles nouvelles, qui d'ailleurs, inévitablement, ne seront pas du goût de tous : l'amointrissement de l'autorité dans la famille, liée à la disparition de la notion de chef (1970), le développement du divorce (1975) peuvent être des facteurs d'instabilité ; mais le mouvement est irréversible, et le droit ne peut prendre le risque de l'immobilisme sous peine de ne plus être respecté. L'influence est cependant réciproque, et le droit peut agir sur les mœurs, sous condition de respecter le pluralisme des opinions et de bien situer la frontière du permis et du répréhensible : c'est ce que le droit civil de la famille tente de réaliser ; mais il lui faut nécessairement, pour que la coexistence droit-mœurs soit réussie, être particulièrement nuancé, ce qui implique non seulement d'adopter souvent des règles dénuées de rigidité, afin d'en permettre une meilleure adaptation à la diversité des situations de fait, mais aussi de recourir à des concepts qui laisseront une large marge d'appréciation au juge chargé de les appliquer (intérêt de la famille, intérêt de l'enfant, par exemple).

Affirmer que le droit de la famille est un droit mouvant est aisé à vérifier ; sa mobilité a été fonction des influences qu'il a subies,

notamment dans les perspectives individualistes ou socialistes ; la famille, au cours du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle, a vu sa force décliner, avec principalement une augmentation du nombre des divorces et une diminution de la natalité ; après des réformes ponctuelles, surtout d'ordre administratif et financier pour favoriser les ménages légitimes ayant des enfants (exemple, le décret-loi du 29 juillet 1939), le législateur a cru bon de remodeler complètement le droit de la famille, ce qui fut fait par toute une série de textes étendus sur une dizaine d'années ; pour ne nous préoccuper que de ce qui concerne l'objet de ce précis, on citera la loi du 11 juillet 1966 sur l'adoption, la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce ; si l'on tentait de regrouper tout ce qui a trait au droit des personnes et de la famille – extra-patrimonial et patrimonial –, il conviendrait d'ajouter la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle des mineurs, celle du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux, celle du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs, celle du 5 juillet 1974 sur la majorité civile ; la loi du 22 juillet 1987 sur l'autorité parentale, la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales ; la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (spécialement en ce qui concerne la procréation médicalement assistée) (cf. art. 311-19 et 311-20 du Code civil) ; la loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption. Ces réformes profondes ont ainsi renouvelé un vaste domaine du Code civil, afin d'en faire un droit adapté à son époque ; le nouveau visage de la famille a en effet contraint le droit à tirer toutes les conséquences du principe d'égalité des personnes, pourtant affirmé dès 1789, mais resté jusqu'à ces dernières années quasi-lettre morte dans notre droit familial ; ainsi, l'égalité de l'homme et de la femme devait entraîner le remplacement de l'antique « puissance paternelle » par une plus moderne « autorité parentale » (et se traduire aussi par de plus grands pouvoirs accordés à la femme dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux), l'égalité des enfants par l'attribution des mêmes droits et des mêmes devoirs à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime (et une amélioration sensible, au plan successoral, de la situation des enfants adultérins) ; par ailleurs, l'idée d'échec du couple a remplacé, partiellement, celle de sanction d'une faute dans

le droit du divorce ; l'ensemble de ces réformes tend à donner au droit de la famille un aspect plus juste et à la famille un aspect plus volontariste ; la plus grande fragilité du modèle en est la conséquence¹, mais elle était inévitable, sous peine de perpétuer un type de famille désaccordé avec les sensibilités de notre temps.

Enfin, souligner que le droit de la famille est un droit impératif résulte déjà du principe expressément affirmé par l'article 1388 du Code civil aux termes duquel « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle » ; cela découle aussi du fait que toutes les règles relatives à la filiation sont d'ordre public, ou qu'aucun type de divorce autre que ceux réglés par la loi (par exemple un divorce par simple répudiation unilatérale sans contrôle judiciaire) ne peut être admis ; il est certain cependant que l'affirmation doit être nuancée et qu'il y a un réel réel de l'ordre public familial : le rôle de la volonté – donc des conventions – s'accroît, faisant faiblir la généralité du caractère impératif du droit de la famille ; dans des domaines divers – la modification du régime matrimonial primitif, les pactes relatifs à l'éducation des enfants, le divorce par consentement mutuel et la convention réglant toutes les conséquences de la désunion qu'il contient nécessairement – le droit laisse plus de place qu'autrefois à la possibilité de suppléer, par l'initiative privée, le modèle unique et rigide prévu par la loi ; on relèvera cependant que cette volonté privée est encore sévèrement encadrée : le juge est appelé à intervenir et remplace, par son contrôle *a posteriori*, le contrôle *a priori* de la loi ; c'est dire qu'avec des nuances et une frontière plus imprécise qu'en 1804, le droit de la famille est encore très largement impératif ; mais si la famille veut encore, à l'approche et à l'avènement de l'an 2000, remplir tous ses rôles, ne fallait-il pas lui imprimer un cadre relativement intangible, afin que l'homme puisse, ainsi qu'il a été si bien dit, donner « par cet établissement comme une nouvelle face à la vie humaine »² ?

1. Cf. sur ce point E. de Lagrange, La crise de la famille : le législateur et le juge, *Mélanges Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 353 et s.

2. Burlamaqui, *Principes de droit naturel*, Paris, 1791, p. 45.

Pour aller plus loin

5 En ce qui concerne les ouvrages généraux – plus ou moins détaillés – relatifs au droit de la famille, on consultera : A. Bénabent, *Droit de la famille*, Éd. techniques, 6^e éd., 1994 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2 : *La famille, les incapacités*, PUF, « Thémis », 16^e éd., 1993 ; J. Chevalier et L. Bach, 11^e éd., 1993 ; G. Cornu, *Droit civil, la famille*, Éd. Montchrestien, 5^e éd., 1996 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Droit civil*, « La famille, fondation et vie de la famille », LGDJ, 2^e éd., 1993 ; des mêmes auteurs, *Droit civil, la famille, dissolution de la famille*, 1991 ; C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille*, I : *Les personnes*, Éd. Masson, 1984 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *La famille*, par Ph. Malaurie, Cujas, 5^e éd., 1995 ; Ph. Malaurie, *Droit de la famille*, Les Cours de droit, 1978-1979, Éd. Montchrestien ; H.-L. et J. Mazeaud et M. de Juglart, *Leçons de droit civil, les personnes*, Éd. Montchrestien, 7^e éd., 1986 par François Chabas, 8^e éd., par L. Leveneur ; Marty et Raynaud, *Droit civil, les personnes*, Éd. Sirey, 3^e éd., 1976 ; P. Nicoleau, *Droit de la famille*, coll. « Ellipses », 1995 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, Précis Dalloz, 6^e éd., 1996 ; mais voir aussi la 5^e édition (« Weill et Terré », 1983, mise à jour 1993).

Les principales revues sont, pour le droit, la *Revue trimestrielle de droit civil* (citée *RTD civ.*), la *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* (citée *RTDSS*), la revue *Sauvegarde de l'enfance*, le *Répertoire du notariat Deffrénois* (cité *Deffrénois*) et, pour les aspects non juridiques, la revue *Population* (sociologie et démographie).

Sur les aspects sociologiques, il faut se reporter :

1^o Aux ouvrages suivants : J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 6^e éd., 1988, 7^e éd., 1992 (où l'immense culture de l'auteur lui permet d'aborder beaucoup d'autres domaines que celui de la sociologie) ; A. Michel, *Sociologie de la famille et du mariage*, PUF, 1972 ; Ségalen, *Sociologie de la famille*, A. Colin, 1981 ; Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Éd. du Seuil, 1977 ; L. Roussel, *La famille incertaine*, Éditions Odile Jacob, 1989. Cf. aussi F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, *RTD civ.*, 1995, p. 249 et s.

2^o Aux articles ci-dessous énoncés :

Arnaud, « La famille-cocon », aspects sociologiques du nouveau droit de la famille, *L'Année sociologique*, vol. 27, 1976, p. 83.

Michel, Les aspects sociologiques de la notion de famille dans la législation française, *L'Année sociologique*, 1960, p. 79 ; du même auteur, Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines, *APD*, t. 20, 1975, p. 127 s.

Sur les aspects biologiques, on consultera essentiellement : R. Nerson, Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial, *Mélanges Ripert*, t. 1, 1950, p. 402 ; du même auteur, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, *RTD civ.*, 1970, p. 661 ; R. Savatier, Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie, *D.*, 1948, chr. 53 ; sur les aspects biologiques, ajouter l'article prémonitoire et pénétrant de H. Desbois, in *Journées juridiques, Société de droit comparé* ; plus spécialement, tenant compte des découvertes les plus récentes quant à la filiation, *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, *Economica*, 1982. Cf. aussi H. Lecuyer, Le devenir de la codification du droit de la famille, *Droit de la famille*, n^o 6, juin 1997, p. 6 et s.

Sur les rôles de la famille, on lira l'ouvrage fondamental de Lacroix, *Force et faiblesse de la famille*, 1949 ; spécialement, au plan moral, l'article de M. du Pontavice, *Droit de la famille et droit au bonheur*, *Mélanges Voirin*, 1970, p. 678 et s. ; il est vrai que cette fonction morale a été vigoureusement contestée, notamment par le courant freudomarxiste (cf. W. Reich, *La révolution sexuelle*, Plon, 1968) ; cet auteur décrit la famille comme une structure autoritaire, sexuellement mutilante ; le mariage y est présenté comme « source des contradictions de la vie sexuelle », et la famille comme « un appareil d'éducation destiné à rendre l'individu craintif devant l'autorité » ; l'outrance des propos a beaucoup affaibli la portée de cette thèse.

Sur les caractères du droit de la famille, cf., en général, H. Batiffol, *Existence et spécificité du droit de la famille*, *APD*, t. 20, p. 75 s. ; relativement à son caractère internormatif, et spécialement sur l'influence de la religion, cf. Naquet, *Religion, propriété, famille*, Paris, 1877 ; plus généralement, sur les diverses influences que ce droit peut subir, R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963 ; par divers auteurs, *Renouveau des idées sur la famille*, PUF, 1954 ; sur l'incidence de ces caractères sur sa spécificité, H. Gaudemet-Tallon, *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*, *RTD civ.*, 1981, p. 719 s. ; C. Labrusse-Riou, *Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille*, *Mélanges Rodière*, 1982, p. 151 s. ; R. Théry, *L'intérêt de la famille*, *JCP*, 1972, I, 2485 ; E. du Pontavice, *L'autonomie du droit de la famille*, *Annales Faculté de droit de Sceaux*, 1974.

Relativement au caractère mouvant de ce droit, et spécialement aux lois contemporaines intéressant la famille, on lira avec profit : G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours de doctorat, Les Cours de droit, 1970-1971, et de J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Éd. Defrénois, 1979, où, à l'analyse des diverses lois ayant bouleversé le droit civil depuis 1964, spécialement quant à leur philosophie et à leur portée, succèdent de nombreuses réflexions sur l'art de légiférer, ses bonheurs et ses malheurs ; on peut aussi se reporter à l'article de Mme M. T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et la loi au sortir du XX^e siècle*, *Journal des tribunaux*, numéro du Centenaire, 1982, et au « Que sais-je ? » de M. Christian Atias, *Le droit civil*, PUF, 5^e éd., 1996, spécialement p. 20 et s., où l'auteur fait observer que « les nouveaux textes devaient offrir un régime juridique à chaque comportement dont il avait été constaté qu'il était pratiqué sans provoquer de réaction sociale de rejet » ; cf. J. Hilaire, *Le droit de la famille*, in *Le droit de la famille en Europe*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 3 et s. ; cf. également, pour une synthèse, J. Rubellin-Devichi, *L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945*, Éd. du CNRS, 1983 ; une autre remarquable synthèse, déduite d'une fine analyse, de tous ces éléments d'évolution est présentée par M. Edmond Bertrand, dans *L'esprit nouveau des lois civiles*, *Economica*, 1984 ; on y lira spécialement l'introduction, où est bien soulignée l'infiltration de la puissance publique dans la vie privée (p. 5 et s.), et le chapitre consacré à la famille (p. 49 et s.) où l'auteur montre que « dans le Code civil, la famille apparaissait quelquefois à travers le droit patrimonial et par la multiplicité des liens individuels entre membres d'une même famille ; de nos jours, ce sont les aspects moraux et collectifs qui ont la plus grande importance, même s'ils sont principalement limités à une famille réduite au ménage et aux enfants ». On lira aussi, en introduction historique, R. Szmakiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Connaissance du droit, Dalloz, 1995.

Par ailleurs, puisque le droit de la famille n'est pas uniquement du droit civil, mais touche au droit pénal, au droit public, au droit social, au droit médical, etc., on lira le recueil d'articles intitulé *Le droit non civil de la famille*, diffusion PUF, 1983, préface de J. Carbonnier ; plus spécialement, en ce qui a trait au droit pénal, cf. Couvrat, *Le droit pénal et la famille*, *Rev. science crim.*, 1969, p. 807 ; G. Levasseur, *Les transformations du*

droit pénal concernant la vie familiale, *APD*, t. 20, p. 57 ; en ce qui concerne le droit social, on se reportera au Précis Dalloz de *Sécurité sociale*, par J. -J. Dupeyroux, 12^e éd., 1992 ; en ce qui relève du droit constitutionnel et du droit administratif, cf. Ardant, La famille et le juge administratif, *Mélanges Savatier*, 1965, p. 23 ; Boulouis, Famille et droit constitutionnel, *Mélanges Kayser*, 1979, p. 147 ; Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.*, 1982, 245.

Enfin, il faut tenir compte de l'importante loi du 8 janvier 1993 (*JO* du 9 janvier 1993) (cf. à son sujet rapport de Mme Denise Cacheux à l'Assemblée nationale, document n° 2602, 7 avril 1992, et rapport M. Luc Dejoie au Sénat, document n° 174, PV séance 22 décembre 1992) qui rédige de la manière suivante l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire : « Un juge du tribunal de grande instance est délégué aux affaires familiales. Il connaît :

« 1° Du divorce, de la séparation de corps, ainsi que de leurs conséquences dans les cas et conditions prévus aux chapitres III et IV du titre VI du livre I^{er} du Code civil.

« 2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale, à la modification du nom de l'enfant naturel et aux prénoms.

« Il peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance au sein de laquelle il siège et qui statue comme juge aux affaires familiales. Les décisions relatives à la composition de la formation de jugement sont des mesures d'administration judiciaire non susceptibles de recours » (art. 50-11 de la loi du 8 janvier 1993).

Par ailleurs, selon l'article L. 311-10 dudit Code de l'organisation judiciaire, l'article 50 de la loi du 8 janvier 1993 dispose, modifiant cet article 311-10, que les mots « au divorce et à la séparation de corps » sont remplacés par les mots « aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales » (v. enfin l'article 51 de la loi précitée modifiant l'article L. 714-38 du Code de la santé publique).

Enfin, on observera que, selon l'article 52 de la loi du 8 janvier 1993, « pour les actions relatives à la fixation de la contribution aux charges du mariage, de l'obligation alimentaire et de l'obligation d'entretien et pour celles fondées sur les dispositions de l'article 372-1-1 du Code civil, les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter selon les règles applicables devant le tribunal d'instance ».

Une disposition transitoire est particulièrement notable : en ce qui concerne – entre autres règles – la création du juge aux affaires familiales (art. 21 et 47 à 50 de la loi de 1993), les nouvelles normes n'entreront en vigueur que le 1^{er} jour du 13^e mois suivant le mois de la publication de la présente loi (art. 64 de la loi du 8 janvier 1993).

On lira avec profit l'article de M. Jean Hauser, Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle, in *Mélanges D. Huet-Weiller*, p. 235 s. Au plan comparatif, on se reportera aux ouvrages publiés sous la direction de Mme Rubellin-Devichi, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, t. 1, 1991, t. 2, 1993, t. 3, 1994.

PREMIÈRE PARTIE

LA CRÉATION DE LA FAMILLE

le mariage

Souvent précédé de fiançailles, le mariage, dont il faudra préciser les caractères et le régime, présente un double aspect : un acte purement instantané – le mariage – qui sert, pour les époux, de lien permanent, consacré de droit et d'obligations – leur union.

© Tous droits réservés par l'éditeur, sauf la mention de Jean-Marie Lacroix, en propriété de l'auteur. Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission de l'éditeur est formellement interdite.

PREMIÈRE PARTIE LA CRÉATION DE LA FAMILLE

Enfin, les dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille. Ces dispositions ont été publiées au *Journal Officiel* le 10 décembre 1993.

« 1° Des dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille.

« 2° Des dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille.

« 3° Des dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille.

Par ailleurs, selon l'article L. 341-48 du Code de l'Enregistrement, l'article 59 de la loi n° 592 du 23 juin 1959, relative à la formation de la famille, est abrogé. Cette disposition est remplacée par l'article L. 341-48 du Code de l'Enregistrement.

Enfin, les dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille.

Une disposition transitoire est particulièrement notable : au 1^{er} janvier 1994, les dispositions relatives à la formation de la famille ont été modifiées par la loi n° 93-1131 du 7 décembre 1993, relative à la modification de la loi n° 592 du 23 juin 1959 relative à la formation de la famille.

On lira avec profit l'article de M. Jean-Marie Héron, *Dispositions et parents du Code civil*, *Revue de droit de la famille*, n° 230, p. 215. Au plan comparatif, on se reportera aux ouvrages publiés sous la direction de Mme Ravelin-Drelich, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, t. 1, 1994, p. 2, 1995, p. 1, 1996.

Titre premier

Chapitre 1

Le couple dans l'institution : fiançailles le mariage

Souvent précédé de fiançailles, le mariage, dont il faudra préciser les caractères et la nature, présente un double aspect¹ : un acte juridique instantané – se marier –, qui entraîne, pour les époux, un état permanent, constitué de droits et d'obligations – être mariés.

Section 1^{re}

Designation de caractère contractuel des fiançailles

§ 1^{er} FIANÇAILLES ET CONTRAT. — Le Code civil étant resté muet relativement à cette question, pouvait-on dire qu'il y avait là simplement à la rigueur, une sorte de contrat préliminaire au contrat principal ? L'article 1700 du Code de Commerce nous offre cependant l'élément d'une réponse que, en cas d'insuccès, le tribunal arbitral peut être amené à donner. Les fiançailles sont un contrat préliminaire au mariage. Elles ont pour objet de constater l'existence de la promesse ; la persécution postérieure au Code civil n'a pas d'autre objet que de constater que la promesse a été faite et que le mariage n'a pas été célébré. C'est pourquoi, en cas de contrat, on ne peut être tenu d'accomplir une obligation de contracter mariage, alors que le mariage ne peut être célébré.

1. Nous entendons par *institution*, selon la formule du doyen Hauriou, un groupement de personnes réunies en vue d'une œuvre à réaliser et soumis à l'autorité d'un pouvoir, lui-même au service de cette idée.

Titre premier

Le couple dans l'institution du mariage

— Souvent précédé de fiançailles, le mariage, dont il faut préciser les caractères et la nature, présente un double aspect : un acte juridique instantané — se marier —, qui entraîne, pour les époux, un état permanent, consistant en droits et obligations — être mariés.

Chapitre 1

Les fiançailles

Promesse réciproque de se prendre ultérieurement comme époux, les fiançailles posent le problème de leur valeur juridique ; celle-ci peut être schématisée par les deux propositions suivantes : les fiançailles ne sont pas un contrat ; elles sont cependant de nature à entraîner des conséquences juridiques.

Section I

Dénégation du caractère contractuel des fiançailles

6 FIANÇAILLES ET CONTRAT. — Le Code civil étant resté muet relativement à cette promesse, pouvait-on dire qu'il y avait là, inhérente à sa nature, une sorte de contrat préliminaire au contrat principal ? C'était la solution de l'ancien droit qui en tirait essentiellement cette conséquence que, en cas d'inexécution, la personne abandonnée pouvait réclamer des dommages-intérêts sans avoir à prouver autre chose que l'existence de la promesse ; la jurisprudence postérieure au Code civil n'a pas entériné ce point de vue, pour deux raisons majeures : d'une part un tel contrat aurait pour objet de créer une obligation de contracter mariage, alors que le mariage ne peut faire l'objet de conventions (statut d'ordre public), d'autre part l'article 180 CC exige que le consentement soit donné au moment de la célébration, et non point antérieurement ; on peut dès lors considé-

rer que l'existence d'un contrat de fiançailles nuirait à la liberté du consentement au moment même du mariage ; de là, découlait inévitablement la position de la Cour de cassation affirmant, sans démenti ultérieur, que l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut, par elle-même, motiver une condamnation à dommages-intérêts, parce qu'il y aurait alors une atteinte indirecte à la liberté du mariage¹ ; ainsi, en cas d'inexécution, il ne peut y avoir responsabilité contractuelle, ce qui ne signifie pas qu'il ne puisse y avoir responsabilité ; celle-ci sera éventuellement délictuelle : il appartiendra à la « victime » de prouver la faute de l'autre ; le changement de nature de la responsabilité aboutit ainsi à un renversement de la charge de la preuve ; en toute hypothèse, il faut dès lors conclure que contracter des fiançailles n'entraîne aucune obligation de se marier ; mais il serait abusif d'en déduire que les fiançailles ne peuvent produire aucune conséquence juridique. Enfin, on notera que la preuve d'une cérémonie peut établir l'existence d'une promesse de mariage (mais pas une simple formalité mondaine) (cf. Paris (1^{re} ch.), 30 nov. 1982, JD n° 028369 et, par ailleurs, que les fiançailles n'imposent pas d'obligation de fidélité (Paris, 1^{re} ch., 8 décembre 1992, JD n° 023695).

Section II

Reconnaissance des conséquences juridiques des fiançailles

La jurisprudence, bien que déniait aux fiançailles un caractère contractuel, a attaché diverses conséquences à la rupture de la promesse, et même dans certains cas à la promesse elle-même.

I | CONSÉQUENCES ATTACHÉES À LA RUPTURE

7 RUPTURE ET RESPONSABILITÉ CIVILE. — L'arrêt précité de la Cour de cassation a posé un tempérament au principe dégagé : la rupture des fiançailles peut, si elle s'accompagne de cir-

¹ Civ., 30 mai 1838, S., 1838, I, 492 ; *D. jur. gén.*, v° Mariage, n° 82, en note ; *Grands Arrêts Capitants*, 10^e éd., n° 28.

constances en faisant une faute causant un dommage à la personne abandonnée, donner lieu à dommages-intérêts¹ ; la rupture, en elle-même, n'est pas fautive² ; les circonstances qui l'entourent peuvent l'être ; il convient donc tout d'abord, pour celui qui se plaint, de démontrer une faute : ce sera souvent l'abandon de la fiancée à la seule annonce de la grossesse³ ; encore convient-il d'ajouter que la faute de l'un ne sera démontrée qu'en l'absence de faute de l'autre ; autrement dit, il est nécessaire que la prétendue victime n'ait pas donné à l'autre fiancé des raisons sérieuses de se dédire, ce qui ôterait à l'abstention du mariage son caractère fautif ; il faut ensuite établir un préjudice : le dommage matériel (dépenses inutiles) pourra être aisément prouvé⁴ ; le dommage moral sera plus difficilement établi, et la jurisprudence est un peu flottante, estimant réalisé le préjudice s'il y a atteinte à la sensibilité ou à la réputation⁵, mais le niant s'il y a seulement blessure d'amour ou d'amour-propre⁶ ; en réalité, le plus souvent, le dommage sera patent, matériel et moral ; il résultera de la naissance d'un enfant mis à la charge exclusive de la mère à laquelle le mariage aura été refusé⁷ ; à cet égard, il est notable que l'action relative à la rupture est souvent jointe à une action en recherche de paternité naturelle ; enfin, le demandeur en dommages-intérêts devra prouver l'existence de la promesse de mariage ; puisque, selon la jurisprudence, il n'y a pas contrat, la preuve devrait pouvoir être apportée par tous moyens : curieusement, nos juridictions ont cependant longtemps exigé un écrit ou des témoignages s'il y avait commencement de preuve par écrit⁸ ou

1. Civ., 30 mai 1838, précité.

2. Le principe est bien posé : en elle-même, la rupture n'est pas fautive : Montpellier, 23 oct. 1987, JD n° 047650.

3. Civ., 29 avril 1981 (2 arrêts), *Bull. civ.*, I, n° 143 et 144 ; *JCP*, 1981, IV, 251, 2° esp. ; *RTD civ.*, 1983, 318, obs. Nerson et Rubellin-Devichi. Une jurisprudence semble vouloir renverser la charge de la preuve : l'auteur de la rupture devrait se justifier : cf. Reims, 30 juin 1983, *D.*, 1986. I. R. 64, observ. D. Huet-Weiller, décision par laquelle le fiancé est déclaré responsable, n'ayant pas établi, comme il le prétendait, l'inconduite notoire de la fiancée.

4. Lyon, 5 févr. 1913, *GP*, 1913, I, 473 ; Civ. 2°, 2 juillet 1970, *Bull. civ.*, 1970, 2, n° 225.

5. Req., 29 déc. 1935, *GP*, 1937, I, 399. Mme Rubellin-Devichi (observations à la *RTD civ.*, 1989, 277) estime qu'il est rare que la faute dans la rupture soit invoquée à propos de ce qui était naguère le cas le plus fréquent : les mœurs ont évolué, et le préjudice envisagé, dit-elle, n'est jamais l'atteinte à la réputation ; cf. refusant une réparation TGI Nice, 18 mai 1983, *Gaz. Pal.*, 1985, 2, Somm. 313.

6. Trib. civ., Avranches, 24 avril 1953, *D.*, 1953, 363. Mais il peut y avoir à la fois chagrin et atteinte à la réputation : Paris, 12 mai 1987, *D.*, 1987. I. R. 142 (30 000 F d'indemnités allouées).

7. Civ. 1°, 7 juin 1963, *D.*, 1964, 621, n. Pradel ; 4 mars 1964, *D.*, 1964, Somm. 90.

8. Civ., 2 déc. 1907, *D.*, 1908, I, 201 ; 8 févr. 1954, *Bull. civ.*, 1954, I, 41.

impossibilité morale de se procurer un écrit¹ ; la Cour de cassation est revenue depuis à une attitude plus logique : l'admissibilité de la preuve libre².

8 RUPTURE DES FIANÇAILLES ET DONATIONS. — La rupture des fiançailles entraînera aussi la restitution des cadeaux réciproques qu'avaient pu se faire les fiancés : selon l'article 1088 CC, « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas » ; d'après la coutume, ce texte ne s'applique pas aux menus cadeaux échangés entre fiancés, et il y aurait lieu aussi de tenir compte, équitablement, de l'imputabilité de la rupture, en permettant au non-fautif de conserver une donation, même importante³ ; mais le sort de la bague de fiançailles demeure incertain : est-ce une donation en vue du mariage ou un présent d'usage⁴ ?

II | CONSÉQUENCES ATTACHÉES À LA PROMESSE ELLE-MÊME

9 FIANÇAILLES ET FILIATION. — En ce qui a trait à la recherche de paternité naturelle, elle peut être ouverte s'il y a des présomptions ou indices assez graves pour en déterminer l'admission (art. 340 CC – loi du 8 janvier 1993).

10 FIANÇAILLES ET RESPONSABILITÉ CIVILE. — En ce qui concerne la responsabilité du fait du décès d'un fiancé causant préjudice à l'autre fiancé, la jurisprudence, quoique hésitante⁵, paraît admettre le principe de la réparation du préjudice moral⁶ et

1. Paris, 25 mars 1955, *JCP*, 1956, II, 9313, n. Rabut.

2. Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 5 ; *RTD civ.*, 1981, 132, obs. Nerson et Rubellin-Devichi. Il est parfois fait référence à la correspondance échangée entre les parties (cf. Colmar, 9 déc. 1981, *JD* n° 042128 ; Rennes, 28 avril 1983, *JD* n° 041633).

3. Paris, 3 déc. 1976, *D.*, 78, 339, n. Foulon-Piganiol ; Terré et Lequette, *Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 1988, § 541.

4. Cf. Amiens, 2 mars 1979, *GP*, 1980, I, Somm. 182 (donation) ; Civ. 1^{re}, 19 déc. 1979, *Bull. civ.*, I, n° 331, p. 270 (présent d'usage).

5. Cf., dans le sens négatif, *Crim.*, 16 mars 1950, *S.*, 1950, I, 182.

6. *Crim.*, 5 janv. 1956, *D.*, 1956, 216 ; Nîmes, 20 avril 1961, *GP*, 1961, 2, 102.

même éventuellement matériel résultant de cette disparition ; si l'absence de lien juridique entre fiancés a pu justifier autrefois certaines décisions, la reconnaissance du droit à réparation au profit de la concubine devrait permettre d'accorder le même droit à la fiancée¹, et le refus de la réparation serait choquant, face à la jurisprudence qui admet qu'on puisse être responsable de la douleur causée par la mort d'un animal².

Pour aller plus loin

11 C'est sur la nature des fiançailles qu'il convient de se pencher de manière approfondie ; certes l'arrêt de la Cour de cassation de 1838 fait toujours jurisprudence – les fiançailles ne sont pas un contrat, mais leur rupture, dans certaines circonstances, peut être fautive – mais l'obligation faite à celui qui ne respecte pas sa promesse de fournir ses motifs amène certains auteurs à douter du principe que les fiançailles ne sont pas un contrat obligatoire, car il semble y avoir responsabilité personnelle présumée, et on n'en rencontre pas d'hypothèses en dehors du domaine contractuel (cf. A. Bénabent, *Droit civil, « La famille »*, Ed. Litec, 1994, § 29) ; cf., considérant les fiançailles comme un engagement à l'essai, Josserand, *Le problème de la rupture des fiançailles*, *DH*, 1927, chr. 24 ; pour l'étude d'une jurisprudence complète, cf. G. Viney, *Traité de droit civil, « La responsabilité »*, édition 1982, t. 1, § 475, p. 572 et n. 193.

Sur le sort des bijoux offerts, cf. J. Carbonnier, *Le statut des bijoux dans le droit matrimonial*, *Deffrénois*, 1950, art. 26.885. On peut synthétiser la jurisprudence relative à la bague de fiançailles de la manière suivante : un principe, une exception, et une exception à l'exception qui fait donc revenir au principe.

Le principe est que la donation de cette bague, libéralité faite en vue du mariage projeté, devient caduque si le mariage n'a pas lieu (v. par exemple, Douai, 17 décembre 1985, *D.*, 1986, 301, n. Langlade).

On porte exception à ce principe si le fiancé a commis une faute lors de la rupture : la fiancée peut alors conserver la bague (cf. Paris, 3 décembre 1976, précité § 8).

On revient au principe si, malgré la faute, la bague a une origine familiale : marquée par son origine, elle doit demeurer dans la famille, quelles que soient les circonstances ayant empêché le mariage (cf. Malaurie, *op. cit.*, § 139, p. 68 ; mais cf. les nuances de la jurisprudence relatées par Mme Rubellin-Devichi, *RTD civ.*, 1989, p. 277 et s.).

Sur le problème de la responsabilité en cas d'accident survenu à un fiancé, il faut observer que la jurisprudence s'y montre favorable dans des hypothèses où le mariage était imminent : (cf. A. Weill et F. Terré, *Les obligations*, 5^e éd., Précis Dalloz, § 605 ; cf. également G. Viney, *op. cit.*, § 311, p. 384, qui estime que depuis l'arrêt du 27 février 1970 « rien ne s'oppose plus à ce que des étrangers à la famille puissent deman-

1. Ch. mixte, 27 février 1970, *D.*, 1970, 201, n. Combaldieu ; *JCP*, 1970, II, 16305, concl. Lindon, n. Parlange.

2. Civ., 16 janv. 1962, *D.*, 1962, 199, n. Rodière.

der réparation des dommages matériels et moraux qu'ils subissent personnellement à la suite de fait reproché au responsable » ; cf. aussi à ce sujet, concernant l'action de la gouvernante d'un prêtre à la suite du décès de ce dernier, Crim., 20 mars 1973, *Bull. civ.*, 137, et les observations de M. G. Durry, *RTD civ.*, 1973, 776 ; pour un examen approfondi de la jurisprudence, cf. Nerson et Rubellin-Devichi, in *RTD civ.*, 1983, 317 et s., et sur l'ensemble de la question des fiançailles, cf. l'étude approfondie de M. G. Cornu, in *La famille*, 5^e éd., 1996, *op. cit.*, § 150 et s.). Sur le refus d'engager la responsabilité du fiancé malgré la date extrêmement tardive de la rupture, cf. Bordeaux, 6 juin 1978, JD n° 060020 ; comp. Paris, 16 nov. 1982, JD n° 028201. V. aussi Montpellier, 23 mars 1987, Angers, 6 oct. 1982, Orléans, 1^{er} déc. 1987, Paris, 8 déc. 1992 (JD n° 023695, et autres décisions citées dans le *Mégacode Dalloz*, 1996, § 115, p. 124).

Par contre, est sanctionnée une rupture brutale – soudaine et tardive (la veille de la cérémonie) : situation quasi frauduleuse, le fiancé ayant rompu, puis repris contact pour soustraire des avantages financiers (Colmar, 9 déc. 1981, JD n° 042128).

Enfin, on notera que la réponse positive à une petite annonce ne suffit pas à établir la conclusion d'une promesse (Metz, 27 sept. 1990, JD n° 048322).

Sur les relations entre promesse de mariage et concubinage, un arrêt estime qu'il y a incompatibilité, en raison de l'indépendance des patrimoines (Aix, 23 févr. 1988, JD n° 044156) ; mais cette conception demeure isolée et plusieurs arrêts admettent la coexistence des deux situations (cf. Montpellier, 7 juillet 1982, JD n° 000938, et autres décisions dans *Mégacode Dalloz*, 1996, p. 1237).

Chapitre 2

Caractères et nature du mariage

A une définition trop vague, qui fut celle du droit romain (*consortium omnis vitae*), à une autre partiellement fautive, celle de Portalis, insistant sur le but de perpétuation de l'espèce (alors que ce n'est pas toujours le but poursuivi), on préférera une définition plus neutre, mais plus complète et plus exacte du mariage : il s'agit d'un acte juridique solennel, par lequel un homme et une femme établissent une union réglementée entièrement par la loi, quant à ses conditions, ses effets et sa rupture ; de cette union, il convient de préciser les caractères et la nature.

Section I

Les caractères du mariage

Le mariage présente des caractères en tant qu'acte juridique, mais aussi en tant que situation juridique.

I | LES CARACTÈRES DE L'ACTE JURIDIQUE DE MARIAGE

Le mariage est un acte solennel, civil et personnel.

12 CARACTÈRE SOLENNEL DU MARIAGE. — La solennité du mariage est l'un de ses traits frappants : le respect nécessaire de certaines formes heurte le principe du consensualisme ; c'est le

droit de l'Église qui obligea à une célébration, que le droit laïque a ensuite adoptée ; une formule d'union doit être prononcée par l'officier d'état civil, et c'est elle seule qui réalise le mariage civil (alors que, au plan religieux, le prêtre catholique, par exemple, n'est que le témoin de l'échange des consentements) car le mariage est, en droit actuel, un acte civil.

13 CARACTÈRE CIVIL DU MARIAGE. — Le caractère civil du mariage est relativement récent : acte religieux sous l'Ancien Régime, réglementé uniquement par le droit de l'Église, le mariage se sécularisa toutefois dès avant la Révolution, le pouvoir royal ayant, dès le milieu du XVI^e siècle, rendu des ordonnances relatives au mariage ; le droit canonique n'eut plus alors de valeur que lorsqu'il était intégré dans l'acte du roi (des prescriptions du concile de Trente furent reprises dans l'ordonnance de Blois en 1579) ; mais c'est seulement à la veille de la chute de la Monarchie (édit de 1787) que fut admis le choix, pour les non-catholiques, d'un mariage soit devant le juge royal du lieu, soit devant un ecclésiastique ; en 1791, la Constitution (titre II, art. 7) affirma solennellement que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » et, en 1792, les municipalités furent chargées de la célébration des mariages ; afin d'empêcher que certains époux ne s'en tiennent à un mariage religieux, les articles organiques du Concordat (loi 18 Germinal an X) firent défense aux ministres du Culte de procéder au mariage religieux avant d'avoir la preuve du mariage civil ; cette interdiction, qui subsiste, est sanctionnée par les articles 199 et 200 du Code pénal.

14 CARACTÈRE PERSONNEL DU MARIAGE. — Le caractère personnel du mariage se manifeste d'abord par le fait que l'élément fondamental est le consentement des époux, et que l'accord des familles des époux ne sera requis que dans des cas exceptionnels (minorité d'un conjoint) ; il se concrétise aussi par la mise à l'écart des règles normales sur la capacité ou la représentation, qui sont mal tolérées, voire repoussées, l'acte étant trop intimement lié à la personne qui l'accomplit.

II | LES CARACTÈRES DE L'ÉTAT DE MARIAGE

15 MONOGAMIE, UNION DE PERSONNES, ÉTAT IMPÉRATIF. — En tant que situation juridique, la loi tient le mariage pour l'union d'un homme et d'une femme : conception monogamique (de la bigamie, sanctionnée par la loi pénale, il sera parlé plus loin), pour l'union de personnes et non de biens (celle-ci pourra se réaliser par le régime matrimonial mais n'est nullement obligatoire, à preuve la séparation de biens) et enfin pour une union dont le régime ne dépend aucunement de la volonté des époux : ni les conditions, ni les effets, ni les règles de dissolution ne peuvent être l'objet d'une convention dérogeant à la loi, ici entièrement impérative ; de là la discussion s'ensuit sur la nature du mariage.

Section II

Nature du mariage

16 CONTRAT OU INSTITUTION ? — Une discussion théorique s'est élevée : le mariage est-il un contrat ou une institution ? En faveur de l'idée de contrat, on a pu invoquer l'accord de volontés qui crée la situation juridique, la création d'obligations, les termes mêmes de l'article 1398 CC – le mot « contrat » y est employé –, le divorce par consentement mutuel ; en faveur de l'idée d'institution, on a relevé, dans un sens négatif – critiquant la nature contractuelle –, le caractère impératif de toutes les règles présidant à la formation, aux effets et à la dissolution du mariage, ainsi que l'impossibilité de dissoudre, par la volonté unilatérale, un acte d'une durée pourtant indéterminée¹ et, dans un sens positif, le fait que ce prétendu contrat crée des statuts : celui d'époux, celui d'enfant légitime, qu'il est un ensemble de droits et de devoirs orientés vers un certain but, ce qui explique que, contrairement aux conceptions

1. Voir toutefois le divorce pour rupture de la vie commune, mais, il est vrai, avec des freins, par exemple la clause de dureté : cf. *infra*, n° 247.

classiques du contrat, l'ensemble de la réglementation soit hors d'atteinte¹.

En réalité, les deux thèses doivent être conciliées ; il y a bien, dans le mariage, contrat, mais il s'agit d'une sorte extrême de contrat d'adhésion : on est libre de ne pas se marier ; si on se marie, on adhère totalement à la conception voulue par la loi, sans pouvoir rien y déroger.

Pour aller plus loin

17 Sur les caractères du mariage, spécialement le caractère civil et les rapports du mariage et de la religion, cf. J. Carbonnier, *La famille*, 16^e éd., « Thémis », § 15, p. 40 ; on se reportera, pour l'élégance du style et l'élévation de la pensée, à Portalis (Discours préliminaire du Code civil, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, p. 22) : « Sans doute le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature, mais le choix, la préférence, l'amour qui détermine ce désir et le fixe sur un seul objet, ou qui du moins lui donne sur l'objet préféré un plus grand degré d'énergie, les égards mutuels, les devoirs et obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles, tout cela appartient au droit naturel ; dès lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat. »

Quant à la raison d'être du mariage, il faut lire la remarquable préface de M. R. Vouin au livre *Le mariage et le divorce* (« Que sais-je ? », 2^e éd., p. 6, par M. Delmas-Marty et C. Labrusse-Riou), pour lequel « les cérémonies qui font le mariage ou l'accompagnent ne tendent pas à le rendre opposable aux tiers ; elles répondent au désir qu'éprouvent l'homme et la femme (ou leurs familles) de publier leur union à la face d'une société qui n'y est pas indifférente et persiste à tenir pour un idéal la stabilité du couple. Plus que la coutume, c'est la nature humaine qui demeure attachée au mariage. Le mariage, c'est la légitimité, et il en tire une autorité qu'il gardera dans les temps futurs ».

Sur la nature juridique du mariage, la thèse classique reste celle de A. Coste-Floret, *La nature juridique du mariage*, thèse, Montpellier, 1935 ; v. aussi Nerson et autres, *Mariage et famille en question*, 2 vol., 1979.

Plus généralement, sur le mariage, on lira avec profit : 1^o Terre et ciel dans le droit français du mariage, par J. Carbonnier, *Mélanges Ripert*, t. 1, p. 325 et s. ; 2^o Mariage et concubinage en droit français contemporain, par Philippe Malaurie, *APD*, t. 20, p. 17 et s. ; l'auteur y soutient justement que « l'idéologie contemporaine aspire à des réformes générales et accentuées, tout en voulant conserver les richesses morales dont elle est l'héritière ; elle échappe difficilement à la contradiction » ; 3^o La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe, par J.-B. d'Onorio, *RTD civ.*, 1988,

1. Cf. les remarques pertinentes de M. R. Vouin, in Préface à *Le mariage et le divorce*, par M. Delmas-Marty et C. Labrusse-Riou, 2^e éd., « Que sais-je ? », PUF, 1978.

p. 1 et s. ; 4° Pour un mariage aux effets limités, par M.-T. Calais-Auloy, *RTD civ.*, 1988, p. 255 et s.

Sur l'utilisation du mariage, cf. L. Roussel, *Le mariage dans la société française*, 1975, et quelques chiffres : en 1970, 393 000 mariages, en 1972, 416 000, puis une régression constante : en 1980, 334 000, en 1982, 312 000, en 1987, 266 000, en 1990, 288 000 (cf. la bibliographie annexe citée par M. Carbonnier, *op. cit.*, § 14, p. 38) ; cf. aussi M. T. Meulders, L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà, in *Le droit de la famille en Europe*, Presses Universitaires de Strasbourg, *op. cit.*, p. 215. Cf. les observations de M. Hauser et de Mme Huet-Weiller, *op. cit.*, § 12 et n. 6 ; y a-t-il désaffection ? (cf. déjà Nast, Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal, *DH*, 1938, chr. 37) ; on semble penser aujourd'hui que les phénomènes de cohabitation juvénile ont davantage pour effet de retarder le mariage que de l'exclure ; ce retard influe sur la statistique (cf. revue *Population*, janvier 1977 ; H. Le Bras et Roussel, in *Population*, 1982, p. 1009 et s. ; cf. aussi les observations de Mme C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille, les personnes*, Éd. Masson, 1984, p. 37).

A propos des secondes noces, on se reportera à un ouvrage général et à un article spécial :

1. *Les recompositions familiales aujourd'hui*, ouvrage collectif sous la direction de M. T. Meulders-Klein et I. Théry, Éd. Nathan, 1994.
2. Familles éclatées et familles reconstituées : les aspects patrimoniaux, F. Lucet, in *Defrénois*, 1991, 513.

Enfin, plus généralement et pour l'avenir, on lira J. Hauser, Glossaire des mariages de l'an 2000, in *Mélanges A. Colomer*, 1993, p. 189 et s.

Il 1° gennaio 1955, il giorno in cui si è celebrato il centenario della nascita di Giuseppe Garibaldi, si è svolta una riunione di lavoro.

La riunione ha avuto luogo nella sede della Direzione provinciale di Palermo, in un'aula spaziosa e luminosa, dove si sono radunati tutti i dirigenti della Direzione provinciale, i capi dei servizi e i funzionari incaricati delle varie attività. L'ordine del giorno era molto ampio e comprendeva: l'analisi della situazione attuale della Direzione provinciale; l'individuazione dei problemi più urgenti da risolvere; la definizione delle linee generali da seguire nell'attività futura; la nomina di una commissione incaricata di studiare e proporre le misure da adottare per il miglioramento dell'attività amministrativa.

La riunione si è svolta in un'atmosfera di serietà e di impegno, con l'apporto di molte e valide proposte.

La commissione incaricata ha cominciato i suoi lavori ed è già in grado di presentare alcune proposte concrete.

Il 1° febbraio 1955, si è svolta una riunione di lavoro, nella quale si è discusso della situazione attuale della Direzione provinciale.

La riunione ha avuto luogo nella sede della Direzione provinciale di Palermo, in un'aula spaziosa e luminosa, dove si sono radunati tutti i dirigenti della Direzione provinciale, i capi dei servizi e i funzionari incaricati delle varie attività.

Chapitre 3

La validité de l'acte de mariage

Le mariage, comme tout acte juridique, doit obéir à des conditions de fond ; étant par ailleurs un acte solennel, il doit respecter des conditions de forme ; lorsqu'il y a non-respect de ces conditions, s'ensuivent certaines sanctions ; enfin se pose le problème de la preuve du mariage.

Section I

Les conditions de fond du mariage

Dans la multitude de conditions peut s'opérer une division : certaines conditions sont positives : la loi exige que certaines conditions soient positivement remplies ; d'autres sont négatives, en ce qu'il faut que n'existent pas certaines prohibitions établies par la loi.

I | CONDITIONS POSITIVES DE FOND

Il s'agit de conditions d'ordre physique, d'ordre psychologique et d'ordre moral.

A - Les conditions d'ordre physique

Trois conditions s'imposent : la différence de sexe, l'âge minimum, le contrôle médical.

18 LA DIFFÉRENCE DE SEXE. — Le Code civil n'a pas énoncé cette condition : elle paraît évidente puisque le mariage est l'union de l'homme et de la femme ; mais deux problèmes peuvent naître : l'un qui résulte d'un vice de conformation, l'autre du transsexualisme ; quant au premier, selon la Cour de cassation, dans une formule mémorable, « le mariage est valable dès lors que le sexe de chaque époux est reconnaissable et diffère de celui de l'autre conjoint ; à cet égard, le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques sont sans influence sur la validité du mariage »¹ ; quant au second, facilité par les progrès médicaux, notre jurisprudence paraissait encore récemment hostile à son influence sur l'état civil², en raison du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, en cela le droit rejoignait l'avis de la médecine, qui estime généralement que le sexe est déterminé par une formule chromosomique, qui reste inchangée malgré des transformations corporelles³ ; mais certains auteurs⁴ estimaient cependant discutable qu'un mariage puisse être prononcé ou maintenu si, à la suite d'une opération, un époux apparaît physiquement comme ayant le même sexe que son conjoint⁵ ; la Cour de cassation a franchi le pas le 11 décembre 1992 (arrêt inédit) en décidant que le principe du respect de la vie privée justifie que l'état civil d'une personne indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; ainsi, la Cour suprême

1. Civ., 6 avril 1903, *D.*, 1904, I, 395 ; *S.*, 1904, I, 273, n. Wahl.

2. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1975 (1^{re} esp.), *D.*, 1976, 397, n. Lindon ; *JCP*, 1976, II, 18503, n. Penneau ; cf. toutefois l'amorce éventuelle d'une évolution et l'admission progressive des conséquences du transsexualisme, in Civ. 1^{re}, 30 novembre 1983, *D.*, 1984, 165, n. Edelman ; *JCP*, 1984, II, 20222, n. Penneau ; Civ. 1^{re}, 3 et 31 mars 1987, *D.*, 1987, 445, n. Jourdain ; *JCP*, 1988, II, 21000, n. Agostini ; cf. aussi les observations de J. Rubellin-Devichi, in *RTD civ.*, 1985, p. 136 s. Cf. plus généralement J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, 1993 ; cf. pour une rectification de l'acte de naissance, Aix, 6 décembre 1993, *JCP*, 1994, IV, 624.

3. Cf. n. Penneau, sous Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975 (1^{re} esp., précité).

4. A. Bénabent, *La famille*, Éd. Litec, 1994, § 62, p. 55 s.

5. Sur la délicate question de l'éventuel mariage - valable ou non - des transsexuels, cf. en sens opposé TGI, Paris, 13 décembre 1983, et Paris, 17 février 1984, *D.*, 1984, 350, n. M.-L. Rasset.

s'est pliée à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 mars 1992¹ qui avait condamné le droit français, en se fondant sur l'article 8, § 1 de la Convention précitée qui impose le respect de la vie privée, mais comme l'a bien affirmé M. le doyen Carbonnier, sans tenir compte des restrictions de l'article 2 du texte précité (défense de l'ordre, protection de la morale, protection des droits d'autrui). La jurisprudence est favorable à un changement de prénom, ce qui peut faciliter la vie courante du transsexuel².

19 L'ÂGE MINIMUM. — Requis comme condition de puberté – mais il aurait pu alors être abaissé – et comme condition de maturité, l'âge minimum pour le mariage est de 18 ans pour l'homme, 15 ans pour la femme (art. 144 CC) ; la règle n'est pas universelle ; on observe au contraire des variations soit dans le sens de la plus grande rigueur (Allemagne : 21 et 18 ans), soit de la moins grande exigence (Italie : 16 et 14 ans) ; selon l'article 145 CC, le procureur de la République peut accorder des dispenses d'âge pour « motifs graves », qui seront, le plus souvent, l'état de grossesse de la future épouse ; il est évidemment de l'intérêt de l'enfant à naître – sa légitimité – que le mariage puisse avoir lieu.

De même que pour le sexe, l'âge de chaque époux sera établi par son acte de naissance qui doit être remis à l'officier d'état civil (art. 70 CC). Il faut rappeler que l'article 144 CC ne contient aucune exigence quant à la différence d'âge entre les deux époux : Aix, 12 novembre 1993, JD n° 047288.

20 LE CONTRÔLE MÉDICAL. — La bonne santé n'est pas une condition du mariage ; pourtant certaines maladies sexuellement transmissibles peuvent être redoutables pour le conjoint ou les enfants ; mais leur prise en considération eût supprimé le droit fondamental au mariage, considéré comme une liberté de la personne,

1. Cour européenne des droits de l'homme, 25 mars 1992, *JCP*, 1992, I, 3593, note Murat. Quant à l'homosexualité, la Cour de cassation (soc.) le 11 juillet 1989 (*D.*, 1990, 252, n. Malaurie ; *JCP*, 1990, II, 21533, n. Merimer ; *GP*, 90, 1.216 concl. Dorwling-Carter) a affirmé que la vie maritale suppose un couple composé d'un homme et d'une femme ; c'est donc, comme le dit M. Carbonnier, que, pour la Cour de cassation, l'homosexualité constitue un décalque du mariage. Cf., sur l'ensemble du problème, J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, préface F. Terré, LGDJ, 1993.

2. Civ. 1^{re}, 16 déc. 1975 (2^e esp.), *D.*, 1976, 399 ; Paris, 24 février 1978, *JCP*, 1979, II, 19202.

et n'eût d'ailleurs pas empêché l'union libre¹ : d'où le système français, créé en 1942, repris par l'ordonnance du 2 novembre 1945 (art. 63 CC) qui oblige chaque époux à se soumettre à un examen médical avant le mariage, mais dont le résultat restera secret, de telle sorte que l'existence de graves maladies n'empêchera pas l'union, mais placera nécessairement le futur conjoint, qui auparavant ignorait peut-être le mal dont il était frappé, devant ses responsabilités. Chaque époux devra donc produire à l'officier d'état civil un certificat prénuptial qui doit dater de moins de deux mois, et qui atteste, sans indiquer rien d'autre, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage ; si ce certificat n'était pas produit et que l'officier passe outre, c'est ce dernier qui serait passible d'amende, mais ce défaut n'entraînerait pas la nullité du mariage.

L'efficacité pratique du système est contestable : il dépend de la conscience du médecin et de la loyauté des époux l'un envers l'autre ; il demeure que la dissimulation, par un époux à l'autre, d'une grave maladie, sans avoir d'influence sur l'existence du mariage, pourrait en avoir une quant à sa dissolution, en la considérant comme un fait grave rendant intolérable le maintien de la vie commune, d'où un divorce pour faute². Mais une évolution paraît se dessiner : si le médecin paraît lié par le secret professionnel à l'égard de l'autre fiancé, la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, *JCP*, 1991, 4, 336) a admis une hypothèse de responsabilité médicale pour n'avoir pas informé les deux futurs époux, selon M. Le P^r Hauser (*RTD civ.*, 1992, 51), il y aurait même une obligation de prévenir le conjoint en cas de Sida.

B - La condition d'ordre psychologique : le consentement des époux

Selon l'article 146 CC : « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement » ; ce dernier est l'élément déterminant, étant

1. Cf. M. Culioli, La maladie d'un époux : idéalisme et réalisme en droit matrimonial français, *RTD civ.*, 1968, 253 et s. ; cf. aussi Nerson, observations *RTD civ.*, 1970, 677, qui parle d'un « eugénisme... bien tempéré ».

2. Cf. *infra*, n° 252.

Ouvrages parus au 1^{er} décembre 1998

- F. Sudre Droit international et européen des droits de l'homme (3^e éd.)
E. Zoller Droit des relations extérieures

Droit financier

- D. Berlin Droit fiscal communautaire
J.-J. Bienvenu,
T. Lambert Droit fiscal (2^e éd.)
P. di Malta Droit fiscal européen comparé
L.-V. Fernandez-
Maublanc,
J.-P. Maublanc Droit fiscal immobilier
J.-B. Geffroy Grands problèmes fiscaux contemporains
G. Gest et G. Tixier Droit fiscal international (2^e éd.)
M. Gizard Droit et fiscalité forestiers
T. Lambert Contrôle fiscal - Droit et pratique
A. Paysant Finances locales

Droit social

- G. Aubin, J. Bouveresse Introduction historique au droit du travail
G. Couturier Droit du travail (t. 1, 3^e éd. ; t. 2, 3^e éd.)

Droit juridictionnel

- M.-C. Bergerès Contentieux communautaire (3^e éd.)
H. Croze et C. Morel Procédure civile
G. Giudicelli-Delage Institutions juridictionnelles (2^e éd.)
B. Pacteau Contentieux administratif (4^e éd.)

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Janvier 1999 — N° 45 783



Participant d'une démarche de transmission de fictions ou de savoirs rendus difficiles d'accès par le temps, cette édition numérique redonne vie à une œuvre existant jusqu'alors uniquement sur un support imprimé, conformément à la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation des Livres Indisponibles du XX^e siècle.

Cette édition numérique a été réalisée à partir d'un support physique parfois ancien conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal. Elle peut donc reproduire, au-delà du texte lui-même, des éléments propres à l'exemplaire qui a servi à la numérisation.

Cette édition numérique a été fabriquée par la société FeniXX au format PDF.

La couverture reproduit celle du livre original conservé au sein des collections de la Bibliothèque nationale de France, notamment au titre du dépôt légal.

*

La société FeniXX diffuse cette édition numérique en accord avec l'éditeur du livre original, qui dispose d'une licence exclusive confiée par la Sofia – Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Écrit – dans le cadre de la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012.

Avec le soutien du

