

# ***DROIT DE LA FAMILLE***

## INTRODUCTION

### **I- La définition du droit de la famille**

**Le droit de la famille:** L'expression désigne l'ensemble des règles régissant les rapports juridiques extrapatrimoniaux des membres d'une même famille.

1) Il s'intéresse **aux rapports entre les membres d'une même famille** (ex: les rapports entre les époux ou entre les parents et leurs enfants ou enfants et grands parents) mais il ne s'agit que de **rapports juridiques** c'est à dire **saisit par le droit** (qui font l'objet de l'attention du législateur d'une règle de droit).

- Donc certains **autres rapports familiaux** sont **hors du champ du droit** (ex: pas de règle de droit qui pose une règle de comportement de la mère).
- Ce sont surtout des règles qui **garantissent des droits** certains (protection enfant ou logement familiale) et **proposent un cadre** qui permette d'organiser la vie familiale (forme de conjugalité: mariage, PACS).
- Cependant l'intervention du droit dans la sphère familiale paraît **moins légitime** que dans les autres domaines: un père a-t-il besoin d'un code pour savoir comment éduquer son enfant ? La famille constitue une micro société, dont on comprendrait qu'elle soit régit par des règles propres (et échapperait à la règle de droit commune a tous: abstraite, général).
- **CARBONNIER** « à chacun sa famille, à chacun son droit » ou « l'art de vivre en famille ne s'enseigne point. On pourrait enseigner en revanche l'art de faire des lois à l'ombre desquelles chacun cultivera son art de vivre en famille mais la leçon de cet art législatif serait si brève: le moins de loi possible... »
- Les règles légales sont nécessaires notamment en cas de **crise**: c'est un **droit principalement pathologique** puisqu'il règle des situations de crise (ex: séparation de corps, divorce, séparation de couple non marié). Dans ces cas les individus ont besoin de la règle de droit. On retrouve aussi la règle de droit pour **prévenir des situations avenir** (ex: consentement au mariage, naissance d'un enfant).

2) Les **rapports juridiques extrapatrimoniaux**: sont **insusceptible d'évaluation pécuniaire** (rapport humain et non patrimoine): PACS, filiation mais pas effet pécuniaire d'un mariage, selon le type matrimonial choisit... Mais on s'occupera de la prestation compensatoire (pension alimentaire) par exemple.

3) **La famille**: elle varie selon les cultures, âges, religions, « famille politique », « famille associative », par affection, par pensée... Le modèle traditionnel conçu en 1804 perdure encore sur certaines dispositions: époux mariés, enfant en commun, ascendants dont les époux assument parfois la charge. Il tombe en désuétude:

- 394 000 mariages célébrés en 1970 et 273 300 en 2008
- Age de mariage en 2008 31,5 ans pour l'homme et 29,5 pour les femmes
- 1970 seul un couple sur 10 commençait en union libre et 2008 9 sur 10. De moins en moins d'union libre passe en mariage.
- Les enfants nés de parents non mariés: 51,6%

- 12 divorce pour 100 mariage 1970 / de nos jours 42 sur 100 (on divorce le moins en Bretagne et le plus a Paris).  
Cette fragilisation ne concerne pas que les couples mariés, mais les unions libres, les pacsés.  
Cette **évolution atteint le droit**: le juge que l'on appelait le « juge aux affaires matrimoniales » est devenu le « juge aux affaires familiales » (il est depuis peu compétant pour les couples concubins et pacsés). Le droit de la famille n'est plus aujourd'hui fondé sur le mariage mais selon **CARBONNIER** « le droit de la famille est **pédocentrique** » = basé sur les enfants ou projet d'enfant. Préserver avant tout l'enfant.

**Famille par le sang**: famille issue d'un ascendant commun. Lorsque l'on parle de

**Famille nucléaire**: on vise un père, une mère et leurs enfants.

**Parents**: ce sont les personnes qui donnent naissance à un enfant. En droit ce sens courant est repris mais on y ajoute aussi qu'il désigne toutes les personnes qui descendent d'un même ascendant. Dans cette conception on distingue les parents en:

- ligne direct: On parle de **degré de parenté**: les parents sont au 1°, les grands parents au 2°.
- ligne collatérale: un frère et pour son frère en ligne collatérale au 2° (on remonte au père et on redescend au frère), un cousin est au 4°.

Le mariage créé un **lien d'alliance**: lien n'est **pas immuable** parce qu'il prend fin en même temps que le mariage. On les appelle **les alliés**.

## II- Les caractères du droit de la famille

- 1) C'est un **droit politique**: mariage homosexuel, polygamie, l'égalité entre enfant légitime et adultérin.
- 2) C'est un **droit mouvant**, assez instable puisqu'il est directement **dépendant de l'évolution** des mœurs, de choix politiques, de l'évolution de la démocratie...  
Ex: le divorce est un nie a réforme, remise en cause de l'accouchement sous X.
- 1) Il est également **sensible au progrès économique**.  
Ex: droit de la filiation: on peut dire avec certitude que le père est le père / identification génétique.

L'évolution du droit de la famille donne de plus en plus le droit a une famille de décide elle même: mariage, pas mariage. Elles sont de plus en plus libres: **contractualisation de la famille (liberté contractuelle)**, elle est de moins en moins **institutionnelle**, statutaire, on donne des **règles supplétives ou facultatives** (non plus impérative).

Mais dans certain domaine on observe une **progression des règles**, une multiplication: proposition de loi pour interdire la fessée, majorité obligatoire pour se marier (jeune femme).

## III- Les sources du droit de la famille

Les sources sont nombreuses mais

- la **source principale est la loi**: c'est inscrit à **l'article 34 de la Constitution de 1958**. Les lois en matière du droit de la famille n'ont pourtant pas été mise sous forme de code, mais on les trouve quand même dans le code civil et un peu dans le code de l'action sociale et des familles.

**Titre V du mariage, du divorce, de l'autorité parentale.**

**Titre XII, pacs et concubinage.**

Les réformes sont nombreuses: depuis 1804 on compte 8 réformes sur le mariage (**4 avril 2006** et

**9 juillet 2010**) / **1975** et **2004** principales réformes sur le divorce / pour la filiation les réformes récentes datent de **2005** et **2009** / pour le PACS et le concubinage qui sont **introduit en 1999** ont été réformé en **2006, 2009, 2010**.

- la hiérarchie des normes: la loi n'est pas la seule source, il en existe d'autre de degré supérieur (ex: Convention internationale des droits de l'enfant, la Conv EDH). Le conseil constitutionnelle regarde si les lois sont conformes.

## ***PARTIE 1: LE COUPLE***

Pendant longtemps, pour le droit français, le couple représentait le couple marié. Les situations de concubinage étaient perçues comme inférieures, défavorables: elles étaient sanctionnées, les enfants étaient des bâtards.

De nos jours le concubinage est accepté par le législateur, on ne le traite plus avec défaveur. Par ailleurs on a créé un nouveau statut intermédiaire: le PACS.

### **Les couples mariés**

**Le mariage:** est un accord de volonté émanant d'un homme et d'une femme par lequel ils décident de vivre ensemble, de s'assister, et voire d'élever des enfants. C'est un acte juridique proche d'un contrat.

Il est universel puisque toutes les sociétés consacrent le mariage. Mais ce n'est pas synonyme d'unicité puisque les conditions varient selon l'époque et le lieu.

A ne pas confondre: le mariage, et contrat de mariage conclu devant un notaire qui est un acte juridique consacrant les rapports patrimoniaux entre époux à l'égard des tiers. On étudie le mariage, accord de volonté, qui a lieu devant le maire.

Le contenu du mariage, à la différence d'un contrat classique, est fixé par la loi: liberté de dire oui, mais ensuite on vous impose des règles auxquelles les époux ne peuvent déroger. **Article 1388 du Cc** « les époux ne peuvent déroger ni au devoir, ni au droit qui résulte pour eux du mariage ».

La cérémonie religieuse éventuelle n'a aucune portée juridique, seule la cérémonie civile compte et ceux quelque soit la religion

Arrêt 1988 (??) mariage contracté par un prêtre, est valable quelque soit ses vœux.

Le **principe de la liberté matrimoniale**, nuptiale = liberté de se marier ou pas, et avec qui on veut.

- Cette liberté n'est pas traduite telle quelle dans le Cc mais on la retrouve dans **l'article 146 du Cc qui** pose l'exigence d'un consentement au mariage.
- Le préambule de la Constitution de 1946 affirme que la nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à son développement.
- Le Conseil constitutionnel est le garant de ce principe. Il y a parfois eu des lois jugées anticonstitutionnelles parce qu'elles posaient des lois trop stricte sur la liberté de se marier.
- Conv EDH de 1950 le consacre

## ***TITRE 1: LA FORMATION DU MARIAGE***

De nos jours, les règles du mariage ont beaucoup évolué depuis le droit canon.

- C'est un **acte solennel**: un acte dont la validité est soumise à l'accomplissement de formalités. (qui sont précisées dans les conditions de forme du mariage).
- Des **conditions dites de fond** sont exigées: non plus relatives à la forme du mariage mais à sa **substance**.

La sanction d'une condition de formation du mariage est la nullité: on essaie pas cette sanction de faire disparaître ce qui n'aurait pas du être (NB: Le divorce met fin au mariage mais on ne va pas nier ce qui c'est passé par le passé).

### **CHAPITRE 1: LES CONDITIONS DE FOND**

#### **I- L'existence du consentement**

**Article 146 du Cc** « il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement ». Le consentement est donc une condition au mariage.

**Article 184 du Cc** « le mariage contracté en contravention avec l'article 146 est nul »

**Consentir**: ce qui compte en droit français est la volonté interne d'une personne de se marier, plus que l'intention extériorisée. Cette volonté profonde peut exister malgré des déclarations contraires.

#### A) L'état mental de la personne qui consent au mariage

Les majeurs ont la possibilité de consentir, mais il en existe certains qui souffrent d'affection mentale donc sont-elles sincères quand elles disent vouloir se marier.

##### 1- Le consentement au mariage du majeur protégé

Ce sont des majeurs officiellement reconnus comme incapables et qui bénéficient d'un régime de protection (tutelle, sauvegarde de justice...).

**a) Article 460 du Cc**: le majeur en **tutelle**, pour se marier, doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de famille s'il a été constitué et la célébration doit avoir été précédée d'une audition des futurs conjoints avec éventuellement de recueil de l'avis des parents (**article 460,2 du Cc**)

**b) Article 460,1 du Cc**: le majeur en **curatelle** ne peut se marier que s'il a l'autorisation du curateur ou à défaut du juge des tutelles.

**c) Le mariage est permis sans condition pour le majeur sous sauvegarde de justice.**

##### 2- Le consentement de la personne sans régime de protection particulier

**Article 146 du Cc**: il faut un consentement

En principe, ces personnes sont libres de se marier, donc il est valide.

**Article 414-1 du Cc** « c'est à ceux qui agissent en nullité pour cause d'instabilité d'esprit de prouver l'altération des facultés mentales ». On admet une action en justice pour obtenir la nullité si on arrive à obtenir la preuve que lors de la cérémonie la personne avait ses facultés mentales altérées.

=> concerne acte en général.

Lorsqu'il s'agit d'une personne notoirement dérangée, on présume une absence de consentement et on reverse la charge de la preuve (c'est à celui qui veut que le mariage soit valide de prouver qu'il était sain d'esprit).

## B) Le défaut de consentement en cas d'absence matrimoniale

### 1- Dans quelles conditions le mariage est il nul ?

La jurisprudence a toujours eu du mal à qualifier les mariages simulés. Mais elle semble faire la distinction suivante (article 146):

- Les cas où seul un effet indirect du mariage était recherché (nullité). Ex: **Arrêt du 28 octobre 2003** où le mariage est nul dans le cas où le marié a épousé une amie d'enfance parce qu'il allait mourir. Pour payer moins d'impôt dans la succession. La Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation car pour elle ce but patrimonial n'était pas étranger au mariage. / transsexuel femme qui voulait en épouser une autre personne
- Les cas où seul un effet direct du mariage a été recherché (validité)  
Ex: légitimation des biens, bon contexte pour enfant, changer de nom...  
Consacré par l'arrêt **APPIETTO 20 novembre 1963** « résultat étranger à l'union matrimoniale »

### 2- Prévention et sanction spécifique du mariage naturalisant

- Plusieurs lois ont tenté de résister à la prolifération de ces mariages mais jusqu'à ces lois il existait tout de même la nullité (qui suppose l'introduction d'une action en justice, avec des délais et des preuves parfois difficile à rapporter (défaut d'intention)).
- **Lois de 1993, 2003 (certains points abrogés par le Conseil constitutionnel) et avril 2006, nov 2006 (mettent en place un double dispositif: mariage célébrés en France et ceux célébrés à l'étranger).**
- Si on pose trop de conditions au mariage on risque de violer le principe de liberté matrimoniale à valeur internationale et constitutionnelle. Le législateur veut donc contrôler ces mariages mais il ne peut pas aller trop loin sinon ces lois seront abrogées.

#### a) Renforcement des pouvoirs de l'officier d'état civil (**article 63 Cc**)

*Procédure:*

a) L'officier d'état civil a les moyens de **scruter l'intention matrimoniale avant la célébration**.

Il exige que **certaines pièces** soient remises, elles sont énumérées à l'**article 63 du Cc** (la copie intégrale de l'acte de naissance, c'est à dire pas un simple extrait, pièce d'identité délivrée par une autorité publique, indiquer à l'avance l'identité des témoins pour savoir s'ils sont vraiment des proches des époux et non pas payés).

b) **Au vu de ces pièces** l'officier d'état civil peut procéder à une **audition des futurs époux**: cette audition était déjà inscrite avant 2006 mais elle n'était pas effective puisque si un époux était à l'étranger c'était un cas qui permettait de renoncer à l'audition.

c) **Loi de 2006** reformule cet **article 63** « l'officier d'état civil pourra ne pas procéder à l'audition que si celle-ci n'apparaît pas comme nécessaire au regard des **articles 146 et 180**). A chaque fois qu'il y a le moindre doute sur un mariage naturalisant, mariage forcé il procédera forcément à l'audition. Si l'époux est à l'étranger, on contacte le consulat du pays où il est et ce sont les

membres de ce consulat qui vont procéder à l'audition.

Article 180: sanctionne un vice de consentement

Article 146: consentement obligatoire.

d) Si on est dans le cas d'un mariage naturalisant et s'il a un doute sur la validité du mariage (indices sérieux: différence de langue, présence d'un intermédiaire, **5 juillet 2002 TGI de Paris** « la différence d'âge n'est pas un indice sérieux, ni la situation irrégulière d'un des époux ne sont pas des indices sérieux ».) il saisit le procureur de la République (**article 175-2 du Cc**).

b) Oter au mariage avec un français son intérêt

**Loi du 24 juillet 2006:** modification de la vie commune nécessaire.

**Article 21-2 du Cc:** résidence commune ininterrompu ou interrompu, il faut 4 ou 5 ans pour être français (en 1984 c'était 6 mois) + il faut que l'époux est une connaissance correcte de la langue française + le gouvernement peut, par décret, tout de même s'interposer dans l'acquisition de la nationalité pour défaut d'assimilation (cas porté devant le juge administratif).

**Ex:** de défaut d'assimilation: port de la burka 2008, la polygamie mais pas le port du voile islamiste 1999.

c) Sanctions spécifiques pénales des mariages naturalisants

Peine d'emprisonnement ou amende pour celui qui se prête au mariage dans le seul but d'acquérir la nationalité française. **Article L623-1 CESEDA** (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

« Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seuls fins d'acquérir ou de faire acquérir la nationalité française est puni de cinq, de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

## **II- Expression du consentement**

Des époux animés d'une intention réelle et profonde de s'unir

### A) Mariage du sourd-muet (article 146 Cc)

Arrêt du 22 janvier 1968

Si lors de la cérémonie, un époux ne peut pas parler, c'est au juge de savoir avec l'attitude, les larmes, le regard

### B) Le mariage in extremis (article 146 Cc)

Lorsque l'un des époux est mourant: aucun texte ne prohibe ce mariage.

C'est donc la jurisprudence qui en fait une règle: elle ne tient pas compte de la proximité de la mort d'un des époux pour affirmer la validité du mariage. Elle va vérifier que les époux étaient bien en état de donner un consentement lucide, alors le mariage sera valable même s'il n'y a pas de vie commune.

**Civ 1, 31 janvier 2006:** il n'a pas pu dire oui mais le mariage a été validé pour une vie commune antérieure

### C) Mariage posthume (article 171 Cc)

Sur autorisation du président de la République a des conditions très précises, comme des motifs graves:

- Si la future épouse porte l'enfant du marié décédé.
- Dans le cas où le couple avait déjà eu un enfant.

Il faut que les futurs époux aient eu le temps, avant le décès de l'un, les formalités officielles avant le mariage marquant sans équivoque le consentement (publication des bans, publication d'état civil du mariage).

Les effets de ce mariage est limité: notamment l'époux survivant ne va pas bénéficier des mêmes droits d'héritages, mais il va pouvoir porter le nom de l'époux décédé.

### **III- Intégrité du consentement**

#### A) Liberté du consentement

Cela signifie être libre de dire oui ou non, et ce même devant.

#### 1- Liberté de dire non

Il y a une possibilité de dire non le jour de la célébration: si le candidat au mariage est victime de pression aussi bien de la famille que de lui même.

#### a) La condition d'absence de violence (article 180, 1 in fine)

**Article 1112 du Cc** qui parle de la violence dans les contrat en général.

En droit des contrats, la **violence** c'est la menace d'un mal qui fait naître chez une personne un sentiment de crainte, quant à sa personne et quant à ses biens, et qui détermine son consentement.

**Article 180, 1 du Cc** le consentement non libre: il peut être attaqué + action en justice.

**Loi du 4 avril 2006:** pour le mariage, en ajoutant, à l'alinéa premier de l'article 180 in fine, une phrase, on précise que l'exercice d'une contrainte révérencielle constitue un cas de nullité.

**Loi 9 juillet 2010:** sanction pénale spécifique en cas de violence commise en vue de contraindre une personne au mariage. Cette loi a introduit dans le code pénal l'**article 221-4**.

*La prévention:*

- D'un mariage sous violence: le juge aux affaires familiales (JAF) a le pouvoir d'agir dans l'urgence, il peut **rendre une ordonnance de protection** à la personne victime des violences et des menaces, qui lui permet de faire plusieurs mesures: interdiction du port d'arme, l'éloignement de la menace.
- **Article 144 du Cc:** Relèvement de l'âge du mariage pour la femme (elle résiste mieux aux pressions si elle est plus âgée).
- Audition éventuelle des futurs époux.

#### b) Les fiançailles

Ce sont des promesses de mariage entre les époux, ils ont donc consenti au mariage avec les fiançailles. Sauf que juridiquement ce consentement ne vaut rien, il a simplement une valeur morale, elles sont **dépourvues de force obligatoire**: elles ne créent pas de conséquence juridique (le fiancé abandonné ne peut pas saisir la justice pour la rupture de ses fiançailles)

**Arrêt civ, 30 mai 1838** met en avant cette force obligatoire, aucune valeur juridique parce que si l'on attache des conséquences juridiques à la rupture de fiançailles, ça empêche de rompre les fiançailles et de se présenter volontairement au mariage (on ne peut pas reprocher à une personne l'inexécution de son engagement aux fiançailles).

On peut attacher des conséquences juridiques à certaines **rupture abusive** de fiançailles (dommage et intérêt): ce qui est reproché c'est la façon de rompre (circonstances), on parle de **faute détachable de la rupture**:

- Rupture très brutale
- Sans aucune explication le jour du mariage
- Après l'envoi des invitations
- L'abandon sans ménagement d'une fiancée enceinte.

Comment dédommage-t-on la victime ? préjudice subit, dommage et intérêt, indemnisation. On essaie de donner une évaluation pécuniaire du préjudice moral.

Le sort des présents échangés lors des fiançailles après la rupture des fiançailles: il faut le distinguer selon les cadeaux:

Les cadeaux d'usages: ils sont acquis par celui qui en a bénéficié pendant les fiançailles.

Les cadeaux de grande valeur: doivent être restitués parce qu'ils n'ont été donnés dans la perspective du mariage.

**Ex:** donner une voiture pourra être un cadeau d'usage aussi bien que de grande valeur / la bague de fiançailles entre dans les deux catégories mais il y a de moins en moins de restitution (sauf si la valeur de la bague est disproportionnée par rapport au revenu du donateur, alors il faut la restituer / si elle est un bijou de famille on considère qu'elle a été prêté à la fiancée et qu'il faut alors la restituer en cas de rupture de fiançailles).

## 2- La liberté de dire oui

On distingue selon les types de contrat.

### a) Clauses de célibat et de viduité dans les actes à titre gratuit

La **clause de célibat**: disposition d'un contrat qui prévoit la résiliation du contrat au cas de mariage du contractant.

La **clause de viduité**: disposition d'un contrat qui interdit le remariage après le décès du conjoint (prévoit la résiliation du contrat après re-mariage).

**Contrat à titre gratuit**: la donation (donateur / donataire), le testament (testateur / légataire) donnent un bien à l'autre qui va s'engager à rester célibataire.

**Article 900 et 1133 Cc** « dans un contrat il faut que la clause du contrat ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ».

La jurisprudence applique le principe des raisons, mobiles, qui ont inspiré le donateur:



- S'ils sont illégitimes: jalouse, caprice, malveillance, la cause est nulle
- Dans le cas contraire: la cause est valable (ne te marie pas du va te faire avoir, richesse, lorsque le donateur pense que le célibat est dans l'intérêt de l'autre).

#### b) Clause de célibat et de viduité dans un contrat de travail

Ces clauses sont une atteinte à la liberté du mariage: célibataire sinon licencié (hôtesse de l'air)  
**Loi de 1982:** plusieurs fois modifiées, aujourd'hui les clauses de célibat et de viduité sont interdites dans les contrats de travail « interdit de prendre en considération la condition de famille ».

#### c) Convention de divorce

**Article L1132-1 Code du travail:** on trouve des clauses de non remariage dans certain type de divorce: prestation compensatoire du plus fortuné à l'autre pour parer la disproportion des revenus, mais les époux peuvent la négocier et peuvent prévoir la modalité suivante « le versement de la prestation compensatoire cessera à compté de la réalisation d'un évènement déterminé ».

### B) Consentement éclairé

#### 1- Absence d'erreur

##### a) L'erreur déterminante du consentement

Il faut que **l'erreur soit déterminante du consentement:** c'est à dire d'une certaine gravité, intensité, assez importante pour avoir déterminé une personne à se marier.

##### b) Objet de l'erreur

L'erreur pourra être cause de nullité si elle porte sur la personne de l'autre époux ou sur ses qualités essentielles. **Article 180,2 Cc:** « s'il y a une erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles, on peut demander la nullité du mariage »

*L'erreur dans la personne:* on se trouve sur l'identité civile (usurpation d'identité) ou physique d'une personne (jumeaux). Pendant longtemps, le droit ne prévoyait d'erreur que dans la personne.

**Arrêt Dame BERTHON 1862:** (très célèbre) elle voulait annuler son mariage, jeune fille de bonne famille qui avait épousé un ancien prisonnier et ignorait son passé. Ca a été refusé parce que c'était une erreur civil alors que seul les erreurs physiques étaient acceptées.

**Loi du 11 juillet 1975** a élargis le conditions pour retenir l'erreur comme une cause de nullité.  
**Article 180, 2 du Cc:** il est désormais possible d'annulé s'il y a erreur sur les qualité essentielle d'une personne: par rapport à un modèle abstrait et par référence à l'errans (appréciation in concreto).

Ex: la santé mentale, l'aptitude sexuelle, ne pas être un ancien divorcé, quelqu'un qui a toujours une liaison, passé de prostituée, sida, grossesse antérieure, la virginité de l'épouse

### c) L'affaire du mariage annulé de Lille

Un informaticien et une étudiante infirmière, musulmans, mariage en 2006, l'époux aurait découvert que son épouse n'était pas vierge (elle aurait avoué liaison antérieure et aurait quitté le domicile conjugal). Tout deux on demandé la nullité. Ils ont appliqués l'article 180, 2 du Cc « nullité sur les qualités essentielles ».

Le TGI de Lille 1 avril 2008 a annulé ce mariage en raison de la religion, mais on est dans un état laïque et le droit ne doit pas dépendre des questions religieuses.

=> point de vue juridique: qualité essentielle de la future mariée ? Il faut une appréciation in abstracto et in concreto.

Un appel a été formé par le parquet à Douai le 17 novembre 2008: rend un arrêt infirmatif de jugement (alors même que les deux époux voulaient l'annulation) qui dit que la virginité n'est pas une qualité essentielle (son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale). Elle dit « qu'un mensonge ne portant pas sur une qualité essentielle ne peut fonder une demande d'annulation ».

### 2- Indifférence du dol (= mensonge)

**Article 1109 du Cc:** droit commun des obligations.

Pour d'autre contrat que le mariage, le dol est une cause de nullité: manoeuvre, stratégie pour amener l'autre au mariage (acte positif: belle voiture, maison, un silence sur certains éléments de la vie privée).

=> on ne peut pas demander la nullité du mariage « en mariage, trompe qui peut », une certaine dose de dol dans tous les mariages, on aurait trop de demande en justice si on acceptait le dol.

=> ce n'est que dans le cas d'une erreur provoquée par le dol qu'on arrivera à annuler le mariage.

L'actualité récente: **mariages gris** (par opposition aux mariages blancs) c'est à dire des mariages dans lesquels l'un des deux a une vraie volonté matrimoniale et l'autre non (mariage naturalisant par exemple).

**Eric BESSON novembre 2009:** il faut une sanction plus forte pour les mariages naturalisant « escroquerie sentimentale à but migratoire ».

**Sanction civile mariage gris ?**

Rendre les peines plus sévères: 30 000 euros d'amende, 7 ans d'emprisonnement si l'étranger se marie sans intention matrimoniale avec un français qui a une volonté de se marier.

### SECTION 2: Conditions physiologiques

En 1804 le but du mariage était « la procréation et la propagation de l'espèce ». On vérifiait l'aptitude des conjoints à procréer.

Est maintenu la différence du sexe mais certaines exigences ont disparus.

### **I- Disparition de certaines exigences**

#### A) Disparition des conditions tenant à l'état de santé

**Loi de 2007** supprime l'exigence « pour pouvoir se marier il fallait un certificat médical prénuptial pour se marier » car elle était inutile puisqu'il existait le secret médical (pas obligé de le dire à l'autre époux).

Ancien article 63 du Cc

### B) Disparition de la référence à la puberté

Il fallait que la femme soit pubère: le code civil disait, jusqu'en 2005, qu'une femme pouvait se marier à partir de 15 ans.

**Article 144 du Cc:** précédé de la parenthèse avec la loi du 4 avril 2006, « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolu ».

### C) Suppression du délai de viduité

Délai supprimé lors de la réforme sur le divorce du **26 mai 2004**: il imposait à une femme un certain temps (éviter difficulté en cas de grossesse de la femme: conflit de paternité).

Depuis 2004, on a supprimé (abrogé) ce délai: après le divorce on peut se remarier sans délai, en raison de la nouvelle technologie sur la paternité.

## **II- Affirmation de l'exigence d'une différence de sexe**

### A) La mariage homosexuelle

#### 1- Lacunes du code civil et des textes internationaux

*Code civil:*

On a aucune disposition dans le Cc qui pose clairement une différence de sexe pour se marier, parce qu'en 1804 cela était tellement évident qu'ils n'ont pas pris la peine de le préciser.

Mais certains textes font référence à un homme et à une femme:

- **Article 75 du Cc** ce que dit l'officier d'état civil durant le mariage « vouloir se prendre comme mari et femme ».
  - **Article 144 du Cc** qui pose la condition d'âge pour se marier « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolu ». Datant de la loi de 2006 (augmentant l'âge pour la femme), et non de 1804: le législateur aurait pu avoir une formule plus neutre « époux ».
- => comme les textes sont lacunaires, tout le monde interprète ou extrapole.

*CESDH: (garantie par la CEDH)*

Il y a l'**article 12** qui proclame le droit au mariage: on a aucun texte qui impose des sexes. A l'occasion de cet article, du droit au mariage, on fixe « l'homme et la femme ».

*Chartes des droits fondamentaux de l'UE*

#### 2- L'affaire du mariage Bègles et Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007

Cette affaire se passe avec le maire de Bègles (Noël Mamère), qui a accepté de célébrer un mariage homo alors que le Procureur de la République s'y était opposé. La saisine venait du Procureur:

- Le maire a été sanctionné: arrêt de la Cour administrative de Bordeaux.
- Nullité du mariage: TGI de Bordeaux jugement d'annulation => Appel à Bordeaux qui rend un arrêt confirmatif (donne raison au TGI et au Procureur) => pourvoi en cassation, la Cour de

cassation va rejeter ce pourvoi (donne raison Cour d'appel) avec la motivation suivante « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Ce principe n'est contre-dit par aucune convention internationales ». (elle interprète le texte, voulait affirmer que comme cette question est importante, elle doit être modifié par le législateur, renvoi le débat devant lui)  
=> accepté en Argentine, Espagne, Hollande...

Affaire de « Corine et Sophie » PACS depuis 10 ans qui voulait se marier, mais le maire à refusé l'union. Elles se sont donc lancées dans la QPC: essayé de contester la constitutionnalité de la loi française.

Mai 2010: saisine du TGI de Reims (elles se basent sur l'article 1 de la CESDH) => transmet la requête a la Cour de cassation => demande au Conseil constitutionnel de se prononcer: il ne lui appartenait pas de réécrire la loi, ni de faire des choix de société.

### B) Le mariage avec un transsexuel

Est ce que cette personne au physique masculin peut épouser une femme alors que leurs sexes génétiques sont identiques ? (avec opération chirurgicale)

**CEDH arrêt Christine GOODWIN c/ R.-U du 11 juillet 2002:** demande au titre de l'article 12 qui pose le droit au mariage. L'affaire GOODWIN se passait au RU, obtenir un condamnation du RU au titre de la violation de l'article 12. Il a été conclut que le droit au mariage reconnu par l'article 12 devait être interprété comme reconnaissant au transsexuel le droit de se marier avec une personne de même sexe génétique.

Les partisans du mariage homosexuel ont dit que cet arrêt permettait le mariage homosexuel, sauf que si on regarde de près, on voit que la CEDH retient une définition large du sexe « génétique ou sociologique » mais en tout les cas un sexe qui doit être toujours différent.

NB: Lorsque l'intervention chirurgical a lieu pendant le mariage: pas de nullité (consentement) mais plutôt une question de divorce (pour sauf).

## **SECTION 3: CONDITIONS MORALES ET D'UTILITE PUBLIQUE**

### **I- La prohibition de la polygamie**

**Article 147 Cc** « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier »  
Toutes unions dans ce cas là sera nulle: **nullité absolue.**

#### A) Prévention (article 63 Cc)

On doit fournir certaines pièces avant la célébration: copie intégrale de l'acte de naissance (mariage et divorce écrit dessus. Cette formalité a pour but de vérifier si un mariage n'a pas déjà été contracté par l'un des époux), certificat de décès (si l'ancien époux est mort).

Pb: Si le mariage a été célébré à l'étranger et que ca n'a pas été marqué sur l'acte de naissance.

#### B) Dissuasion (article 433-20 Code pénal)

La bigamie est sanctionnée selon l'article 433-20 du Cp: la personne qui contracte mariage en étant déjà marié risque 45 000 euros d'amende + 1 ans de prison. L'officier d'état civil peut aussi

être sanctionné.

On peut faire opposition a un mariage: faire interdiction à un officier d'état civil de célébré.

Pour les personnes qui se sont marié dans les pays qui autorise la bigamie: on ne peut rien y faire. Si ces personnes là veulent s'installer en France.

### C) Les effets en France des mariage polygames célébrés à l'étranger

Ce ménage polygame ne peut pas vivre comme ca en France: car le regroupement familiale (rejoindre le couple) n'est pas autorisé à la seconde épouse.

**Article L.411-7 du CESDA** (Code des Etrangers du Séjour et du Droit d'Asile)

En revanche on ne peut pas annuler un mariage polygame célébré régulièrement à l'étranger, mais il est des cas ou on reconnaît des effets d'un mariage polygame en France: on s'oppose à la vie a 3, mais pas à une pension alimentaire du marie à la seconde épouse est autorisé, ou une part dans la succession.

## **II- Prohibition de l'inceste**

### A) Les cas d'empêchement à mariage pour cause d'inceste

Lorsque l'officier d'état civil est face a un inceste, il a le devoir de ne pas célébrer l'union: il existe un « empêchement à mariage ».

#### 1- L'inceste et la parenté

**Article 161 du Cc:** « en ligne directe le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants » = père et fille, grand mère et petit fils.

**Article 162-163 du Cc:** « seul sont interdit les mariages entre frère / soeur, oncle / nièce et tante / neveu ». La jurisprudence attend cette prohibition aux demi frère / demi soeur et grand oncle / petite nièce. Pas de prohibition entre cousins.

Filiation adoptive:

a) **Adoption plénière:** rupture totale et irrémédiable avec la famille adoptive (assimilation totale). Elle produit les mêmes empêchements que la filiation biologique, mais ils sont multipliés par deux: a l'égard de la famille d'adoption mais il demeure aussi avec la famille d'origine.

b) **Adoption simple:** régime où l'enfant adopté va porter deux noms de famille, lien avec la famille d'origine. Elle crée un empêchement a mariage entre l'adoptant et l'adopté (**article 366 Cc**) et ses descendants (enfants adoptés), mais aussi les mariages entres les enfants de l'adoptant et l'adopté. Par contre elle n'emporte pas d'empêchement au mariage entre l'adopté et les autres membres de la famille de l'adoptant.

#### 2- L'inceste et l'alliance

**Article 161 Cc:** empêchement à mariage ligne directe. Au terme de cet article, l'alliance crée un empêchement à mariage en ligne directe.

Ex: Une belle fille ne peut pas épouser son ex beau père, les descendants d'une personne ne peuvent se marier avec l'ex époux ou épouse de cette personne... Cette règle vaut que la filiation soit biologique ou adoptive.

Ex: En ligne collatérale il n'y a pas d'empêchement à mariage tiré de l'alliance: le mariage est

possible entre ex beau frère ou belle soeur.

=> limite à la liberté matrimoniale (article 12 CESDH)  
Condamnation par la CEDH du mariage collatérale.

### B) Les cas de dispenses

Article 164 et 366

Les cas où l'empêchement au mariage peut être levé: dispense accordée par le Pt de la République pour causes graves (enceinte)

- Lorsque la dispense est possible: **empêchements relatifs** énoncés à l'**article 166** (Ex: mariage oncle/niece ou tante/neveu ou adopté/enfant adoptant ou empêchement au mariage né de l'alliance en ligne directe: belle fille/ex beau père à condition que le lien d'alliance est pris fin après le décès de l'ex époux)
- Les empêchements absolus:

### **III- Condition d'âge: lutte contre les mariages forcés**

#### A) Principe: interdiction du mariage d'un mineur

**Article 144 du Cc:** il faut avoir 18 ans révolu. On peut plus facilement résister à la pression quand on est plus âgée.

#### B) Exception: le mariage d'un mineur soumis à autorisation

1- Dispense d'âge accordée par le Procureur de la République

**Article 145 Cc:** il ne peut l'accorder que pour les motifs graves (grossesse).

Quand le Procureur est saisi pour une dispense d'âge il auditionne les époux et surtout l'épouse si elle est mineure, pour s'assurer que ce n'est pas un mariage forcé.

Si le mineur obtient une dispense d'âge, il lui faut tout de même une autorisation parentale.

2- Autorisations familiales

- Mineur qui a encore son père ou sa mère: **article 148 Cc.** Le mineur doit consulter ses deux parents mais s'il y a désaccord alors « le dissentiment emporte consentement ».
- Le mineur qui a d'autre ascendant: **article 150, 1 Cc.** S'il y a dissentiment dans les deux lignes « le dissentiment entre ascendants vaut consentement ».
- Mineur qui n'a plus ni ses père et mère ni d'ascendant: **article 159 Cc.** Conseil de famille qui donnera son autorisation
- Mineur émancipé: il peut faire seul les actes de la vie courante, mais le mariage est un acte grave pour lequel il a besoin du consentement de ses parents. (**article 413-6,2 Cc**)
- Lorsqu'un mineur se marie, du fait du mariage il est émancipé de plein droit (**article 413-1**)

## CHAPITRE 2: LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Le mariage est un acte solennel qui nécessite certaines formalités: pour consentement mais aussi pour des cas postérieurs au mariage.

## **I- Les formalités antérieures à la célébration du mariage**

Elles permettent à l'officier d'état civil de voir si les conditions de fond sont bien réunies: elles sont au nombre de trois.

### A) La production de certains documents

**Article 63 du Cc:** il faut fournir une copie intégrale de l'acte de naissance datant d'au moins 3 mois (vérifier bigamie), pièce d'identité officielle (mariage naturalisant).

### B) L'audition des futurs époux

**Article 63, 64, 65, 166, 169 Cc:** quand il demande l'audition, conséquence (saisine Procureur).

### C) La publication du mariage

**Article 63 et 64 Cc:** le mariage est annoncé par voie d'affichage, 10 jours au moins avant la date du mariage (identité des futurs époux). Pour que des tiers, a la lecture de cette affichage, saisir l'officier d'état civil s'il y a problème (bigamie...).

**Article 169 Cc:** Le Procureur de la République peut dispenser la publication dans certains cas graves (grossesse très avancée, pas attendre 10 jours).

## **II- La célébration du mariage**

Echange des consentement en présence d'un officier d'état civil: celui de la commune du domicile des époux (**article 165 Cc**) = interdit le mariage clandestin.

Une dispense est cependant possible avec autorisation du Procureur.

### **Article 65 Cc.**

- Le présence des époux est obligatoire
- Témoins: lecture de certain article du Code civil (212 à 215 + 271-1 qui définit l'autorité parentale) sur fidélité, assistance, secours.

## **CHAPITRE 3: SANCTION DES IRREGULARITES DU MARIAGE**

### **SECTION 1: Les oppositions au mariage (article 172, 175 Cc)**

**L'opposition:** acte par lequel une personne ayant connaissance d'un cas d'empêchement à mariage fait défense à l'officier d'état civil de célébrer l'union. Ce dernier doit alors surseoir à la célébration jusqu'à ce que main levé soit obtenu.

#### **I- Les cas d'opposition**

Aujourd'hui seul personne peuvent faire opposition et pas pour n'importe quel motif: 4 cas

- L'opposition qui viendrait des ascendants des époux, ou grand-parents si les parents sont décédés: droit d'opposition général (**article 173 Cc**)= ils peuvent invoquer tout motifs légaux (bigamie)
- 1er conjoint: **article 172 Cc** on ne peut invoquer que la bigamie (ils sont mariés, l'autre se remarie)

- Collatéraux (frère, soeur, oncle, cousin) **article 174 Cc**, tuteur, curateur (**article 170 Cc**): ne peuvent s'opposer qu'en cas d'absence de consentement et la démence d'un des futurs époux.
- Ministère public: **article 175-1 du Cc** il peut former opposition dans tous les cas ou il pourrait demander la nullité.

## II- Les formes d'opposition (article 176 Cc)

Pour éviter les oppositions fantaisistes:

- Il faut donc donner son nom, sa qualité (cousin, grand parent)
  - Les motifs (bigamie, consentement)
  - Préciser le texte de loi sur lequel l'opposition est basée
  - Elle doit faire l'objet d'une signification à l'officier d'état civil (par huissier) et aux futurs époux.
- NB: la preuve n'est demandée que si les époux conteste l'opposition

## III- Les effets de l'opposition

### A) Suspension de la célébration

Suspension temporaire: c'est à dire que l'acte d'opposition n'est efficace que pendant un an (après le mariage pour être célébré). L'opposition peut être renouvelée (**article 176, 3 Cc**), si l'opposition vient d'un ascendant, un autre ne peut pas faire opposition (**article 173, 2 Cc**). Exception pour le ministère public: **article 176, 4 Cc** il intervient en temps que gardien de l'ordre public et n'intervient que dans les cas les plus graves. Sa décision perdure donc dans le temps (efficace au bout d'un an).

### B) Recours des futurs époux: demande en mainlevée

Ils ont la possibilité d'introduire une demande en mainlevée de l'opposition.

Le **TGI** est compétent, il doit se prononcer dans les 10 jours de l'introduction de la demande: soit il dit que l'opposition est fondée soit il donnera mainlevée de l'opposition (dans ce cas, on peut en plus condamner l'auteur de l'opposition à des dommages et intérêts).

Article 179 du Cc: droit d'opposition discrétionnaire

## SECTION 2: La nullité du mariage

### I- Le domaine de la nullité

Limitée aux empêchements dits dirimants (absence et vice du consentement, inceste, polygamie, mariage du mineur non autorisé, identité de sexe, mariage clandestin, incompétence de l'OEC).

La nullité est encourue que pour les empêchements dirimants (après que le juge se soit prononcé)=

- **Empêchements dirimants:** absence de consentement, vice du consentement (erreur / violence), inceste, bigamie, polygamie.
- **Empêchements prohibitifs:**  
En majorité c'est le procureur qui est à l'origine de l'opposition, mais aussi un peu l'époux.



## II- Le régime de la nullité

Selon le type de nullité, les personnes qui demandent la nullité ne sont pas les mêmes ou les délais diffèrent.

### A) La nullité relative

Elle sanctionne le non respect d'une règle qui avait pour but de protéger un intérêt particulier.

#### 1- Les vices du consentement

Erreur, violence, article 180 et 181 Cc: donne lieu a une nullité relative. Lorsqu'un tel vice existe, seul l'époux dont le consentement est faux ou la victime des violence peut agir.

**Loi 4 avril 2006:** qui avait pour but de lutter contre les violences au sein du couple et des mariages forcé, étend la nullité pour cas de violence au ministère public.

Ex: Comme on est peut être en présence d'un mariage forcé, la victime n'agira pas.

Délai pour l'introduction en justice: 5 ans après le mariage (**article 181 Cc**), à l'issu de ce délai la nullité n'est plus recevable.

#### 2- Défaut d'autorisation au mariage du mineur et du majeur incapable protégé

On parle de nullité relative parce que la règle qui impose une autorisation a pour but de protéger le majeur ou le mineur.

Dans ce cas, peuvent aussi agir en nullité ceux dont le consentement était nécessaire pour le mariage et qui n'a pas été donné.

Ex: les parents pour le mariage du mineur, le tuteur...

L'action se prescrit par 5 ans: si c'est le mineur qui veut agir en nullité, ce délai commence avec sa majorité et non pas à partir du mariage / pour les ascendants ca commence au jour ou ils ont eu connaissance du mariage (**article 183 Cc**)

Ils peuvent affirmer le mariage: « je sais que le mariage est irrégulier mais je renonce à la nullité » = confirmation tacite du mariage (**article 183 du Cc**)

### B) La nullité absolue

La nullité est absolue lorsqu'est porté atteinte à une règle de formation du mariage assurant la protection d'un intérêt général.

Dans le Cc, la distinction entre ces nullités n'est pas écrite (« demandée par toute personne qui peut justifier d'un intérêt général » = nullité absolue).

#### 1- Les cas de nullités absolues

**Article 184 et 191 du Cc:** il y a nullité quand il y a violation de tel texte.

- En présence d'un défaut de consentement au mariage (absence d'intention matrimoniale) article 146. Ce n'est pas l'hypothèse du vice de consentement (qui est nullité relative)
- Cas de bigamie, le mariage sera d'une nullité absolue (**article 147 Cc**) => **article 189 Cc** « si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement » = une 1 épouse qui est au courant que son époux s'est marié avec une autre personne et tente de faire annuler ce mariage pour bigamie. Ce deuxième mariage peut

se défendre en disant la nullité du premier = le juge doit alors analyser en premier cette défense (se prononce sur la validité ou la nullité du premier avant de se prononcer sur la bigamie).

- Un mineur qui n'a pas eu de dispense du Procureur de la République (prévue article 145 Cc): dans ce cas la nullité est absolue. S'il n'y a pas autorisation des responsables du mineur alors la nullité sera relative.
- Les cas de mariage incestueux (**article 161 à 163 Cc**).
- La clandestinité du mariage: mariage qui n'aurait pas été célébré publiquement (différent de ceux qui n'ont pas eu de publication préalable: qui n'entraîne pas la nullité) = fermeture de la cérémonie au public, absence de témoin, hors de la mairie. Il encoure la nullité absolue, cependant cette nullité est dite facultative pour le juge: il pourra tout de même renoncer à déclarer la nullité, il ne le fera que s'il constate une intention malicieuse, une fraude des époux.
- Incompétence de l'OEC (**article 191 Cc**): lorsque le célébrant n'a pas la qualité d'OEC, nullité facultative pour le juge (son appréciation).
- Lorsqu'il y a un défaut de comparution personnelle des époux « le mariage par représentation » (**article 146-1 du Cc**).
- Mariage de personne de même sexe (**Arrêt du 13 mars 2007 Bègles**)

## 2- Les titulaires du droit d'agir en nullité absolue

Toutes personnes qui a un intérêt a agir: en plus des époux eux même et du ministère public. Cependant on distingue selon que les personnes dites intéressées qui doivent ou non justifier d'un intérêt pécuniaire pour agir:

a) Les collatéraux des époux: frère, soeur, cousin

b) Les créanciers peuvent agir en nullité s'ils peuvent agir d'un intérêt pécuniaire (**article 187 Cc** étendu par analogie aux créanciers).

Ex: deux époux vende un immeuble, seulement un seul a donné son consentement à la vente, donc l'acquéreur va essayer de faire annuler le mariage (intérêt pécuniaire à la nullité du mariage).

c) Conjoint, ascendant, Conseil de famille n'ont pas a justifier

## 3- Les cas d'extinction du droit d'agir en nullité absolue

- Délai de prescription de l'action en nullité absolue: 30 ans a compter de la célébration (**article 184 et 191 Cc**): la bigamie peut apparaître tard, apparition règle très importantes
- Confirmation de la nullité ?? pas de confirmation en principe: il s'agit de sanctionner une règle beaucoup plus importante que celle sanctionné par une nullité relative (les époux ne peuvent régulariser un mariage nulle)
- Le ministère public ne peut agir que si les époux sont vivant: extinction du droit d'agir avec le décès d'un ou des époux.

## III- Les effets de la nullité

**Nullité rétroactive:** annule effets futurs mais aussi passés.

Ex: Si un des époux est devenu français de par le mariage, il perd la nationalité française.

Ex: Les empêchements à mariage sont levés

Ex: Si le mariage a été annulé après le décès d'un des époux, il devra restituer sa part de l'héritage.

### A) La survie exceptionnelle du mariage à l'égard des ex-époux: mariage putatif

Cette hypothèse de la dérogation à la rétroactivité est prévue à l'article 201, 1 Cc « le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins ses effets quand il a été contracté de bonne foi ».

#### 1- L'étendu de la survie: effets passés seulement

On limite les conséquences de la nullité aux effets futurs: on ne revient pas sur les effets passés (nationalité)

Ex: Si un des époux décède avant l'annulation du mariage: celui qui a hérité va conserver sa part / s'il intervient après la nullité, l'autre époux ne pourra pas hériter.

#### 2- Les conditions de la survie: la bonne foi

- Il faut que les époux aient ignorés la cause de nullité du mariage
- La bonne foi s'apprécie le jour de la cérémonie
- **Arrêt 1913** la jurisprudence considère que la bonne foi est présumée: c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver.
- S'ils sont tous les deux de bonne foi: ils peuvent se prévaloir du mariage putatif

Distinction selon que les deux époux sont de bonne foi ou que seul l'un d'eux l'est (**article 201, 2 Cc** « le mariage ne produit ses effets que vers l'époux de bonne foi ») = pour l'époux de mauvaise foi on fera jouer la rétroactivité.

Ex: Pour répartir les biens des ex époux, il est prévu d'offrir à l'époux de bonne foi une option ou de faire bénéficier à l'époux de mauvaise foi du mariage putatif ou alors de ne pas en profiter pour lui.

Les juges accueillent l'action de la personne de bonne foi sur le fondement de l'article 1382 du Cc est obtenir des dommages et intérêts + prestation compensatoire.

### B) La survie exceptionnelle des effets passés du mariage annulé à l'égard des enfants

**Article 202 Cc:** « ce mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins ses effets passés à l'égard des enfants quand bien même aucun des époux auraient été de bonne foi ».

=> ce texte reste utile pour éviter que la nullité du mariage remette en cause la filiation paternelle des enfants (**présomption de paternité:** le père des enfants est présumé être le mari de la mère).

## ***TITRE 2: LES EFFETS DU MARIAGE***

**Chapitre 5 du Cc** « des obligations qui naissent du mariage » qui regroupe les **articles 203 à 211**. En réalité, ce chapitre ne traite que des obligations alimentaires entre les membres d'une même famille = pas un effet propre du mariage.

## **Chapitre 6 du Cc « des devoirs et des droits respectifs des époux » articles 212 à 226**

### **CHAPITRE 1: LES REGLES DES EFFETS DU MARIAGE**

#### **SECTION 1: Les règles réciproques des époux**

**Loi 1965:** proclamation de l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage (devient un principe supra-législatif CESDH).

**Ex:** la femme devait obéissance et les hommes protection

#### **I- Les devoirs réciproques des époux**

##### A) Les devoirs énumérés dans le Code civil

**Article 212 Cc** « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité (exclusivité sexuelle), secours, assistance... »

**Article 215 Cc** « les époux s'obligent à une communauté de vie ».

##### 1- Le devoir de fidélité

**Sanction adultère:** cause de divorce pour faute (mais ce n'est pas une cause automatique = même si on prouve, le juge ne la retient pas forcément en cause du divorce).

**5 juillet 2001:** le fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute. On ne peut donc pas engager la responsabilité civile de l'amante.

=> La motivation de l'arrêt de la Cour de cassation: la voie d'une indemnisation sera possible si la maîtresse avait une liaison juste pour nuire à la femme mariée.

**Article 1382 Cc:** l'adultère devient une faute civile, tu peux donc être indemnisé

**Relation platonique:** peut être considéré comme une infidélité.

##### 2- Le devoir d'assistance

Le **principe d'assistance:** devoir de soutien moral du conjoint dans la vie quotidienne, mais aussi lorsque se présente une épreuve. (différend de secours: entraide pécuniaire), apportant soin

...

**Article 212 Cc**

##### 3- Le devoir de communauté de vie

**Article 215 Cc:** communauté de toit et de lit: obligation de vivre sous le même toit et de partager le même lit.

- La communauté de vie: les époux doivent résider ensemble (le plus régulièrement possible), ils décident du lieu de leur résidence d'un commun accord (**article 215, 2 Cc**).  
Ex: en cas de motif légitime => militaire,
- Les relations sexuelles sont un devoir conjugal: le refus systématique, non justifié, constitue une faute (divorce pour faute ou dommages et intérêts). Cela ne signifie pas pour autant que toutes relations sexuelles entre époux est nécessairement légitime: on ne peut forcer (viol selon le **code pénale article 222-22**)

**Loi du 9 juillet 2010:** jusqu'à cette loi on prévoyait une présomption à l'acte sexuel dans le cadre du mariage (présupposé consentant dans le cadre du mariage) = la preuve du viol est toujours difficile.

#### 4- Le devoir de respect

**Article 212 Cc introduit par la loi du 4 avril 2006:** lutte contre les violences conjugales: ce devoir date donc de cette loi.

Ex: respecter conviction politique, religieuse, syndicale, ne pas s'injurier.

**Loi du 9 juillet 2010:** relative au violence au sein des couples, créé un délit de violence de psychologique au sein du couple.

#### B) Les devoirs découverts par la jurisprudence

Divorce prononcé pour faute qui ne sont pas basés sur les articles 212 et 215 du Cc:

- Devoir d'adopter un comportement non déshonorant.  
Ex: avortement sans prévenir le marié, comportement vexatoire et injurieux.  
Ex: passion du jeu, alcool
- Devoir de ne pas consacrer trop de temps à son engagement syndical, associatif ou religieux.
- Devoir de communiquer, partager la vie quotidienne.

#### **II- Les missions communes des époux (article 213 Cc)**

**Article 213 Cc:** « deux missions: la co-direction de la famille morale et matérielle et pourvoir à l'éducation des enfants et préparer leur avenir ».

Renvoi à la fin du cours sur l'autorité parentale

#### **SECTION 2: Les liens patrimoniaux entre époux/règles à caractère patrimonial**

Une partie de ces liens patrimoniaux relèvent de la volonté des époux: gestion patrimoine (communauté bien ou pas).

Règles impératives: qui s'appliquent impérativement à tous les couples mariés = régime primaire, ou régime patrimonial impératif

Article 214 et suivant Cc: elles ont en commun que « parce que maintenant les époux sont mariés, seuls patrimoines ne peuvent pas être indépendant d'un de l'autre ».

#### **I- Le devoir de participer aux charges du mariage**

**Article 214 Cc:** ce devoir signifie que les époux doivent faire les dépenses nécessaires au bien être de la famille (déco, éducation, loyer, frais maison de vacances) « à proportion de leurs facultés respectives ».

=> selon les revenus de chacun.

=> cette contribution peut s'exécuter en nature: femme au foyer sans revenu (implication).

=> la proportion est facultatif: les époux peuvent se mettre d'accord pour un autre mode de répartition.

**Sanction:** si un époux refuse de participer aux dépenses nécessaires = condamnation pour qu'il

lui rembourse une partie des dépenses. Le juge pourra fixer le montant mensuel dut par chacun.  
**Procédure:** article 211 Cc.

## II- L'autonomie des époux pour la conclusion de certains actes

### A) L'autonomie pour la conclusion de contrats domestiques

**Article 220, 1 Cc:** un époux peut conclure seul un contrat dans l'intérêt de la famille « entretien du ménage ou éducation des enfants ».

=> les deux sont engagés (si créancier réclame argent) « toute dette contractée par l'un, engage l'autre solidairement ».

=> obligation solidaire = le créancier va pouvoir réclamer l'ensemble de sa créance à l'un ou l'autre (pas besoin de diviser)

=> cette possibilité de conclure seul un contrat et d'engager solidairement l'autre n'est valable que pour l'entretien du ménage et l'éducation

Ex: vêtement, santé

#### **Pas de solidarité:**

- Dépense excessive
- Frais dont le montant dépasse ce dont il avait besoin
- Pas lieu en cas d'achat à tempérament:

### B) L'autonomie bancaire

**Article 221 Cc:** Chacun des époux peut ouvrir seul un compte en banque (jusqu'en 1965: incapacité femme marié)

### C) L'autonomie pour engager ses biens personnels

**Article 225 Cc:** « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels »

Principe: cette règle est **impérative**: interdiction d'une clause d'unité d'administration de bien par laquelle les époux s'accordent pour qu'un seul gère la gestion des bien

Exception: mise en danger de la famille

### D) L'autonomie mobilière pour les meubles détenus individuellement

**Article 222 Cc:** un époux détient matériellement un meuble (= tout ce qui se déplace: ordinateur) alors qu'il n'en est pas propriétaire (l'autre époux).

- L'époux détenteur veut l'entretenir, le vendre... en principe il ne le peut pas puisqu'il n'est pas propriétaire (voir au dessus).
- Cependant pour pas que ce soit trop lourd, pour éviter que le tiers qui va conclure cette transaction ait à vérifier qui est le véritable propriétaire: le détenteur peut administrer, obliger et aliéner ce bien.
  - a) Il faut que le tiers soit de bonne foi : qu'il soit prévenu que la personne en face de lui n'est pas le propriétaire
  - b) Qu'il s'agisse d'un meuble corporel (qu'on puisse détenir matériellement).
- Exceptions: où on revient à la règle précédant.

a) Les meubles dont la nature fait présumer qu'ils appartiennent à l'autre conjoint  
Ex: vêtement de sa femme

#### E) L'autonomie professionnelle

**Article 223 Cc:** « chaque époux est libre d'exercer la profession de son choix et de percevoir les salaires, et d'en disposer comme il l'entend ». Après les charges du mariage

### **III- L'interdiction d'agir seul dans un souci de protection de la famille**

#### A) La protection du logement et des meubles meublants

**Article 215, 3 Cc:** « protéger le cadre de vie de la famille, à cette fin, tous les actes de disposition portant sur le logement et les meubles meublants, ne peuvent être fait qu'avec le consentement des deux époux ».

=> co-gestion, même si ce sont des biens personnels.

=> si un des époux ne respecte pas cette règle de co-gestion: l'autre qui n'a pas consenti peut demander la nullité de l'acte de disposition ».

#### B) Les mesures conservatoires prononcées par le JAF

Un des époux, par son comportement, met en danger les intérêts de la famille = le juge peut prendre toutes les mesures urgentes qui sont requises (**article 220-1 Cc**).

Ex: drogué du jeu = le JAF peut interdire à cet époux d'effectuer certains actes qu'il aurait pu normalement accomplir seul + obtenir le consentement de l'autre pour certains actes.

- Mesures provisoires: le JAF fixe la durée dans une limite de 3 ans
- L'ordonnance pourra donc être modifiée s'il n'y a plus de péril
- **Sanction:** nullité relative de l'acte (ne peut être demandé que par l'autre époux, qui aurait du consentir à cet acte).

### **IV- Le droit exceptionnel d'agir seul**

#### A) Acte normalement accompli par l'autre

Lorsqu'un époux **s'absente** longtemps: il va pouvoir donner mandat à l'autre de le représenter (**article 218 Cc**), d'accomplir à sa place les actes qu'il devait accomplir = **représentation conventionnelle** (c'est par la volonté de l'époux que cette représentation existe)

Lors d'une infirmités physique: n'est plus en état de manifester sa volonté, à défaut d'une représentation conventionnelle = c'est le juge qui peut habiliter un époux à représenter son conjoint empêché d'agir = **habilitation judiciaire** (article 219 Cc).

a) Habilitation générale (représenté dans tous les actes qu'il aurait du accomplir)

b) Habilitation que pour certains actes

#### B) Acte pour lequel le consentement de l'autre était requis

Ex: Acte de disposition sur le logement commun

Ex: Si un des deux **refuse** d'accomplir cet acte sans justification et dans l'intérêt de la famille, ou

si l'époux est dans l'**incapacité** d'exprimer sa volonté: l'autre peut demander au juge **d'accomplir seul cet acte (article 217 Cc)**

L'époux va pouvoir agir à la place de l'autre, mais il n'agit pas en qualité de représentant du conjoint qui refuse: il agit en son nom personnel et il est seul engagé (il n'engage pas en même temps celui qui refuse, **article 217, 2 Cc**).

## **CHAPITRE 2: LA PORTEE DES EFFETS DU MARIAGE**

### **SECTION 1: Les dérogations conventionnelles aux effets du mariage**

**Conventionnelle:** d'un commun accord, les époux peuvent se soustraire à certains effets du mariage.

#### **I- La nullité de principe des dérogations conventionnelles aux effets du mariage**

**Article 1388 Cc:** « les époux ne peuvent déroger ni au devoir ni au droit qui découlent du mariage » = devoir de fidélité, communauté de vie, solidarité (dettes ménagères) = ils seraient nuls.

#### **II- La nullité par ricochet du mariage**

Si on constate qu'un couple s'est dispensé de certain effet du mariage, cela rend-il leur mariage nul ?

Si on constate qu'à travers ses accords, les époux vont se dispenser des effets du mariage, on considère le mariage nul

1963 APIETTO

S'ils se dispensent pas d'un effet direct = mariage valable

#### **III- Les effets indirects produits par les dérogations conventionnelles aux effets du mariage**

En dépit de la nullité de principe de ces dérogations, on constate une certaine tendance des juges à faire produire à ses accords des effets indirects:

- Ils ne sont toujours pas valables
- Prend en compte ces accords: notamment lors d'un divorce. On laisse produire à ces dérogations des effets indirects.

Ex: **article 117 du CPC** qui autorise le juge lorsqu'il statue sur les mesures provisoires dans le cadre d'un divorce, à prendre en considération les arrangements que les époux ont conclus entre eux.

Ex: S'il doit décider si le couple est autorisé ou non à résider séparé, il va demander s'ils sont ok. Alors que normalement c'est interdit.

### **SECTION 2: La sanction des violations aux devoirs du mariage**

#### **I- La sanction de violation de devoirs personnels**

**Pas d'exécution forcée:** forcer une personne à exécuter des trucs: les obligations à caractère



personnel (fidélité), la condamnation sous astreinte (= incitation à l'exécution volontaire d'une obligation sous la menace du paiement d'une somme d'argent en cas de retard) sont in susceptibles d'exécution forcée (**article 1142 Cc**).

**Deux sanctions concevables:** la condamnation de l'époux fautif (**article 1382 Cc** = responsabilité civile) Ex: violation du devoir de respect + divorce pour faute (l'autre peut imposer le divorce, malgré un refus).

**2004:** réforme du divorce, a été proposé la suppression du divorce pour faute. Proposition rejetée par les sénateurs « si on supprime le divorce pour faute il n'y a plus de sanction à la violation des devoirs du mariage »

## **II- La sanction de la violation de devoirs patrimoniaux**

L'exécution forcée est concevable: on peut ainsi obtenir du juge qu'il condamne l'autre époux, qui refuse de payer, à contribuer aux charges du mariage = **procédure de paiement direct** (dite **procédure d'exécution forcée**, qui permet la saisie des salaires) et de **recouvrement public** (**Article 211 Cc**).

Découlent d'une loi du **2 janvier 1973**

### ***TITRE 3: LA DESUNION DU COUPLE MARIE***

**Article 227 Cc:** le mariage prend fin avec la mort ou le divorce

Il existe tout de même d'autres raisons à la fin du mariage... la séparation de corps par exemple (= on ne rompt pas le lien conjugal mais on le relâche).

**Divorce:** dissolution judiciaire du mariage (juge), prononcée du vivant des époux et à la demande de l'un ou des deux d'entre eux.

#### **CHAPITRE 1: LE DIVORCE**

**Le droit du divorce:** beaucoup de réforme

- Pendant très longtemps le droit français ne connaissait pas le divorce. Avant la révolution française c'était un sacrement religieux et le mariage indissoluble.
- Après la Révolution, on introduit le divorce: prévoit même un divorce pour « incompatibilité d'humeur » = très libéral.
- 1804: rédaction Cc, Napoléon, le droit révolutionnaire trop permissif, revient à solution plus mesurée: divorce reconnu mais il est limité à deux cas = faute d'un des époux, consentement mutuel
- 1816: revient à la restauration, divorce prohibé, in dissolution du mariage
- Loi NAQUET de 1884 pour que le divorce soit réintroduit (que le divorce pour faute): recherche la faute, l'invente...
- Après la 2<sup>e</sup> WW: augmentation de la durée de vie, travail des femmes, libération sexuelle,

diminution de la religion = le divorce devient presque naturel.

Ex: Malte ne connaît pas le divorce mais la séparation de corps.

- Juillet 1975: grande réforme du divorce pour prendre en compte les évolutions des mœurs: diversifier les cas de divorce (par consentement mutuel, pour rupture de la vie commune)
- 90's volonté de réformer à nouveau de divorce: le divorce est l'affaire du couple, le juge devrait ne mettre en retrait et donner plus de valeur à la volonté du couple, contractualiser le divorce, simplifier la procédure et de l'accélérée. Loi du 26 mai 2004: divorce connu aujourd'hui.

## **SECTION 1: L'action en divorce**

C'est l'Etat qui prononce la dissolution par l'intermédiaire de ces juges: la procédure n'est pas publique (**article 248 Cc**).

Dans d'autres pays, le divorce n'est pas nécessairement prononcé par un juge: notaire, autorités administratives. Pour le cas de la France, on a discuté l'idée de dispenser certains époux de passer devant le juge: idée non retenue.

### **I- La compétence juridictionnelle : le JAF**

On distingue:

- a) Compétence d'attribution: juge compétent selon la matière du litige (travail, divorce).
- b) Compétence territoriale: aptitude à connaître d'une affaire selon la géographie (entreprise à tours)

#### **A) La compétence d'attribution**

Le JAF est le seul juge compétent pour prononcer le divorce: juge du TGI, délégué aux affaires familiales.

Cette compétence d'attribution est, depuis **12 mai 2009**, précisée à l'**article L 213-3 COJ** (Code Organisation Judiciaire): abroge l'**article 228 Cc** qui prévoyait la compétence.

Le juge aux affaires familiales connaît:

- De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation des biens judiciaires, sous réserve des compétences du Pt du TGI et du juge des tutelles des majeurs.
- Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par une PACS et des concubins, sauf en cas de décès et de déclaration d'absence.
- Des actions liées: a la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du PACS et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants / exercice autorité parentale / révision de la prestation compensatoire...

=> Il peut renvoyer à la juridiction collégiale du TGI: initiative du JAF s'il se sent seul ou de la famille

#### **B) La compétence territoriale (Article 1070 CPC)**

- 1- Compétence territoriale pour les divorces conflictuels (**article 1070, 1 CPC**)

Le JAF territorialement compétent est celui du lieu de la famille:

Résidence différente:

- En présence d'enfants mineurs:
  - a) avec exercice conjoint autorité parentale, le JAF territorialement compétent est celui de la résidence du parents avec lequel les enfants résident normalement.
  - b) si l'autorité parentale est exercée par un seul: JAF du lieu du parent qui exerce l'autorité
- Pas d'enfant: juge du lieu de la résidence du défendeur.

2- Compétence territoriale pour le divorce par consentement mutuel (**article 1070, 2)**

Ceux sont les époux qui choisissent: le JAF de la résidence de l'un ou l'autre

3- Compétence pour se prononcer sur une question financière exclusivement

Ex: après le divorce, entretien des enfants...

Le juge compétent peut être celui du lieu de la résidence de l'époux créancier ou le parent qui assument la charge des enfants.

## **II- La qualité et la capacité pour agir**

### A) Qualité pour agir en divorce: action réservée aux époux

**Qualité pour agir:** qualification pour agir en justice exigée à peine d'irrecevabilité de la demande et qui résulte soit de la qualité requise par la loi (actions attitrées, comme l'action en divorce) soit, dans les actions ouvertes à tout intéressé de la justification d'un intérêt.

=> seul les époux, pas de Procureur.

### B) Capacité pour agir (**article 249 Cc**)

**Capacité pour agir:** aptitude à faire valoir soi-même ses droits en justice comme demandeur ou défendeur sans être représenté par un tuteur par ex.

- Majeur en tutelle:
  - a) S'il est demandeur à l'action: la demande va être formée par le tuteur, avec l'autorisation du Conseil de famille + il faudra un avis médical.
  - b) S'il est défendeur à l'action: la demande doit être adressée au tuteur.
  - b) Si le tuteur est le conjoint: on nomme un tuteur spécial pour la procédure.
- Majeur en curatelle: **article 249-1 Cc** qu'il soit demandeur ou défendeur c'est lui qui exerce l'action mais avec l'accord du curateur.
- Majeur sous sauvegarde de justice: **article 249-3 Cc** on va passer sous un régime de protection plus protecteur = ouverture d'un régime de curatelle ou tutelle.
- Quelque que soit la protection certaines formes de divorce sont exclues: article 249-4 = divorce par consentement mutuel et le divorce sur acceptation du principe de la rupture.

## **SECTION 2: Les conditions du prononcé du divorce**

**Article 229 Cc:** consentement mutuel (60%), divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (ancien divorce sur double aveu), pour altération définitive du lieu conjugal (ancien pour rupture de la vie commune), le divorce pour faute (13%).

### **I- Le divorce « consensuel » (dit « consentement mutuel »)**

**Article 230 Cc:** par consentement mutuel « il est demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture et ses effets ». Il porte que deux grand éléments:

- Le principe de la rupture
- Les conséquences de la rupture

#### A) La demande en divorce

**Article 250 Cc:** prévoit la demande en divorce.

- Elle est présentée par les avocats des ex-époux: soit ils en ont chacun un, soit un seul pour les deux choisit d'un commun accord.
- Cette demande doit contenir un projet de convention: on va écrire l'accord dans la convention, où on met les conséquences du divorce (qui garde la maison...)
- Le JAF examine la demande, avec chacun des époux individuellement et sans leurs avocats.

#### B) La décision du juge

**Homologation:** approbation par le juge d'un acte à la suite d'un contrôle de légalité et d'opportunité de cet acte (contrôle assez approfondi).

#### 1- Le prononcé de l'homologation et du divorce (article 232 Cc)

- Contrôle exercé par le juge, conditions posées à l'**article 232 Cc**: contrôle la volonté de chacun des époux et que leur consentement est libre et éclairé + vérifie que la convention (accord que les époux ont présenté sur les conséquences du divorce) préserve assez les intérêts des enfants où de l'un des époux.  
Conditions cumulatives pour l'homologation, le juge ne porte pas d'opinion sur les motifs du divorce.
- Recours contre l'homologation et le prononcé du divorce:
  - a) Demande formée par un des époux: **article 1102 CPC** irrecevable car il existe un principe d'indivisibilité de la convention homologuée et le prononcé du divorce.
  - b) Demande qui proviendrait de tiers: créanciers d'un des époux (Ex: si la convention prévoit l'abandon des biens d'un époux à l'autre) peut **agir en inopposabilité** (= rend la convention inopposable à lui, pas d'effet pour lui, le propriétaire est toujours détenteur de ses biens). **Article 1104 CPC.**

#### 2- Le refus de l'homologation et du divorce (**article 250-2 Cc**)

Suite à son contrôle d'opportunité et légalité, il ne prononce pas le divorce (refuse d'homologuer la convention) et peut tout de même instaurer des mesures provisoires (dans l'attente d'une nouvelle convention: 6 mois pour en présenter une nouvelle selon l'**article 250-2 Cc** / s'ils ne

respectent pas ce délai ou si le juge dit encore non, la demande en divorce devient caduque **article 250-3 Cc** = il faudra en introduire une nouvelle)

Projet de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel: plus de juge mais seulement un notaire.

Projet de la présenté au Conseil des ministres le **3 mars 2010**: simplifier et accélérer ce divorce, se dispenser d'une audience devant le juge, sauf s'il y a des enfants.

## II- Les divorces « conflictuels »

Ex: procédure unique = divorce acceptée, pour aération, faute

### A La procédure commune aux divorces conflictuels

#### 1- La requête initiale (**article 251 Cc + 1106 CPC**)

L'initiative du divorce n'émane que d'un seul époux, il présente une requête au juge par le biais d'un avocat = **requête initiale**.

Cette requête ne doit pas indiquer les motifs (faits) du divorce car sinon on mettrait des accusations, affirmations qui pourraient faire obstacle à toute conciliation. On va juste mettre des demandes en divorce, et faire des demandes de mesures provisoires (durant la procédure).

Le juge convoque alors les époux, pour tenter une conciliation, mais il peut dans certain cas la faire précéder de mesure d'urgences

#### 2- Le prononcé de mesures d'urgence (**257 et 220-1 Cc**)

Deux hypothèses visées: mesure pour autoriser un époux a vivre séparément (violence), mesure conservatoire pour préserver les droits d'un époux (scellés sur biens communs).

**Article 221-2 Cc**: permet au juge de prononcer des mesures d'urgence qu'on soit en procédure de divorce ou en formation de mariage. (mesures conservatoires)

#### 3- La conciliation (**article 252 à 252-4 Cc**)

Il est prévu qu'une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire:

- Avant 2004: le but était de réconcilier les époux, s'ils ne voulaient pas renoncer au divorce = peu de succès.
- Aujourd'hui: le but est d'amener les époux à s'entendre sur le principe et ou les conséquences du divorce (**article 252, 2 Cc**) = passer d'un divorce conflictuel a consensuel ou accepté + inciter les époux à se séparer intelligemment, sans enfant.

*Déroulement*: article 252-1 Cc. Le juge s'entretient avec chacun des époux, seuls, les réunit, puis introduit les avocats. Il peut suspendre quand il veut la conciliation (pas + de 8 jours / une suspension plus longue peut être demandée, nouvelle suspension dans les 6 mois): besoin de réfléchir, trop de débordements.

*Confidentialité* de cette conciliation: ne pourra pas servir contre l'un des époux (faute évoquer).

=> pb: le JAF qui rend jugement, ne peut pas oublier ce qu'il a entendu.

Rend une **ordonnance de non conciliation** (ONC): le JAF constate que le demandeur maintien

sa demande, n'a pas renoncé au divorce même si on a réussi à concilier les époux sur telles ou telles conséquences du divorce => marque l'introduction de la demande en divorce, fixe mesures provisoires.

#### 4- Les mesures provisoires (254 à 256 Cc)

Le JAF peut prendre toutes les mesures provisoires qui s'imposent pour régler la situation des enfants et des époux jusqu'au jugement.

**Article 255 Cc:** renvoie les époux vers la médiation familiale (médiateur est un tiers qui va tenter de renouer le dialogue dans le couple afin qu'il parviennent à s'entendre sur les conséquences du divorce et notamment sur la question de la résidence de l'enfant, prestation compensatoire).

Ces mesures provisoires peuvent devenir caduque: aucun des époux n'introduit l'instance en divorce dans les 30 mois qui suivent l'ordonnance ou lorsque les époux se sont réconciliés (**article 1113 CPC**).

#### 5- La demande introductive d'instance en divorce (257-2 et -1)

Lorsque l'époux qui est à l'origine de la requête initiale persévère, doit après l'ONC former une demande introductive d'instance en divorce.

Cet acte doit contenir, à peine d'irrecevabilité, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux + le cas de divorce demandé par l'époux (accepté, faute) et si à l'occasion de l'audience de conciliation on a pu s'entendre sur le principe de la rupture, cette cause de divorce est définitivement acquise et peut être invoqué dans la demande introductive.

Ex: le demandeur va proposer une prestation compensatoire...

#### B) Le divorce sur acceptation du principe de la rupture (233)

Les deux époux veulent mettre fin au mariage mais ne sont pas d'accord sur les conséquences du divorce. C'est un divorce conflictuel parce qu'il y a tout de même un désaccord.

##### 1- La demande

Elle peut être faite par l'un, ou l'autre des époux, ou par les deux.

##### 2- Un divorce objectif

On a pas à justifier des motifs qui nous poussent à divorcer: objectivise la rupture (**article 233 Cc**)

**Article 234 Cc:** le juge doit veiller à ce que le consentement soit donné par celui qui accepte le principe de la rupture.

##### 3- Absence de rétractation

La rétractation de l'accord est difficile (impossible) une fois l'accord donnée, même pas la voie de l'appel (**233, 3**).

=> éviter des procédures trop longues

**Avis de la Cour de cassation du 9 juin 2008:** « la remise en cause de l'acceptation est envisageable en présence d'un vice du consentement » (erreur, dol, violence).

### C) Le divorce pour altération définitive du lien conjugal: divorce imposé

1- Le droit antérieur à la réforme de 2004: le divorce pour rupture de la vie commune

Ce divorce permettait à l'un des époux d'imposer le divorce à l'autre: alors même que celle-ci refuse et n'était en plus pas fautive. Prononcer une rupture qui c'était déjà fait dans les faits puisqu'il n'y avait pas de vie commune.

*Preuves:*

- a) Prouver la séparation de fait (rupture vie commune): depuis au moins 6 ans
- b) Prouver que son mari avait ses facultés mentales altérées de manière définitive, depuis 6 ans.

*Conséquences:*

Il est assez dérogatoire: unilatéral, on l'impose à une personne qui en plus peut être malade.

- a) Donc le demandeur devait dire comment il allait assumer financièrement ce divorce.
- b) Clause d'exceptionnelle dureté: on pouvait malgré cependant refuser le divorce à cette personne lorsque le défendeur arrivait à prouver que ce divorce aurait des conséquences d'une exceptionnelle dureté pour lui ou ses enfants.

=> répudiation.

=> 1975 à 2004.

2- Le droit positif: en vigueur

*Divorce pour altération définitive du lien conjugal:*

- On a plus la clause d'exceptionnelle dureté: le défendeur ne peut plus rejeter cette demande en divorce.
- Le demandeur n'a plus l'obligation d'en assumer les conséquences financières: pour savoir le montant de la prestation compensatoire, on fait une étude objective de la situation financière des deux, on ne tient plus du tout compte de l'origine de la rupture.  
**Ex:** le divorce peut être imposé à une personne qui n'en veut pas et qui peut en plus avoir à payer une prestation compensatoire.
- **Article 266 du Code civil:** éventuellement des dommages et intérêts peuvent être accordés à un des époux pour réparer les conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait du divorce. Notamment dans le cas où elle est défendeur du divorce pour altération définitive.  
**Ex:** Cas d'une femme à qui on imposait le divorce alors qu'elle avait quitté sa famille et son pays pour suivre son époux.

*Conditions:* **article 238 du Code civil** prévoit deux hypothèses d'altération définitive du lien conjugal

- a) **Altération progressive:** on prononcera le divorce après avoir constaté que les époux vivent séparément depuis deux ans à compter de l'assignation en divorce.

b) **Altération immédiate:** hypothèse où un époux introduit une demande de divorce pour faute. Le défendeur contre-attaque en introduisant lui-même une demande dite « reconventionnelle » (= demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal). Cette demande pourra être accueillie alors même que l'on a pas la durée de séparation de deux ans, parce que l'altération est là, du fait de la demande en divorce de l'autre époux.

**Face à ces deux demandes:** le juge va d'abord examiner la première demande (pour faute) = soit il va proclamer le divorce pour faute soit il va le rejeter (pas réussi à prouver la faute par exemple), il va alors examiner la seconde demande en divorce pour altération du lien conjugal (qui n'aurait pas de problème à être prouvée vu la première demande).

## D) Le divorce pour faute

### 1- Le droit antérieur à la réformes de 2004

**1984:** loi qui réintroduit le divorce pour faute. Elle dressait une liste des comportements qu'un époux pouvait avoir et qui conduisaient à un divorce pour faute.

- Comportement péremptoires: il suffisait de constater tel ou tel comportement pour que le divorce soit prononcé, sans que le juge puisse rejeter cette demande: adultère, ou le fait qu'un époux soit condamné à une peine afflictive et infamante (grosse peine).
- Comportement facultatifs: le juge disposait d'un pouvoir d'appréciation, il pouvait soit prononcer soit refuser le divorce.

**1975:** réforme qui met fin à cette liste, pour donner plutôt une définition générale de la faute cause de divorce.

Le divorce pour faute avant 2004 était vraiment conçu comme un divorce sanction. Le législateur arrivait vraiment à la condamnation de l'époux fautif (il ne pouvait pas prétendre à une prestation compensatoire, même s'il était défendeur).

Le problème de ce lien entre divorce pour faute et conséquence financière est que cela incitait les époux à trouver une faute à l'égard de l'autre = envenimait les procédures.

### 2- Le droit positif

Il faut donc plusieurs **conditions cumulatives:**

#### a) La notion de faute

**Article 242 du Code civil** (définition).

La faute cause de divorce est un manquement au devoir et obligation du mariage (identifier le devoir violé).

**Ex:** refus injustifié d'avoir un enfant, comportements déshonorants.

- « Cette violation doit être graves ou renouvelées »
- « Ce manquement doit être imputable à son conjoint » = celui qui est à l'origine du comportement devait avoir conscience de ce qu'il faisait et qu'il ne pouvait pas faire autrement.

**Ex:** Un homme a démonté l'épaule de sa femme alors qu'il l'a sortait un trou, d'un puit dans lequel elle était.

**Ex:** Une femme ne peut pas demander le divorce pour faute alors que son mari la bat, elle et ses



enfants, parce que celui ci est fou. Il lui reste plus que le divorce pour altération du lien avec la condition des 2 ans.

**Ex:** Un homme qui trompe sa femme et qui veut divorcer ne peut pas invoquer sa propre faute.

- « Rend intolérable le maintien de la vie commune » = certain manquement ne rend pas intolérable la vie commune. Appréciation *in concreto* (intolérable pour la personne) et *in abstracto* (intolérable pour nous tous) des juges du fond.

**Ex:** Couple échangiste.

#### b) La date d'appréciation de la faute

- Les fautes cause de divorce doit avoir eu **lieu postérieurement au mariage**.
- Les fautes **postérieures à l'ordonnance de non conciliation** (cas où on a commencé la procédure de divorce). Elle s'arrête seulement avec le prononcé du divorce .  
**Ex: Civ 2, 3 mai 1995** « l'introduction de la demande en divorce n'immunise pas le époux, ne les dispense pas des devoirs du mariage ».  
**Ex:** La Cour de cassation fait tout de même une **distinction temporelle**: lorsque l'adultère est commise juste après l'ordonnance de non conciliation il y a bien violation des devoirs du mariage. Mais si l'adultère a lieu deux ans après cette ordonnance, il n'est pas considéré comme une violation des devoirs.

#### c) La preuve de la faute

Il s'agit de prouver la violation d'un devoir du mariage: prouver un fait souvent très intime (adultère, injure, délaissement) et que l'on sait que l'on a également le droit au respect de sa vie privée. Il faut trouver un équilibre entre la preuve et le fait de préserver la vie privée de intéressés.

##### *Mode de preuve:*

- Droit commun de la droit: il s'agit de trouver une **preuve par tous moyens. Article 259 du Code civil** « les faits invoqués pour cause de divorce peuvent être faits par tous moyens » (témoignages, aveux, détectives privés).  
Cependant on a des règles spécial puisqu'on est dans un domaine qui peut heurter la vie privée: peut on intercepter le courrier, lire journal intime, consulter portable, caméra ?
- **Limites spéciales:**
  - a) S'agissant des témoignages: **article 259 in fine du Code civil** les descendants des époux ne peuvent jamais être entendus qu'il s'agissent de déclaration directe ou indirecte (écrit dans son journal).  
La jurisprudence fait une application extensive de cet article: les descendants, les descendants d'un premier lit, le conjoint et concubin des enfants.  
En revanche ne sont pas interdit les témoignages des frères et soeurs des époux.
  - b) **Article 259-2 du Code civil** s'agissant des constats: rapport ou enquête venant d'un détectives « les constats dressés à la demande d'un des époux sont écartés des débats s'ils ont été obtenu par la violation du domicile ou l'atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ». Cela relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.  
Les constats dit judiciaires ne sont pas soumis à cet article (seulement ceux demandé par les époux).  
**Ex:** Filatures sont jugées disproportionnées = atteinte illicite.

- **Limites générales: article 259-1 du Code civil** « un époux ne peut pas verser au débat une preuve qu'il aurait obtenu par violence ou par fraude ». Pour rejeter la preuve, c'est au défendeur de prouver qu'il y a eu violence ou fraude: avantage pour le demandeur puisqu'il a juste à amener sa preuve, c'est plus difficile pour l'autre de prouver violence ou fraude.  
**Ex:** Enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de son époux.  
**Ex: Civ 1, arrêt du 17 juin 2009, n°07-21796:** preuve de l'adultère par SMS. L'épouse a trouvé des SMS qu'elle avait récupéré sur le téléphone de travail de son époux = le mari n'avait pas réussi à prouver la preuve de la violence ou de la fraude.  
**Ex: Civ, 1, arrêt 28 février 2006:** preuve de l'adultère par expertise biologique (test de paternité). L'époux va prouver l'adultère de sa femme en montrant qu'il n'est pas le père de 2 des 5 enfants. Juridiquement ce père est encore le père des 5 enfants après la procédure de divorce.

d) L'exception de réconciliation

- *Situation:* où on refuse la faute invoqué parce qu'il y a eu réconciliation: **article 244 alinéa 1 du Code civil.**
- *L'effet de cette réconciliation:* le juge déclare alors la demande irrecevable (**article 244 alinéa 2 du Code civil**).
- *Conditions:*
  - a) Il faut que la faute soit connue par celui qui est victime de la faute: on ne peut pas dire qu'il lui a pardonné s'il n'est pas au courant.
  - b) Le maintien ou la reprise de la vie commune.
  - c) La volonté de pardonner la faute: **article 244 alinéa 3 a contrario du Code civil.** On ne parle de réconciliation si la vie commune reprend par cause de nécessité (pas les moyens d'avoir deux domiciles) ou pour l'éducation des enfants.
  - d) Il faut l'acceptation du pardon par l'auteur de la faute: ne veut pas reprendre la vie commune
- *Preuve de la réconciliation:* **par tous moyens.** De plus elle peut être **soumise d'office par le juge** « pouvoir donné aux juges de considérer des faits de sa propre initiatives » (on évoque des faits mais sans parler de réconciliation).

e) L'exception de faute préalable de demandeur

**Article 245 du Code civil:** on va tenir compte de la faute du demandeur, soit pour excuser la faute du défendeur soit pour quand même arriver au divorce mais par faute partagée.

- **Faute excusée: article 245 alinéa 1 du Code civil** « les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêche pas l'examen de sa demande. Cependant le défendeur va pouvoir invoquer la faute du demandeur pour contester la gravité de sa propre faute ».
 

**Ex:** Un époux demandeur reproche à son épouse des injures. Elle va dire oui je l'ai injurié mais celles ci sont excusées par la faute de mon époux qui était violent ». La demande de l'époux va donc être rejetée.
- **Faute partagée: article 245 alinéa 2 et 3 du Code civil** = il y a faute du demandeur et du défendeur. Cela va donc être un **divorce aux torts partagés** (et non aux torts exclusif)

f) Le rôle résiduel du prononcé du divorce aux torts exclusifs d'un époux

*Avant 2004:* le divorce pour faute était un divorce sanction. Donc obtenir le divorce pour torts exclusif était un vrai enjeu financier puisque l'époux au torts exclusifs avait à raquer.

*Conséquences financières:* la prestation compensatoire sera faite de même façon que les torts soient exclusifs ou partagés.

*Sanctions:*

a) **Article 266 du Code civil:** condamnation de l'époux à des dommages et intérêts s'il l'on prouve que la dissolution du lien conjugal a des conséquences d'une extrême gravité.

b) La prestation compensatoire: de façon exceptionnelle l'époux fautif peut se voir privé de prestation compensatoire alors qu'il est le moins fortuné des deux = « si l'équité le commande au regard des circonstances particulières de la rupture ».

**Ex: Arrêt de la Cour d'appel** où une épouse a été privée de prestation compensatoire parce qu'elle a divorcé très brutalement et qu'elle a rejeté ses enfants pour suivre un guide spirituel.

**BILAN:** Si ces conditions ne sont pas réunies, le juge rejette la demande et ne prononce pas le divorce. Dans le cas contraire, il va prononcer le divorce.

### **III- Les « passerelles » entre les cas de divorce »**

Cours mit sur l'ENT.

### **SECTION 3: Les effets du divorce**

Il existe des voies de recours contre un jugement de divorce: la décision du JAF qu'elle accède ou rejette est susceptible d'appel (qui aura un effet suspensif d'exécution = tant que le délai (1 mois) pour faire appel n'est pas expiré, les époux sont encore mariés).

Le pourvoi en cassation est aussi possible: dans un délai de deux mois. Lorsqu'il y a pourvoi il y a aussi effet suspensif d'exécution (pour éviter qu'il soit divorcé, puis marié etc...).

Lorsque le divorce est définitivement prononcé: on met fin aux mesures provisoires mise en place par le JAF + les effets personnels et patrimoniaux.

#### **I- Les effets personnels du divorce**

Pour le code civil, le divorce est la dissolution du mariage: met fin aux devoirs personnels qui en découlaient (assistance, fidélité, respect, communauté de vie), les époux peuvent se remarier.

Fin du mariage qui ne vaut que pour l'avenir, il n'y a pas d'effet rétroactif comme pour la nullité.

**Ex:** l'empêchement né du mariage survie au divorce et non pas la nullité.

#### A) Le divorce et les enfants

Les règles applicables aux enfants sont les mêmes que leurs parents soient divorcer, concubins séparés ou partenaires séparés. Le but étant de trouver des solutions qui préservent les enfants: « ils ne doivent pas être privés de leurs parents malgré la séparation du couple ».

**Article 373-2 Code civil:** « la séparation des parents n'a pas d'incidence sur l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants » = principe.

Cependant il faut tout de même mettre en place des modalités de l'autorité parentale: notamment la question de la résidence de l'enfant.

- Depuis une réforme de 2002: on favorise la **garde alternée**, c'est à dire qu'on va toujours faire malgré tout une étude au cas par cas.
- Soit il y a la **fixation de la résidence** habituelle de l'enfant chez un des parents: et l'autre aurait un droit de visite et d'hébergement (qui peut varier: un weekend sur deux et la moitié des vacances).

### B) Le divorce est l'usage du nom de l'ex-époux

*Principe: Article 264 alinéa 1 du Code civil* « chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint ». C'est ad dire qu'au moment de la séparation: le divorce met fin à cette usage du nom de l'autre époux.

*Exceptions:* on peut garder le nom si on a l'accord de son époux ou avec l'accord du juge si on justifie d'un intérêt particulier ou soi ou pour ses enfants (**article 264 alinéa 2 du Code civil**).

**Ex:** Une femme peut être accordée à garder le nom de son mari surtout dans le cadre professionnel (médecin connu sous ce nom...).

**Ex:** Pour garder le même nom que celui de ses enfants.

Il peut y avoir une révocation du nom: si l'épouse en fait un usage excessif + s'il y a remariage.

**Ex:** Epoux leader politique de droite, la femme se lance dans une carrière politique de Gauche.

## **II- Les effets patrimoniaux du divorce**

La fin du mariage est aussi la fin de deux patrimoines.

Faire en sorte que le divorce maintienne le niveau de vie du mariage: on solde les comptes et gomme le mariage tandis qu'on essaie de garder des effets pour le futurs.

### A) La fin d'une époque

#### 1- La liquidation du régime matrimonial

La liquidation va entrainer le partage des biens.

Le moment de cette liquidation varie selon le cas de divorce:

- Divorce par consentement mutuel: dans la convention de divorce doit contenir la liquidation du régime matrimonial tel que convenu par les époux. C'est une condition de recevabilité de ce divorce.

La liquidation est donc affaire des époux: avec un notaire et soumise au contrôle du JAF (qui homologue la convention).

- Dans les autres cas: la liquidation a lieu après le prononcé du divorce (propriétaire en indivision = propriétaire du même bien). Pour éviter l'étalement dans le temps de cette phase liquidative il y a plusieurs mesures qui sont prises par le législateur

a) Au moment de l'ordonnance de non conciliation: le JAF peut prendre plusieurs mesures provisoires (**article 255 du Code civil** « désigner un professionnel qui va dresser un inventaire des biens des époux et même désigner un notaire pour qu'il établisse un projet de liquidation du régime matrimonial »).

b) **Article 257-2 du Code civil:** dans la demande introductive d'instance (après l'ONC), il est fait obligation, sous peine d'irrecevabilité, de faire une proposition de règlement des intérêts des

époux.

c) Pendant l'instance en divorce les époux peuvent passer toute convention pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial (**article 278 du Code civil**) = parvenir à un partage amiable, qu'on soumet au JAF pour homologation. Si on arrive pas à un partage amiable, on arrive à un partage judiciaire décidé par le juge.

## 2- Le sort des donations et avantages matrimoniaux

**Avantage matrimonial:** avantage que l'on peut avoir négocié dans le contrat de mariage.

Avantage que les époux retirent des clauses du contrat de mariage, soit immédiatement, soit au moment du décès de l'un des époux.

**Donations:** sont les contrats à titre gratuit par lesquels une personne, le donateur, transfère un ou plusieurs biens à une autre personne, le donataire.

On veut dissocier la cause du divorce des conséquences financières: on fait une distinction temporelle (= s'il s'agit de donation concernant des biens présents ou avenir).

- **Les avantages matrimoniaux à effet immédiat** (= qui prennent effet au cours du mariage) et les **donations de biens présents: article 265 alinéa 1 du Cc** « pour ces deux libéralités, le divorce est sans incidence, elles restent acquises au bénéficiaire ».
- Pour les **avantages et donations avenir: article 265 alinéa 2 du Cc** libéralités qui prennent effets au décès « le divorce emporte révocation de plein droit de ces libéralités ».

## 3- Le sort du logement familial

a) **Article 1751 du Code civil:** s'il est loué à un seul des époux, le juge peut décider d'attribuer le bail à l'autre, en tenant compte des circonstances (a priori si elle a les enfants).

b) Si les époux sont tous les deux propriétaires du logement: bien commun. Pendant la procédure le juge peut en attribuer la jouissance à l'un des époux.

Lorsqu'il y a liquidation, le juge va attribuer le logement familial à l'un des époux: et attribue la pleine propriété. Celui qui récupère le logement va devoir payer une contre partie à l'autre: cela s'appelle une « **soulte** ».

c) Le logement familial est la propriété d'un seul des époux: il conserve son logement.

Lorsqu'un époux est condamné à régler une prestation compensatoire: elle peut être effectuée en nature en attribuant la propriété de la maison au créancier de la prestation compensatoire;

=> celui qui doit payer la prestations, peut exécuter son obligation, non pas en versant une somme d'argent mais en laissant la propriété à l'autre.

Il se peut que le propriétaire soit contraint de faire un bail à son ex-époux pour qu'il jouisse du logement.

### B) La nostalgie du futur: la prestation compensatoire

#### 1- Le droit à prestation compensatoire

**Avant 1975:** la fin du mariage pouvait donner lieu à la condamnation d'un époux à verser la pension alimentaire.

On parlait de pension alimentaire puisqu'elle consistait à faire profiter au conjoint innocent de

cette somme: nature indemnitaire à cette pension, on sanctionnait le conjoint fautif, nature alimentaire vu qu'elle était calculé de manière à subvenir aux besoins du conjoint innocent.

**Depuis 1975:** et surtout depuis la réforme de la **loi de 2000**, la prestation compensatoire compense cette notion de pension alimentaire entre époux (**article 270 du Cc**).

**Prestation compensatoire:** prestation destinée à compenser la disparité entre les conditions de vie des ex-époux qui résulte de la rupture du mariage. Il n'y a plus de notion de sanction, maintenir un équilibre entre les niveaux de vie (plus juste pour assurer les besoins).

« La prestation compensatoire n'est cependant pas destinée à égaliser les fortunes mais à éviter que l'un des époux soit financièrement plus atteint que l'autre par le divorce ». w<

On ne condamne pas systématiquement au versement d'une prestation compensatoire: il faut 2 conditions:

*a) Existence d'une disparité*

Situation de plus en plus courante:

- Les femmes travaillent de plus en plus.
- Parfois il y a de très faibles revenus de part et d'autre: absence de revenus.

Pour qu'il y ait prestation compensatoire, il faut donc qu'il y ait une inégalité.

*b) Le droit à prestation compensatoire est en principe sans lien avec la cause de divorce*

**Principe:** la prestation compensatoire est décidée indépendamment du cas de divorce. Il peut donc être accordé dans tous les cas de divorce, quelque soit les comportements, l'origine des fautes...

**Exceptions:** selon **article 270, 3 du Cc** « lorsque l'équité le commande, on peut priver un époux de prestation compensatoire dans le cas où le divorce est prononcé à ses torts exclusifs, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

**Ex: Civ 1, 8 juillet 2010** femme qui n'a pas eu de prestation compensatoire parce qu'elle ne justifiait d'aucun effort pour suivre une formation ou exercer un emploi.

2- Le montant et la forme de la prestation compensatoire

Il n'y a pas beaucoup de chose à faire dans les divorces par consentement mutuel: d'un commun accord et librement les époux ont négocié sur le montant et la forme de la prestation compensatoire.

Le juge va vérifier que les accords sont équitables et que les intérêts des deux époux sont préservés. Cependant les époux sont très libres = peuvent très bien fixer dans la convention que la prestation compensatoire prendra fin au remariage (**article 278 du Code civil** « les époux peuvent prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé »).

### *a) Le montant de la prestation compensatoire*

**Article 271 du Cc:** il faut tenir compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur, ainsi que de leur ressources au jour du divorce et de l'évolution de ces besoins, de ses ressources (proximité de la retraite... mais on refuse de tenir compte si le débiteur a des parents vieux et riches).

#### **La loi donne quelque critères:**

- Tenir compte des ressources des deux.
- La durée du mariage (la prestation compensatoire sera faible si le mariage n'est pas long).
- L'âge et l'état de santé des époux (**Ex:** femme 50 ans qui ne travaillait pas, on n'attend pas qu'elle trouve un travail).
- De leur qualification et situation professionnelle.
- Conséquences des choix professionnels fait par un époux pendant le mariage pour les enfants ou pour favoriser la carrière de son conjoint. (**Ex:** pour payer étude de l'époux).

Le juge va demander aux époux de produire leur salaire et va faire une **déclaration sur l'honneur** pour justifier qu'ils sont véridiques. Il n'y a pas de sanction d'une fausse déclaration sur l'honneur.

Quand il y a des enfants, c'est la qu'il y a une pension alimentaire: un des parent chez qui la résidence principale va être désigné, l'autre va verser une somme pour la contribution à l'entretien des enfants.

a) S'agissant du débiteur de la prestation compensatoire: doit verser une contribution pour les enfants. On va considérer que ces ressources sont diminuées par cette contribution: vient en déduction du calcul.

b) Du point de vu du créancier: on regarde également ses besoins et ses ressources. Il reçoit deux sommes (prestation et pension) = ne va pas en ajout puisque l'une d'entre elle est destinée aux enfants et non à l'époux. Depuis **2001**: combinaison de la prestation et de la pension.

### *b) La forme et la transmission de la prestation compensatoire*

En théorie, la prestation compensatoire peut prendre deux formes:

- Soit c'est une **rente**: versements périodiques.
- Soit c'est un **capital**: versé en une seule fois.

**Article 270, 2 in fine du Cc:** le législateur préfère la forme de capital à celle de rente car elle ne fait pas perdurer le conflit après le divorce et pour marquer une rupture avec 1975 où la pension alimentaire était forcément sous forme de rente.

**Article 274 du Cc:** deux formes de versement du capital son prévues.

a) Le versement d'une somme d'argent.

b) Attribution de la propriété d'un bien ou même juste la jouissance d'un bien (capital en nature).

**Article 275 du Cc:** Il est également prévu une autre mesure: lorsque le débiteur n'est pas financièrement en mesure de verser immédiatement le capital, il a la possibilité de **fractionner le paiement** avec des versements périodiques dans une limite de **8 ans**. Ce n'est tout de même pas la rente.

**Article 276 du Cc:** De façon exceptionnelle, le juge peut décider d'une rente: lorsque l'âge du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins. Pour décider d'une rente on va tenir compte des intérêts du créancier et non de celui du débiteur (celui qui doit) = une **rente viagère**: versée tout le temps de la vie du créancier.

**Ex:** Femme âgée qui ne saura gérer un capital.

**Article 276, 2 du Cc:** Il est possible de faire un **panachage** entre la rente et le capital (une partie du capital et pour le reste ce sera la rente).

### 3- La révision et la transmission de la prestation compensatoire

#### *a) La révision de la prestation compensatoire*

Revenir, pour le débiteur, sur le montant de la révision compensatoire est un nouveau contentieux post divorce: dispute, scruter les revenus de l'autre, est ce qu'il en a toujours besoin... On a donc voulu interdire cette révision.

D'un autre côté, ne pas réviser peut être source d'injustice surtout dans une période d'instabilité économique et de chômage.

**Jusqu'en 1975:** c'était une rente facilement révisable.

**Après 1975:** on l'a presque interdit mais ça mettait en valeur des situations très injustes.

**Juin 2000:** réforme

*Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'un capital:*

- Le montant d'un capital ne se modifie pas.
- S'il est versé par fraction: une révision va être possible mais seulement de la périodicité des versements et non du montant (**article 275, 2 du Cc**).

*Lorsqu'elle prend la forme d'une rente:*

- Le débiteur peut demander au JAF, à tout moment, de substituer à tout ou partie de la rente (**article 276-4, 1 du Cc**)

- Le créancier peut également effectuer cette demande si elle arrive à prouver que la modification de la situation du débiteur le permet (**article 276-4, 1 du Cc**).

Lorsque l'on voit les conditions pour qu'il y ait attribution d'une rente (considération de la situation du créancier) = pour décider de la fin de la rente on tient aussi compte de la situation du débiteur.

- La révision de la rente viagère est donc possible dans le cas d'un changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties. Mais lorsque l'on demande une révision du montant de la prestation compensatoire: celle-ci ne peut s'opérer qu'à la baisse. On peut demander la révision, la suspension voire la suppression selon la situation de l'un ou de l'autre.

*Changements importants dans les ressources:*

Imprévu au moment du divorce: retraite anticipée, le remariage ou le concubinage du créancier ou du débiteur, naissance d'un nouveau enfant dans un nouveau foyer.

=> Dans un divorce par consentement mutuel: si la révision n'est pas contenue dans la convention ou si elle n'est plus possible, ils devront alors se soumettre à la révision judiciaire.



### *b) La transmission de la prestation compensatoire*

Le débiteur peut-il transmettre cette charge ?

- De son vivant, le débiteur ne peut pas se défaire de cette charge en la transmettant à quelqu'un.
- A la mort du débiteur:

\* **Principe:** une dette se transmet aux héritiers (lors d'un décès on transmet un patrimoine dans lequel il y a des dettes et des créances) mais ils n'y sont **pas tenus personnellement** = ils ne doivent payer la prestation dans la limite de ce qu'ils ont reçu du défunt (**article 280, 1**).

Il est prévu **deux mesures:**

- a) Si c'est un capital renté sur 8 ans pas entièrement versé au jour du décès: on va verser tout ce qu'il reste à payer d'un coup, le capital devient **exigible**.
- b) Si c'est une rente: elle se transforme en capital immédiatement exigé.

\* **Exceptions:** les héritiers peuvent demander ensemble le maintien de la prestation compensatoire telle qu'elle existait avant le décès (**article 280-1 du Cc**). Dans un tel cas, ils s'obligent alors personnellement. Cette demande doit être faite par une **demande notariée**.  
Ex: s'il n'y a plus assez avec **l'actif successoral** pour payer la rente alors ils devront le faire eux même.

BILAN:

- Beaucoup de divorce par consentement mutuel
- Procédure: 14 mois à 11 mois.

## **CHAPITRE 2: LA SEPARATION DE CORPS**

### **SECTION 1: Notion et cause de séparation de corps**

**Article 296 et 299 du Code civil:** met fin au devoir de cohabitation mais ne met pas fin au mariage.

Distension et non pas dissolution du mariage. Encore tenus aux devoirs du mariage, mais peuvent ne plus cohabiter.

*Intérêts:* ceux pour qui le mariage est indissoluble.

**Article 296 du Cc** « la séparation de corps peut être demandée dans les mêmes cas et les mêmes conditions que pour les divorces ».

### **SECTION 2: Effets de la séparation de corps**

**Article 301 du Cc:** « les effets de la séparation de corps sont les effets du divorce sous réserve de quelques règles spécifiques »

*Pour les devoirs personnels:*

- On met fin au devoir de cohabitation
- Les autres devoirs subsistent.
- Chaque époux séparé peut conserver l'usage du nom de l'autre.

*Pour les devoirs patrimoniaux:*

- a) Emporte pas extinction du devoir matrimonial

b) La séparation de corps va entraîner la séparation des biens: pas de confusion de patrimoine.  
c) Laisse subsister le devoir de recours entre époux (**article 303 du Cc**) par le versement d'une pension alimentaire « attribuée sans considération des torts » (avantage matrimoniaux, droit succession...).

### **SECTION 3: Fin de la séparation de corps**

**Article 305 et suivant du Cc:** décès, la réconciliation (= reprise volontaire de la vie commune), conversion en divorce (article 306 Cc: délais de 2 ans sauf si demandé par les deux. Dans tous les cas, la cause de séparation de corps devient la cause de divorce).

## ***SECONDE PARTIE: LE COUPLE NON MARIE***

### ***TITRE 1: LES PACS***

**Union libre:** situation des personnes qui ne veulent pas formaliser leur union, qui ne veulent pas d'un statut, d'une institution.

**Loi de 1999:** introduit le PACS + le concubinage dans le Code civil (définition)  
Construction d'un droit commun des couples, l'élaboration de règles communes aux gens mariés, pacsés et concubins

### **CHAPITE 1: LA FORMATION DU PACS**

**15 novembre 1999:** mise en place du PACS.

Il y a eu pas mal de scandales puisque cette loi était vu comme offrant une voie pour les homosexuels de légaliser leurs unions. Cependant il n'est pas réservé qu'aux homosexuels, donc si le législateur avait voulu faire un PACS pour les homosexuels il ne l'aurait pas ouvert aux hétérosexuels (+ pour faciliter l'accord du Sénat qui est plutôt conservateur).

Cela signifie donc que le PACS peut être conclu par des gens qui pourraient aussi se marier, il en est donc un concurrent direct. Dans les faits, on constate que 95% des PACS sont conclus par des hétérosexuels.

Réforme du PACS qui marque un rapprochement avec le mariage (même s'il reste tout de même des différences fondamentales). Il devient un mariage patrimonial.

**Article 515-1 du Cc:** « contrat conclu par deux personnes physiques majeures de sexes différents ou de mêmes sexes pour organiser leur vie commune ».

### **SECTION 1: Les conditions de fond du PACS**

Le PACS est un contrat donc si on a pas de règles spécifiques prévues pour lui on peut se servir du droit commun des contrats.

*Les conditions de fond du PACS:*

- Pas de condition de différence de sexe
- Majorité
- Empêchements:
  - a) Inceste comme pour le mariage (**article 515-2 du Cc**) / **Sanction:** pas de dispense possible, pas de différence entre dirimants et prohibitifs, nullité absolue forcément.
  - b) Bigamie: le PACS est impossible avec une personne déjà mariées + si l'une des deux personnes est déjà pacsée + mariage avec une personne pacsée = fin du pacs.

**Article 1109 du Cc.**

On ne parle pas de système d'opposition à PACS, il n'y a rien d'équivalent.

## **SECTION 2: Les conditions de forme et de publicité du PACS.**

### **I- Les conditions de forme**

Prévues à l'**article 515-3 du Cc**:

- Il faut un écrit (convention) qui peut être un acte sous seing privé ou acte authentique (passe devant le notaire, date de la réforme de 2006).
- Il n'existe pas de cérémonie du PACS: ils se présentent en personne au TI

### **II- La publicité**

**Article 515-3-1 du Cc:** avant 2006 cette publicité était assez limitée, on faisait mention du PACS sur un registre spécial (tenu au greff du TI) auquel seule certaine personne avait accès.

On limitait la publication de cette union: pour éviter toutes réactions homophobes.

Désormais, il est tout de même important de savoir si son débiteur est célibataire ou pacsé : comme la créancier ne pouvait pas avoir accès au registre, il demandait a son débiteur un certificat de non pacs (délivré par les greffs des TI, qui était noyé sous les demandes).

Avec la **réforme de juin 2006**: publicité plus large, à fait l'entrer à l'état civil des partenaires (acte de naissance), on y indique l'identité de l'autre partenaire = institutionnalisation du PACS.

## **CHAPITRE 2: LES EFFETS DU PACS**

### **SECTION 1: Les effets personnels**

#### **I- Le devoir de vie commune**

**Loi de 1999** a fait scandale, un groupe de parlementaire on saisit le Conseil constitutionnel pour qu'il confirme le caractère constitutionnel de cette loi.

**9 novembre 1999, n°99-419:** le Conseil constitutionnel juge la loi de 1999 conforme à la

constitution + apporte des précisions sur cette loi. De plus il précise que « organisation de la vie commune » il faut comprendre cette phrase non pas juste comme un simple cohabitation mais comme une véritable vie de couple.

Le législateur prévoit même à l'**article 515-4 du Code civil** le devoir de vie commune et d'assistance.

## **II- Le devoir de fidélité**

La loi est muette sur ce point, même après la réforme de 2006.

Le pacs est défini comme un contrat avec des règles spécifiques.

**Article 1134 aliéna 3 du Cc:** les conventions doivent être exécutoires de bonne foi.

**TGI Lille, 5 juin 2002:** le pacs est un contrat et doit être exécuté de bonne foi. Si bien que l'exécution de bonne foi du devoir de vie commune suppose la fidélité.

Il ne constitue pas la jurisprudence en la matière puisque c'est un jugement fond

## **II- Devoir d'assistance réciproque**

### **Article 515-4 Cc**

L'assistance réciproque: morale, dans la vie...

Dans le mariage ce devoir article 202 Cc..

On rapproche le PACS du mariage alors que le législateur en 1999 a tenté de les distinguer. LE devoir d'assistance pourrait avoir une autre signification que dans le cadre du mariage puisque le PACS n'est pas une institution.

La réglementation du PACS depuis 1999 a évolué (2006 et 2010), à chaque retouche on constate un rapprochement avec le mariage: en faire un mode de conjugabilité.

Le devoir de respect n'est pas dans le PACS mais la **loi du 9 juillet 2010:** relatif aux violences faites spécifiquement aux femmes. Introduit l'**article 515-9 Cc** (règle commune, concubin, conjoint...). La personne en danger peut s'adresser au JAF et obtenir un ordonnance de protection.

## **SECTION 2: Les effets patrimoniaux**

On s'en tient aux seules règles posées aux article 515 et suivant. La réforme de 2006 avait principalement pour conséquence de changer les règles patrimoniales du PACS, elle a donc aligné les effets patrimoniaux du PACS a ceux du mariage « mariage bis patrimonial »

### **I- Devoirs patrimoniaux entre partenaires**

#### A) L'aide matérielle

**Article 515-4 Cc:** « a défaut d'accord, ils contribuent aux charge du ménage proportionnellement à leurs capacités respectives » = forme de contribution aux charges du ménages

**Loi du 12 mai 2009:** élargit la compétence du JAF. Depuis cette loi, il est « compétent pour statuer à la contribution aux charges du mariage ou du PACS » dans l'**article L.213-3 COJ**.

## B) Le devoir de secours compris dans le devoir d'assistance réciproque

Le devoir de secours n'est pas inscrit dans le code pour le PACS (à la différence du mariage) mais il faut le comprendre comme étant inclus au devoir d'assistance réciproque.

**Le devoir de secours:** secourir quelqu'un qui est dans le besoin (alimentaire). Si un des partenaires est dans le besoin l'autre sera alors obligé de lui fournir une pension alimentaire.

## **II- Devoir patrimonial à l'égard des tiers**

**Article 515-4, 2 Cc:** Solidarité entre les partenaires au PACS pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante.

Cela signifie que chacun est autorisé à conclure seul un contrat dans le cadre de la vie courante et comme garantie pour le tiers, cette dette oblige l'autre de façon solidaire (chacun engagé au tout).

**Réforme de 2006:** avant aucune exception n'était prévue (alors qu'il y en a pour le mariage) depuis cette loi il n'y a plus solidarité pour les dépenses manifestement excessives + il n'y a pas solidarité pour si le contrat est contracté dans le consentement des deux partenaires + pour les achats à tempérament + emprunt à moins qu'ils ne portent sur des sommes modestes et nécessaire aux besoins de la vie courante.

=> copie de l'article 220 Cc = situation identique par rapport au mariage.

=> construction de droit commun aux couples.

=> pas de disposition pour protéger le logement des partenaires

## **III- Régime des biens des partenaires**

- Depuis la réforme de 2006, le régime légale (sauf disposition contraire = convention) est celui de la séparation des patrimoines, **article 515-5 Cc**.
- Possibilité de choisir le régime de l'indivision (**Article 515-1 Cc**) = les biens qui vont être acquis pendant le partenariat va appartenir aux deux indivisément.
- Certains biens qui restent la propriété exclusive de chaque partenaires: **article 515-1-2 Cc** donne une liste.

## **IV- Avantages divers (fiscaux 63%, sociaux, successoraux limités)**

Les partenaires au PACS profitaient de règles avantageuses qui devaient être la seule motivation pour se pacser:

a) En particulier depuis 2005 ils bénéficiaient d'une **imposition commune** au titre de l'impôt sur le revenu (3 déclarations = réduction impôt sur le revenu).

Avec la **loi de 2011** on supprime cet avantage fiscal.

b) Si vous ne remotivez pas les conditions pour être assuré, le fait d'avoir un partenaire assuré vous permet d'en bénéficier.

c) Fonctionnaires du secondaires: mutation commune.

d) Avantage en matière de bail: partenaire non titulaire du bail peut poursuivre ce bail à la place de l'autre ainsi en devenir le titulaire.

e) Au niveau successoral: droits successoraux accordés sans pour autant donner la qualité d'héritier, ils ont le droit d'attribution préférentielle (**article 515-6 Cc**) du logement, entreprise du

défunt.

## **CHAPITRE 3: LA DESUNION DU COUPLE PACSE**

### **SECTION 1: Les cas d'extinction du PACS**

#### **I- Accord des partenaires**

**Article 515-7 Cc:** dissolution par déclaration conjointe des partenaires envoyé au greffier du TI. Aucune condition de délai minimum est fixée.

#### **II- Décision unilatérale d'un partenaire**

Il faut qu'il signifie cette décision à l'autre, dans un écrit, par acte d'huissier, une copie est donnée au greffier du TI.

#### **III- Mariage**

Le PACS se dissout par le mariage d'un partenaire ou de l'un des deux: prend fin à la date du mariage.

#### **IV- Décès**

**Article 515-7, 1 Cc:** le PACS prend fin à la mort du partenaire. Le survivant adresse alors un acte de décès au greffier du TI.

### **SECTION 2: Les effets de l'extinction du PACS**

La fin du PACS met fin aux devoirs nés du PACS (assistance réciproque...)

**Article 515-7, 10 Cc:** les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits qui résultent pour eux du PACS (ils se débrouillent pour se partager les biens). A défaut d'accord le juge JAF statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.

Il n'y a pas de prestation compensatoire, mais il y a une possibilité d'indemnisation si on arrive à prouver une faute de l'autre partenaire (**article 1382 Cc**)

**BILAN:** même si la réforme de 2006 rapproche PACS et mariage il y a encore des différences notamment pour certains droits parentaux, adoption, ils ne peuvent pas recourir à la procréation médicalement assistée s'ils sont homosexuels, pas d'héritage.

## ***TITRE SECOND: L'UNION LIBRE***

Situation de personnes qui vivent en couple sans être mariées ou PACSées pour verser hors d'un cadre légal. Le droit ignore donc ce concubinage, il l'a même sanctionné = les concubins ne se voient donc en principe attribués aucun droit cependant en pratique des situations criantes d'injustice contraignent les juges et le législateur à se saisir du concubinage (surtout en cas de rupture).

**Article 515-8 Cc:** « le concubinage est une union de fait caractérisée par une vie commune stable et continue entre des personnes de sexes différents ou de même sexes »

=> règles éparées mais pas de statut, régime juridique des concubins.

=> cette définition a fixé « stable et continu » pour le concubinage alors que dans les dispositions éparées parfois on fixe des unions pas aussi stable

## **SECTION 1: La vie en concubinage**

Aucun devoir spécifique cependant si l'un des deux est violent et met en danger l'autre ou les enfants, la loi du 9 juillet 2010, la personne en danger peut demander au JAF de délivrer une ordonnance de protection avant toutes poursuites pénales (**article 515-9 Cc**).

On consacre un effet juridique au concubinage avec ce texte

Du point de vue patrimonial: il n'y a pas de devoir de secours, pas de vocation successorale, pas de régime matrimonial, pas d'obligation à contribué aux charges de la vie commune.

Il n'y a pas solidarité lors d'un contrat conclu avec un tiers, cependant la jurisprudence décide (par faveur pour les tiers) que lorsque le concubin qui a contracté s'est présenté comme étant marié, le créancier s'il est de bonne foi va pouvoir invoquer à son profit **l'article 220 du Cc** et la solidarité.

**Ex:** en matière de bail, si le titulaire décède, le survivant concubin peut devenir le titulaire.

**Ex:** SECU le concubin qui n'aurait pas la qualité s'assurer social peut être ayant droit de son concubin qui quant à lui est assuré.

## **SECTION 2: La fin du concubinage**

- Prend fin quand le couple le décide: décès, répudiation = peut importe les raisons. La rupture est totalement libre et ne peut pas être fautive (donner lieu à des conséquences légales, pas de prestation compensatoire ou de dommages et intérêts).
- Toutefois on peut identifier une faute à l'occasion de la rupture: brutalité, circonstances et non motifs de la rupture = peut tenter une action en justice au titre de **l'article 1382 Cc**.
- Cette rupture entraîne quand même la séparation des biens: ils devront d'eux même s'occuper de cette liquidation.
- Il n'y a pas de rééquilibrage des dépenses faites durant la vie commune: pas de prestation compensatoire ni de possibilités de demander à l'autre de rembourser ce qu'il devait pour les besoins de la vie commune.

Toutefois les tribunaux peuvent voir une société créée entre les concubins « société créée de faite » sans formalisme juridique, rédaction de statut, une société qu'il faudrait liquider entre les associés puisqu'il y aurait rupture du concubinage.

Cependant il faut réunir des conditions pour voir que c'est une société: apports numéraires ou natures, intention de participer aux bénéfices et aux pertes, « affectio societatis » cad la recherche dans cette société d'un profit.

Théorie de l'enrichissement sans cause: une personne qui s'est appauvrie au profit d'une autre qui elle s'est enrichie sans cause, sans raison, peut agir en justice et obtenir une compensation de cette enrichissement qui n'a profité qu'à l'autre = il faut bien vérifier l'absence de la cause cad que si l'appauvrissement a une contre partie il n'y a pas de remboursement (la jurisprudence dit que l'intention d'agir dans une intention libérale il n'y a pas de remboursement = par amour).

**Ex:** concubine qui tenait le café de son concubin qui était aussi chauffeur de taxi et ce sans

salaire.

**Civ 1, 24 septembre 2008:**

**Civ 1, 20 janvier 2010:** le concubinage avait duré 6 ans, un enfant était né, le monsieur avait versé de l'argent à l'ex-époux de la concubine pour qu'elle puisse garder le logement (elle n'a plus d'emprunt) + se porte caution pour un autre emprunt qu'elle contracte pour l'amélioration de ce logement.

Rupture du concubinage il assigne son ex-concubine sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Elle se défend et réclame une indemnité pour avoir occupé son logement durant le concubinage.

La CA et la Cour de cassation déboute le concubin au motif qu'il avait agi dans une intention libérale puisqu'il avait bénéficié d'un logement gratuit.



## ***DEUXIEME PARTIE: LA FILIATION***

La filiation juridique n'est pas forcément biologique.

C'est le lien entre un individu et son père ou sa mère.

Le droit a fait une véritable construction juridique: le lien juridique n'est pas forcément basé sur un lien de sang, donc biologique et juridique ne coïncident pas toujours (en majorité oui).

On connaît aussi des hypothèses où le père et la mère sont considérés comme parents, sans caractère biologique parce qu'ils se considèrent comme parents, prennent l'enfant pour le leur... « parenté par le comportement »

**Arrêt du 28 mars 2000:** l'expertise biologique est de droit en matière de filiation. On peut demander la preuve biologique dans le cadre d'une action en justice en rapport avec la filiation.

**Ordonnance du 4 juillet 2005:** réforme la filiation, ratifiée par une loi du 16 janvier 2009 (le législateur en a profité pour faire des retouches sur les droits de la filiation).

### ***TITRE 1: LA FILIATION PAR PROCREATION***

#### ***SOUS TITRE 1: LA FILIATION PAR PROCREATION NATURELLE***

#### **CHAPITRE 1: L'ETABLISSEMENT EXTRA JUDICIAIRE DU LIEN DE FILIATION**

**Article 310-1 Cc** « tous les enfants qui ont une filiation juridique, ont les mêmes droits et les mêmes devoirs par rapport à leur père et mère »

**Article 310-1, 1 Cc** indique 3 fois de prouver la filiation en dehors de toute décision de justice ou expertise biologique.

#### **I- L'établissement de la filiation par l'effet de la loi**

##### A) A l'égard de la mère

**Article 311-25 Cc:** cet établissement se fait par la désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant.

Le Code civil ne se contente plus de l'accouchement pour désigner la filiation, il faut aussi donner à la mère d'exprimer sa volonté d'accepter son statut de mère. L

##### 1- Mode d'établissement identique pour la mère mariée ou non mariée

L'établissement par l'effet de la loi est pareil qu'elle soit mariée ou non: il faut qu'il y ait son nom dans l'acte de naissance de l'enfant.

Il se pourrait que le nom de la mère soit inscrit sur l'acte de naissance par le père alors que celle-ci ne voulait pas assumer cette maternité: peut-elle détruire ce lien de filiation ainsi établi ? **Article 332 Cc** « pour contester le lien de filiation maternelle il faut prouver que cette femme ne l'a pas accouché de cet enfant ». Si une mère ne veut pas assumer sa maternité, il faut qu'elle refuse expressément.

## 2- Hypothèse d'absence de désignation de la mère dans l'acte de naissance

Deux cas de figure:

a) Accouchement sous X (filiation inconnue) **article 57 Cc**: si cette femme demande à accoucher dans le secret, son nom n'apparaîtra pas sur l'acte de naissance de l'enfant.

De nos jours, il est possible pour elle de lever le voile = **article 222-6 Code de l'action sociale et des familles** = organisme qui récupère les demandes d'informations sur les enfants et la volonté de la mère = **article 147-7 CASF**

b) Mère qui n'a pas demandé secret de son identité peut tout de même demander à ce que son nom ne soit pas noté = autre filiation (ne veut pas que son mari soit le père de l'enfant).

### B) A l'égard du père: la présomption pater is est

**Article 312 CC** « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari de la mère ». **Ordonnance de 2005** veut que toutes les règles de filiation soient les mêmes que l'enfant soit légitime ou naturel.

=> sauf pour ce cas car il y a présomption

=> cette règle n'existe pas dans le cadre d'un **couple marié**.

### 1- Conditions

Pour que cette règle marche, il faut que cet enfant ait une mère

*a) Enfant avec une filiation maternelle établie à l'égard d'une femme mariée*

Filiation maternelle établit (regarder acte de naissance non pas accouchement) + mère mariée. Si la mère apparaît pas sur acte de naissance = cela fait obstacle à la présomption pater is est.

*b) Enfant conçu pendant le mariage ou enfant né pendant le mariage*

- **Enfant né pendant le mariage**: dès lors que l'on peut mettre en perspectives la date de la naissance et la date du mariage (même deux jours après le mariage, conçu avant).
- **Enfant conçu pendant le mariage**: la date de conception reste une date incertaine, donc la loi pose des présomptions.
  - a) **Article 311 alinéa 1 Cc** elle fixe une présomption sur la date de conception « présume qu'il a été conçu entre le 300 et 180 jour avant sa naissance »  
Ce n'est qu'une présomption simple car on peut apporter la preuve du contraire.  
Il faut que l'enfant a été conçu au moment où la mère était mariée = mais si pendant cette période légale de conception le mariage prend fin, il faut que l'on dise quand l'enfant a été conçu.
  - b) **Article 311 alinéa 2 CC** « la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant ».

### 2- Présomption écartée

**Article 313 Cc** deux cas où la présomption est écartée alors même que les conditions de l'article

312 sont réunies.

*a) Les parents en cours de divorce ou de séparation de corps*

- La présomption est écartée lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après le début de la procédure de séparation puisqu'il semble probable qu'il n'est pas le fruit de l'amour de ses parents. On distingue si on est dans un divorce par consentement mutuel ou les autres cas de divorce
  - a) Divorce par consentement mutuel: le début est la date d'homologation de la convention
  - b) Dans les autres cas de divorce: ONC
- Si les parents ont fait une demande de divorce mais elle a été rejetée ou il y a eu réconciliation = « lorsque l'enfant est né moins de 300 jours après la réconciliation des époux la présomption est écartée » car l'enfant a été conçu à un moment où les époux n'étaient pas encore réconciliés (séparés de fait).

*b) Absence de désignation du mari en tant que père*

La présomption est écartée lorsque le nom du mari de la mère n'est pas marqué sur l'acte de naissance de l'enfant = laisse penser que le mari n'est pas le père de l'enfant (pour voulu père ou opposition mère).

3- Le rétablissement de la présomption

*a) Le rétablissement de plein droit*

**Article 314 Cc** « lorsque la présomption a été écartée par l'article 313 elle peut être rétabli de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas d'autre filiation paternelle établie ». Conditions cumulatives

- Lorsque l'on peut prouver qu'il existe une **possession d'état** à l'égard du mari (**article 311-1 Cc**) il s'agit de prouver certains faits qui vont permettre d'établir une apparence de filiation entre le père et l'enfant.  
Ex: s'occupe de cette enfant, l'entourage considère qu'il est le père, l'emmène à l'école.
- Il ne faut pas que l'enfant ait une filiation paternelle établie à l'égard d'un tiers.  
Ex: l'amant de la mère ait reconnu l'enfant.

*b) Le rétablissement judiciaire*

**Article 315 Cc:** renvoi au chapitre sur l'établissement judiciaire du lien de filiation

Si les conditions du rétablissement de plein ne sont pas réunies

Si la présomption est écartée, le père peut toujours reconnaître l'enfant.

**II- L'établissement de la filiation par la reconnaissance maternelle et/ou paternelle**

**Reconnaissance:** acte personnel et volontaire par lequel une personne déclare être le parent biologique d'un enfant afin que soit établi avec cet enfant un lien de filiation juridique.

**Déclaration de naissance:** pas personnel, déclaration à la mairie de la naissance de l'enfant. Elle ne suffit pas pour permettre un lien de filiation entre le père et l'enfant, il faut une reconnaissance.

## A) Mode d'établissement

### 1- Mode d'établissement subsidiaire de la maternité et de la paternité du mari

**Article 316 Cc** « lorsque la filiation n'est pas établit par les conditions précédentes elle peut alors l'être par une reconnaissance » = une mère qui aurait refusé que son nom figure sur l'acte de naissance de l'enfant pourra se raviser postérieurement et faire une reconnaissance (sauf si l'enfant a été adopté).

Mode subsidiaire pour le père marié car en principe il n'a rien à faire grâce à la présomption, mais si celle-ci était écartée il pourrait faire une reconnaissance et ainsi établir une filiation.

### 2- Mode d'établissement principal de la paternité hors mariage

La reconnaissance est le mode d'établissement principal du père non marié. Le père avoue sa paternité et bénéficie/accepte des/les droits et des devoirs qui en découlent.

## B) Les conditions de l'acte de reconnaissance

### 1- Aveu et contenu

- C'est un **aveu d'un fait passé** et un **engagement pour le futur**.
- Engagement grave, on s'assure que le **consentement** est donc là = acte annulé s'il y a vice ou absence de consentement.
- **Acte unilatéral** = on n'exige pas le consentement de l'enfant.
- C'est un **acte personnel** (à la différence de la déclaration de naissance puisque le père ne peut pas reconnaître l'enfant pour la mère et inversement).
- Lorsque l'on fait cette reconnaissance on ne va vérifier ni la sincérité de l'engagement de l'auteur ni la véracité.
- La reconnaissance est recueillie par OEC mais pas forcément au lieu de naissance.

01-2007 requête divorce pour faute

08-2007 ONC

01-2008 Divorces prononcés

08-2008 Naissance

### 2- Le moment

**Article 316 (62) Cc**: La reconnaissance peut être faite avant ou après (aucun délai, même un majeur, pas besoin de consentement ou après le décès de l'enfant « reconnaissance post mortem ») la naissance de la part du père mais aussi de la mère.

Ex: s'il y a désaccord entre les parents, le père craint que la femme accouche sous X car il ne pourra pas reconnaître l'enfant.

Ex: pour la mère, pour assurer la dévolution de son nom de famille **article 311-22 Cc** l'enfant prend le nom du premier qui reconnaît l'enfant.

### 3- La forme

Acte solennel qui doit être fait par un acte authentique (dont la validité est soumise à des conditions de formes). Le plus souvent elle va être souscrite devant l'OEC, ou acte séparé. Il faut le prénom, nom en marge de l'acte de naissance.

Lorsque la reconnaissance est prénatale: on n'a pas la date de la naissance, le lieu, le sexe, dans ce cas on indique tous renseignements utiles sur la naissance. Caractère divisible.

On va lui lire les articles du Cc sur l'autorité parentale (**article 311-1 Cc**), le devoir financier de contribuer à son entretien et son éducation.

### 4- Sanctions

Lorsque la reconnaissance est irrégulière:

- Nullité absolue: invoquée par toute personne qui a intérêt. Ex: reconnaissance faite lorsque l'enfant avait déjà un lien de filiation, inceste (310-2), condition de forme non respectée puisque c'est un acte solennel (reconnaissance sous acte de sous seing privé).
- Nullité relative: invoquée par la personne seulement. Ex: pour l'auteur de la reconnaissance qui aurait été victime d'un vice du consentement.
- La destruction de la reconnaissance par une attestation en Justice: une reconnaissance mensongère ou dite « de complaisance » (homme qui reconnaît alors qu'il sait qu'il n'est pas le père de l'enfant). On ne peut agir sur le terrain de la nullité puisqu'il n'y a pas de vice mais on va pouvoir contester en Justice cette reconnaissance.

### C) Effets de la reconnaissance

Il faut s'occuper de l'enfant: financièrement, moralement.

#### 1- Caractère divisible de la filiation établie

**Article 316 alinéa 2 Cc:** la reconnaissance établit un lien de filiation à l'égard de son seul auteur elle est donc indivisible.

Ex: reconnaissance du père n'engage pas la mère

#### 2- Caractère déclaratif de la reconnaissance, d'où effet rétroactif

La reconnaissance ne fait que révéler, déclarer une chose qui existe depuis la naissance. On reconnaît et non créé la filiation.

Donc on considère que le père a toujours été le père de l'enfant même s'il le reconnaît 3 ans après sa naissance.

#### 3- Caractère irrévocable de la reconnaissance (hors contestation judiciaire)

La reconnaissance est irrévocable de façon extra-judiciaire: l'auteur ne peut se rétracter, s'il le voulait il devrait introduire une action en Justice qui est fermée par un cadre précis de preuves et de délais.

### III- L'établissement de la filiation par la possession d'état

Il s'agit d'établir le lien de filiation en prouvant la possession d'état entre eux qui doit-elle même être prouvée.

**Article 311-1 Cc:** définit la possession d'état « elle découle d'une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».

#### A) Le contenu de la possession d'état

##### 1- Les éléments constitutifs

**Article 311-1 Cc:** le comportement de ces personnes était un comportement filial et parental = réciprocité dans le « tractatus » (traitement).

**Éléments de faits:** pourvu à l'éducation, entretien, installation.

« nomen » : l'enfant porte le nom de celui dont on le dit issu.

« fama » : réputation. L'enfant est connu de tous comme l'enfant de celui à qui on cherche à établir le lien de filiation.

##### 2- Les qualités que cette PE doit remplir pour être utile en matière de filiation

(311-2)

- La possession d'état doit être continue et publique: on va regarder si les faits sont sur une longue durée.
  - a) Elle peut être prénatale: le temps d'une grossesse, l'homme se comporte pendant la grossesse comme le père de l'enfant
  - b) Varie selon les arrêts: un détenu exécuté après avoir appris qu'il était le père, lettre qu'il a envoyé.
  - c) Ce que recherche les juges ce sont les faits qui rendent vraisemblables le lien de filiation.
- Vie paisible et non équivoque: la possession d'état soit incontestée c'est à dire si une autre personne peut faire valoir une possession d'état concurrente.

#### B) La constatation de la possession d'état par l'acte de notoriété

Formalisme particulier car la possession d'état n'est plus en soutien à une présomption de paternité;

Cet acte va contenir l'énoncé des faits constitutifs que l'on a prouvé par tous moyens.

##### 1- Qui demande la délivrance de l'acte et dans quel délai

**Article 317 Cc:** chacun des parents ou l'enfant peuvent demander au juge du TI dans les conditions de l'article 311 Cc.

a) Déclaration de 3 témoins

b) Confortera les témoignages par des pièces justificatives (frais inscription...).

Les actes de notoriété sont délivrés très rapidement.

**Article 317 alinéa 3 Cc:** délai de 5 ans a compté de la cessation de la possession d'état ou du décès du parent prétendu.

2- Effet de l'acte de notoriété : fait foi de la possession d'état

L'acte de notoriété « fait foi de l'existence de la possession d'état »: il prouve l'existence de la possession d'état mais jusqu'à preuve du contraire (action en contestation de la filiation constatée par l'acte de notoriété **article 335 Cc**).

Acte de notoriété pour affirmer un lien maternel: absence de désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance (hypothèse dans laquelle, elle n'a pas reconnu l'enfant).

Effet rétroactif du lien de filiation : on va considérer que la personne a toujours été parent de l'enfant.

## **CHAPITRE 2: L'ETABLISSEMENT JUDICIAIRE DU LIEN DE FILIATION / ACTIONS RELATIVES A L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION**

### **Préliminaire: règles générales à toutes les actions relatives à la filiation**

Ces règles générales s'appliquent aux actions qui établissent l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation.

#### A) Compétence juridictionnelle d'attribution

**Article 318-1 Cc:** désigne le TGI compétent en matière de filiation (compétence exclusive).

#### B) Exercice de l'action relative a la filiation

1- Les parties a l'action relative a la filiation

Elle ne peut être intentée que par le personne désignée par la loi: actions réservées aux enfants, aux parents... Toutefois **l'article 322 du Cc** prévoit que des personnes agissent à la place du titulaire:

- a) Lorsque le titulaire de l'action est décédé avant l'expiration du délai pour agir.
- b) L'action a déjà été engagée par le titulaire de son vivant

2- Le délai de l'action relative a la filiation

Imprescriptibilité des actions en Justice: car elles perturbent des situations établies et surtout en matière de filiation.

#### *a) Délai de prescription de droit commun désormais de 10 ans*

Depuis 2005 il est passé de 30 ans a 10 ans = au delà de 10 ans on ne peut plus agir de manière a sécuriser les liens de filiation. Dans un autre sens, les possibilités de destruction d'un lien de filiation sont plus importantes qu'avant.

**Article 321 Cc:** délai de prescription de droit commun (= 10 ans à moins que la loi ne prévoit un délai plus court).

*b) Point de départ du délai de prescription*

- Dans le but d'établir un lien de filiation: le délai commence à courir au jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame (= jour de la naissance)
- Dans le but de détruire une filiation établie: le point de départ du délai est à compter du jour où la personne a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté (= lien de filiation établi par la reconnaissance ou à la naissance).

*c) Suspension du délai pendant la minorité de l'enfant*

**Article 321 in fine Cc:** C'est si l'enfant veut agir en Justice: il va le pouvoir à sa majorité.

3- L'indisponibilité de l'action en filiation

**Article 323 Cc:** on ne peut pas y renoncer = le titulaire d'une action en matière de filiation ne pourrait y renoncer.  
Il n'y a pas de liberté contractuelle.

4- Mode de preuve

En matière de filiation l'expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.  
Preuve par tous moyens.

**I- Actions en recherche de maternité**

Cas de figure où un enfant peut rechercher sa mère: si une mère veut garder secrète son identité, on est dans une situation où un enfant n'a pas de filiation maternelle (même si on sait qu'il a accouché de l'enfant).

A) Conditions de l'action

1- Défaut de titre et de possession d'état

Ex: jugement d'adoption / jugement d'établissement de la filiation maternelle

2- Suppression de la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement sous X par la loi de ratification du 16 janvier 2009.

L'hypothèse spécifique d'un accouchement sous X:

- a) Jusqu'au 16 juillet 2009 = l'enfant ne pouvait pas par la suite engager d'action en justice pour rechercher sa filiation maternelle.
- b) Crainte d'être condamné par la CEDH car « fin de non recevoir » valable pour la mère et pas le



père. On a donc supprimé cette « fin de non recevoir » = alors que l'enfant a été accouché sous X il pourrait tenter une action de recherche de maternité mais il ne saura pas vers qui orienter son action.

=> accouchement dans la confidentialité = mère donne son identité mais elle ne sera révélée à l'enfant qu'à sa majorité

**Article 325 Cc:** supprimé en 2009 « on ne peut rechercher sa mère »

**Actu:** Cour d'appel d'Angers du 26 janvier 2011, enfant né sous X confié à ses grands parents au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (contre l'avis de la mère). Ils ont fait une demande d'annulation de l'arrêté qui disait que l'enfant avait la qualité de pupille de l'état.

Première instance ils sont déboutés mais ok en appel

Remise en cause de l'accouchement sous X, l'anonymat n'a plus de sens, de plus en plus discuté.

### 3- Obstacle de l'adoption plénière

**Adoption plénière:** enfant totalement intégré dans la nouvelle famille, rupture totale et irrémédiable avec la famille d'origine.

Si l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière, on peut y voir un titre de filiation, donc il ne remplit pas l'article 325 du Cc + on ne peut avoir qu'un lien de filiation.

Donc si l'enfant voulait établir un lien de filiation avec sa famille biologique il devrait rompre celle qu'il a avec sa famille d'adoption.

**Adoption simple:** l'enfant rentre dans la nouvelle famille mais il garde des liens avec sa famille d'origine.

Un enfant adopté simple garde des droits dans sa famille d'origine, notamment des droits successoraux. L'action lui est ouverte.

## B) Titulaire et preuve de l'action

### 1- Action réservée à l'enfant

C'est l'enfant qui est titulaire. Pendant sa minorité c'est le père qui va pouvoir agir (il faut qu'il y ait un lien de filiation paternelle établi) mais s'il ne le fait pas l'enfant devra attendre sa majorité (le délai commencera à ce moment là).

**Article 321 Cc** délai de 10 ans à compter du jour où on a été privé de l'état qu'on réclame (naissance), droit commun.

### 2- La preuve

#### a) *Objet de la preuve*

**Article 325, 2 Cc** l'enfant est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché.

#### b) *Mode de preuve*

**Article 310-3, 2 Cc** « si une action est engagée... la filiation se prouve et se conteste par tous

moyens » = preuve libre (preuve de l'accouchement).

**Civ 1, 28 mars 2000** en matière de filiation, expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.

=> objet de la preuve = accouchement donc la preuve biologique ne fait que prouver qu'elle est biologiquement la mère et non qu'elle a bien accouché.

=> risque que l'expertise biologique ne soit pas fiable... motif légitime

=> on ne peut pas agir contre le donneur

## **II- Action aux fins d'établissement du lien paternel**

### A) Action en rétablissement de la présomption de paternité (mariage obligatoire)

Hypothèse où, alors que les conditions de la présomption de paternité sont réunies, cette présomption va être écartée (voir TD) et ne peut pas être rétablie de plein droit.

**Article 329 Cc** on peut toutefois tenter de la rétablir avec une action en justice.

#### 1- Titulaire de l'action

Durant la minorité de l'enfant, l'action est ouverte à chacun des époux. C'est une action dite « attitrée » car c'est leur qualité d'époux qui leur confère la droit pour agir (même s'ils sont divorcés = ils faut qu'ils aient été marié).

a) L'époux a juste a reconnaître l'enfant

b) La mère qui voudrait établir la filiation paternelle de son enfant à l'égard de son mari

c) L'enfant peut agir, mais une fois qu'il sera majeur.

Délai pour agir de 10 ans à compté du jour ou on a été privé de l'état qu'on réclame (naissance pour les parents / majorité pour l'enfant).

#### 2- Preuve

*Objet:* **article 329 Cc** prouver que le mari ou l'ex mari est le père de l'enfant

*Moyen:* **article 310-3, 2** preuve libre pour la filiation + **28 mars 2000** preuve biologique.

#### 3- Conséquences de l'action

Si l'action aboutie et que l'enfant est bien considéré comme l'enfant du mari de la mère, on va rectifier son acte de naissance et on considérera que cet enfant a toujours été celui de cet homme.

Pour rétablir un lien de filiation, comme on ne peut pas en avoir deux, l'action a l'égard du mari ne pourra être donné avant d'avoir détruit le lien de filiation antérieur (action en contestation).

### B) Action en recherche de paternité

#### 1- Conditions d'ouverture de l'action en recherche de paternité

### *a) Fin des adminicules préalables*

**Adminicules préalables:** preuve que l'on doit apporter avant de pouvoir faire une autre preuve.

- Avant la réforme de 2005, les adminicules préalables étaient obligatoires. C'est à dire que pour faire une action en Justice il fallait être en mesure d'apporter la preuve que le défendeur pouvait être le père. **Ex:** preuve de relation sexuelle entre le défendeur et la mère pendant la période légale de conception.
- Désormais, on peut sans preuve préalable, demander la preuve scientifique.

Il existe tout de même certains obstacles car pour agir et rechercher son père:

### *b) Absence d'un autre lien de filiation paternel légalement établi*

Il existe tout de même certains obstacles car pour agir et rechercher son père car en effet il ne faut pas avoir déjà un lien paternel légalement établi (**article 320 Cc** = éviter des conflits de paternité).

### *c) Enfant né de relation incestueuse*

**Article 310-2 Cc** l'enfant ne pourra avoir de lien de filiation qu'avec l'un d'eux.

**Ex:** s'il a déjà un lien de filiation maternel il ne pourra pas avoir de lien de filiation paternel.

## 2- Régime de l'action en recherche de paternité

### *a) Titulaire et délai de l'action*

**Article 327, 2 Cc** l'enfant est le seul titulaire. Mais pendant sa minorité, sa mère pourra agir en son nom dans un délai de 10 ans.

### *b) Objet et mode de preuve*

**Article 327 Cc** « la paternité hors mariage peut être déclarée »

**Article 310-3, 2 Cc** tous modes de preuve

**Mars 2000** preuve biologique.

Si le défendeur refuse de se soumettre à l'expertise biologique : on ne peut pas le contraindre physiquement en revanche ce refus peut être analysé comme une **présomption de fait (article 1553 Cc)** abandonnée à la lumière des juges.

## C) Situation de l'enfant sans lien de filiation paternel : l'action à fins de subsides

Action introduite en 1972 afin de permettre à un enfant qui n'avait pas de filiation paternelle de cependant obtenir des subsides de celui qui avait eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de conception (**article 342, 1 Cc**)

On cherche à responsabiliser celui qui a des relations sexuelles avec une femme.

## 1- Titulaire de l'action et preuve

*Titulaire:* Action intentée par l'enfant, ou par sa mère pendant sa minorité avec comme condition que cet enfant n'ait pas de lien de filiation paternel établi

**Article 342 Cc** : prouver les relations pendant la période légale de conception.

*Moyens:* preuve libre, attestation, témoignage, écrits... L'action en fins de subsides n'a pas pour but de prouver la filiation, du coup la preuve biologique ne pourrait pas être admise sauf que mars 2000 dit qu'elle est de droit

**Civ 1, 14 juin 2005** La cour de cassation s'est prononcée en faveur de expertise biologique pour action fins subsides.

*Situation:* où un enfant ne voudrait pas établir son lien de filiation mais juste des subsides / cas où l'enfant ne peut pas agir en filiation parce qu'il est issu de relation incestueuse (déjà lien maternel).

## 2- Délai de l'action

**Article 342, 2 Cc** 10 ans, droit commun. Changement sur ce délai en 2009.

## 3- Effet de l'action : des subsides seulement

L'effet de l'action se limite à l'obtention d'une pension alimentaire versé par le défendeur (**article 342- 2 Cc**) et calculé selon les besoins de l'enfants, des ressources du débiteur, sa situation familiale, peut évoluer dans le temps selon l'enfant. Elle ne va pas rétroagir = a compté de l'action.

=> aucun lien de filiation qui est créé.

=> l'enfant pourrait ensuite faire une action en recherche de paternité (**article 342-8 Cc**) ce n'est donc pas une action en non-recevoir.

## 4- Moyens de défense

**Article 342-4 Cc** jusqu'en 1993 le défendeur pouvait prouver la débauche de la mère « pas couché qu'avec moi ».

Le moyen de défense est donc unique: preuve pas tous moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant. Il peut donc utiliser la preuve biologique cependant le but de l'action est d'établir celui qui a eu des relations avec la mère et non celui qui est le père + il va pouvoir contester qu'il n'a pas eu de relation avec la mère pendant la période légale de conception (déplacement à l'étranger).

Le défendeur peut il contre attaquer ? Paye subsides mais reproche à la mère de ne pas s'être abstenu de tomber enceinte (faute qui serait cause d'un préjudice). **Arrêt du 12 juillet 2007** la Cour de cassation refuse ce principe.

## III- Action en constatation de la possession d'état

**Article 330 Cc** action marginale (peu fréquente), surtout utilisée dans un cadre successoral. On peut établir sans action en Justice un lien de filiation grâce à la possession d'état (acte de notoriété).

#### A) Utilité de l'action en constatation de la possession d'état

1- Action utile pour contourner l'impossibilité d'obtenir un acte de notoriété

**Acte de notoriété:** sert à établir de manière extra judiciaire un lien de filiation même s'il est délivré par un juge.

On peut mener cette action lorsque l'acte de notoriété a été refusé, lorsqu'on est plus dans les délais pour le demander (5 ans), par personne non autorisée à demander l'acte de notoriété (grand parents).

Délai de 10 ans pour l'action en constatation: **article 330 Cc** soit à compté de la cessation de la possession d'état soit à compté du décès du parent prétendu.

2- Action utile pour contourner l'impossibilité d'agir en recherche de paternité

Lorsque l'on a constaté que l'on ne peut plus agir en recherche de paternité vu que le délai est écoulé (10 ans).

*Même temps de délai mais le point de départ est différent:*

- a) Pour l'action en constatation de la possession d'état: cessation PE ou décès
- b) Pour l'action en recherche de paternité: majorité pour l'enfant.

#### B) La preuve à rapporter

Constater la possession d'état (tractatus...) : preuve par tous moyens (**article 310-3, 2 Cc**) .

**Civ 1, 6 décembre 2005** la Cour de cassation énonce qu'en matière de constatation de possession d'état la preuve d'établie par tous moyens de sorte de l'expertise biologique n'est pas de droit.

### **CHAPITRE 3: OSTACLES A L'ETABLISSEMENT (JUDICIAIRE OU EXTRA JUDICIAIRE DU LIEN DE FILIATION)**

En ligne. **Article 16-11 Cc** pas d'expertise biologique sur les morts

### **CHAPITRE 4: ACTIONS EN CONTESTATION DU LIEN DE FILIATION**

10 ans à partir du jour où la personne a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. Dans le droit antérieur, ce délai était de 30 ans = sécuriser la filiation des enfants. De façon paradoxale, la contestation est plus facile maintenant qu'elle l'était avant. Notamment avant 2005 il existait une règle qui disposait que pour détruire un lien de filiation il faut pouvoir en instaurer un autre (plus le cas maintenant).

## **I- Action en contestation d'une filiation établie que par titre (acte de naissance ou reconnaissance non conforté par une PE).**

**Article 334 Cc** « a défaut de PE conforme au titre, l'action en contestation peut être faite par tout intéressé » = lien fragile

### A) Demandeurs et défendeurs

Le demandeur peut être toutes personnes qui a intérêts = enfant, autre parent de l'enfant, autre homme avec possession d'état...

Le défendeur est celui qui n'a qu'un titre = femme désignée sur acte de naissance mais qui n'a pas de PE, celle ou celui qui a reconnu l'enfant mais qui n'a pas de PE...

### B) Preuve à rapporter

La preuve à rapporter dépend du défendeur:

#### 1- Contestation d'une filiation maternelle

**Article 332, 1 Cc** vaut pour toutes les actions en contestation, pose la preuve de la contestation = « preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ».

Preuve négative (quelque chose qui n'a pas existé) = preuve qu'une autre que cette défenderesse a accouché (expertise génétique à l'égard de l'autre personne ou même de la défenderesse).

Les hypothèses de contestation de maternité sont très rares: cas d'une femme qui fait une reconnaissance de l'enfant d'une autre parce qu'elle se prépare à être la vraie mère

#### 2- Contestation d'une filiation paternelle

Prouver que le mari qui a un titre ne peut pas être le père: preuve biologique.

## **II- Action en contestation d'une filiation établie par un titre conforté par une PE**

**Article 333 du Cc** : C'est une possession d'état n'est pas nécessairement formalisé dans un acte de notoriété.

### A) Action réservée

Seule peut agir l'enfant, ses parents ou la personne qui se présente comme le parent véritable.

### B) Preuve

Preuve prévue à l'**article 332 du Cc**. Il faut prouver que la mère qui est inscrite sur l'acte de naissance n'a pas accouché de l'enfant et que celui qui a reconnu ou le mari ne l'est pas (substitution ou supposition d'enfant). Délit pénal 3 ans de prison et 45 000€ d'amende.

### C) Irrecevabilité de la contestation lorsque la PE a durée au moins 5 ans.

## **Art 333 al 2**

5 ans de conformité entre le titre et la possession d'état.

1- La possession d'état joue un rôle consolidateur du lien de filiation.

Fait obstacle à toutes contestations du lien de filiation, ainsi l'auteur d'une reconnaissance mensongère qui établit un lien de filiation, ainsi passé 5 années entre le titre et la possession d'état, l'auteur reste le père de l'enfant éternellement. Le législateur a voulu sécuriser le lien de filiation. 5 ans à compter du moment où l'on constate qu'il y a un titre et une possession d'état. Délai préfix : délai qui n'est pas suspendu pendant la minorité de l'enfant (**art 333 al 2**). Ce délai n'est pas un délai d'action, c'est-à-dire que l'on ne peut agir s'il y a conformité entre la possession et le titre pendant 5 ans. Si il n'y a pas cette conformité pendant 5 ans alors l'on peut agir, mais pour combien de temps ? Pas de limitation de temps ?

2- Point de départ du délai de l'action en contestation.

## **Art 333 al 1**

Ce délai est de 5 ans à partir de deux point départ le jour où la possession d'état a cessé ou à compter du décès du parent. Ce délai est suspendu lors de la minorité de l'enfant. S'il n'y a pas de conformité, il est possible que la possession d'état est cessé avant les 5 ans, alors il faut agir pendant 5 ans en sachant que ce délai est suspendu durant la minorité, l'enfant pourra agir à sa majorité. La séparation des parents marque la cessation de la possession d'état. Par la loi du 16 janvier 2009, le ministère public n'est pas tenu par le délai préfix, il peut agir alors qu'on est dans une situation de conformité si l'ordre public est en cause.

## **III- Action en contestation d'une filiation établie par la PE constatée par l'acte de notoriété**

### **Article 335 du Cc**

#### A) Titulaire

On conteste souvent lors des successions, et c'est toute personne qui y a intérêt (famille).

#### B) Preuve (objet et mode)

**L'art 335 du Cc** est incomplet puisqu'il expose que le demandeur doit juste apporter la preuve contraire. Preuve de témoignage, la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt de la 1ère chambre civile 19 septembre 2007. L'expertise biologique est écartée s'il y a déjà des preuves qui contestent la possession d'état.

#### C) Délai de modification par la loi de ratification du 16 janvier 2009 : 10 ans

Etait de 5 ans, on l'a allongé pour s'aligner sur le délai qui permet de contester la filiation, à partir de la délivrance de l'acte. Le ministère public veut détruire un lien de filiation légalement établis (reconnaissance acte de naissance ou de notoriété), pour cela il peut agir dans les conditions de l'art 336, lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi (transsexuelle à fait une reconnaissance paternelle alors qu'elle est

une femme). Pour contourner les règles de l'adoption on fait une reconnaissance de l'enfant ou encore lors du recours à une mère porteuse (UK, USA) les parents reconnaissent l'enfant car ils consacrent un lien de filiation qui n'a pas lieu d'exister.  
D'un point de vue humain, on se retrouve dans des cas où l'enfant n'a pas plus de lien de filiation et dans des situations délicates.

**Cours d'appel de Paris 2007.** Lien de filiation établis aux USA.

## ***SOUS TITRE 2 : LA FILIATION PAR PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE***

### **I- Filiation de l'enfant né d'une PMA endogène**

Reste dans le couple, pas de donneur.

**PMA endogène** = lorsqu'un couple a recours à un tiers donneur soit en raison de la stérilité d'un des membre du couple soit pour éviter la transmission d'une maladie à l'enfant.

Code de la santé publique + Code civil dispositions qui concernent les effets de la PMA sur la filiation de l'enfant (incidence) **article 311-19 Cc**

Le Cc ne prévoit de dispositions que quand il vise la PMA exogène.

**PMA endogène** = mère qui accouche et marque son nom sur l'acte de naissance, le reconnaît. Le père est le mari, ou celui qui reconnaît l'enfant.

En terme d'action en Justice, même s'il est né d'une PMA endogène il pourra agir en recherche de paternité ou de maternité (actions accouchement ou paternité).

### **II- Filiation de l'enfant né d'une PMA exogène**

**PMA exogène** : l'enfant n'a pas été désiré par le donneur mais celui ci est tout de même génétiquement le père ou la mère de l'enfant. De l'autre côté, de la part du couple demandeur, l'enfant a été voulu mais non conçu par eux.

Règles: prohibition de tout lien entre l'enfant et le donneur + obligations plus fortes pour le couple demandeur.

#### A) Absence de lien entre l'enfant et le tiers donneur (**Article 311-19 Cc**)

##### 1- Absence de lien de filiation

**Alinéa 1 de l'article 311-19 Cc:** aucune lien de filiation entre le donneur et l'enfant.

**Article 16-8 Cc:** conséquence logique de la règle de anonymat du donneur. Anonymat réciproque.

**Article 311-20 Cc:** règle de l'anonymat répétée expressément pour la PMA (secret).

Autrement dit, l'anonymat du donneur est une fin de non recevoir à toute action de recherche en filiation que voudrait tenter l'enfant. De même du coté du donneur, s'il voulait établir un lien de filiation, l'anonymat du recevoir est une fin de non-recevoir.

##### 2- Prohibition de l'action en responsabilité

**Article 311-19 alinéa 2 Cc:** aucune action en responsabilité à l'encontre du donneur (crainte que quelqu'un aurait l'idée d'en vouloir au donneur d'avoir transmis des problèmes).



## B) La filiation de l'enfant à l'égard du couple receveur

### 1- Quel couple

**Article L2151-2 CSP alinéa 3 :** Couple, stable (marié ou concubin depuis au moins deux ans), en âge de procréer (jeune ou vieux), il faut qu'il y ait dans le couple une infertilité constatée médicalement, vivant. On comprend que les couples ne peuvent pas être homosexuels.

### 2- Le consentement du couple à la PMA avec un tiers donneur

**Article 311-20 Cc :** le consentement est préalablement recueilli au près du juge ou d'un notaire. Conditions formelles parce que ce consentement est lourd de conséquence, donc ça va permettre d'éclairer ce couple sur les conséquences.

### 3- Effets du consentement

#### *a) Création du lien de filiation*

Un lien de filiation est créé avec l'enfant. Chaque membre du couple receveur va devoir établir sa filiation à l'égard de l'enfant : déclaration naissance, reconnaissance... S'il n'y a pas cette démarche, on engage sa responsabilité.

**Article 311-20 alinéa 4 Cc :** la loi ne prévoit que le cas où l'homme ne reconnaît pas l'enfant. Engagement de la responsabilité. S'il refuse de reconnaître l'enfant, la mère pourra saisir le tribunal pour que la paternité soit judiciairement déclarée.

#### *b) Contestation prohibée*

**Article 311-20 alinéa 2 Cc:** une fois que le consentement à la PMA a été accepté, il représente une fin de non-recevoir à l'égard du couple receveur. Obstacle à la contestation = logique parce que si la contestation était acceptée et qu'on pouvait amener la preuve biologique il serait forcément pas biologiquement les parents.

De même sont fermées toutes les actions en recherche de paternité ou maternité.

**Exceptions:** dans certaines conditions ces actions pourraient être introduites

a) Soit pour prouver que l'enfant n'est pas issu d'une PMA. **Ex:** père stérile et pas mère, infidélité).

b) Lorsque le consentement a été privé des faits avant la PMA. **Ex:** lorsque le consentement a été rétracté avant la PMA + s'il y a eu décès ou séparation du couple **article 311-20 alinéa 3 Cc.**

## ***TITRE 2: LA FILIATION ADOPTIVE***

Le nombre de personne faisant une demande pour adopter un enfant a doublé en 10 ans, soit 10 000 demandes par an. 90% des demandes sont faites par des couples, ils ont à peu près entre 30 et 49 ans. Après les USA et l'Italie, la France est le troisième pays qui accueille des enfants étrangers.

**Filiation élective:** la volonté (pas accouchement, pas filiation).

Historiquement l'adoption n'a pas toujours rempli la même fonction: on la connaît depuis l'Antiquité, écartée par l'Ancien Droit et réintroduite dans le Code civil en 1804. A cette époque sa fonction était d'assurer un nom, un héritage, d'un patrimoine. Alors que maintenant c'est la nécessité d'une institution charitable (offrir une famille à un enfant qui n'en a pas) voire même donner à un couple un enfant.

## **CHAPITRE 1 : L'ADOPTION PLENIERE**

**L'adoption plénière:** rupture des liens d'origine de l'enfant.

### **I- Conditions**

#### A) Qui peut adopter ?

##### 1- Maturité et stabilité des adoptants

L'adoption peut être le fait de deux personnes, dans ce cas il faut que le couple soit marié (**article 346 alinéa 1 Cc**). Gage de stabilité du couple + ils doivent faire preuve de maturité. Cela signifie donc que seuls les hétérosexuels peuvent adopter puisque le mariage leur est réservé.

Les époux doivent de surcroît être mariés de plus de deux ans (**article 346 Cc**) ou sinon âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans (**article 343 Cc**) = non séparés de corps.

Elle peut aussi être le fait d'une personne seule = **article 343-1 Cc** preuve d'une certaine maturité (+ de 28 ans). Cette condition d'âge peut être écartée lorsqu'il s'agit d'adopter l'enfant de son conjoint (**article 343-2 Cc**) = mariage obligatoire (toujours pas d'homo).

##### 2- Vraisemblance de la filiation adoptive

Il faut qu'on puisse faire comme si cette filiation était réelle et biologique : il faut donc qu'il existe une différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté = au moins 15 ans (**article 344 Cc**).

En revanche si c'est l'adoption de l'enfant de son conjoint, la condition de cette différence d'âge est réduite à 10 ans.

##### 3- Agrément administratif

Le candidat à l'adoption doit avoir un agrément administratif qui est délivré par le Service de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) placé sous l'autorité du Président du Conseil Général du département dans lequel réside le candidat à l'adoption. Ce Service doit statuer dans les 9 mois de la demande: il procède à une enquête pour apprécier si les adoptants proposent des conditions d'accueil suffisantes sur le plan « familiale, éducatif et psychologique ».

**Ex:** homosexualité de l'adoptant peut être un désagrément. En pratique les agréments sont souvent refusés lorsque l'adoptant est homo au motif que l'intérêt de l'enfant s'oppose à une telle adoption (sur le plan psychologique). Il n'y a pas d'obstacle absolu en droit français de l'adoption d'un enfant par les homosexuels.

Dans le cas où un agrément est refusé un recours administratif est possible + dans la procédure d'adoption il y a une phase administrative avec l'agrément mais aussi une phase judiciaire parce que c'est le juge qui déclare l'adoption (le TGI pourrait donc passer outre le refus d'agrément administratif **article 353-1 alinéa 2 Cc**). C'est déjà arrivé mais pas quand c'était un homosexuel.  
**Ex:** parents qui ont déjà des enfants biologiques.

**Article 347 du Cc** la CEDH **arrêt Fretté du 26 février 2002** il n'y a pas violation de refuser l'agrément à un homosexuel. **Arrêt E.B 22 janvier 2008** la Cour a considéré que le refus d'agrément violait les article 8 et 14 de la Convention et elle condamne non pas notre législation (ouverte personne célibataire) mais la motivation du refus d'agrément « qui se fondait implicitement mais certainement sur l'homosexualité de la requérante ».

- a) Célibataire peut adopté, même homosexuels
- b) Les homo n'ont rien d'acquis (personnes mariées peuvent se faire refouler). Tout est cas d'espèce et peut le rester.
- c) Il faut simplement que les conditions d'accueil de l'enfant soit là.

### B) Adopté : qui peut être adopté

Nécessité de respecter l'intérêt de l'enfant: supralégislative + article 353 alinéa 1 Cc

#### 1- Un enfant adoptable

**Article 347 Cc** : il faut être un enfant adoptable, c'est à dire faire parti de la catégorie que la loi déclare adoptable. 3 catégories =

*a) Les enfants pour lesquels les pères et mères ou le Conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption.*

Les parents biologiques de cet enfant, qui ont un lien biologique établi avec lui, peuvent accepté que leur enfant soit adopté. Ils décident alors de rompre tout lien avec l'enfant de manière définitive et irrévocable. Donc les règles relatives à leur consentement sont rigoureuse.

- *Qui va consentir ?*

- a) Deux parents = Double consentement s'il a toujours ses deux parents **article 348 alinéa 1 Cc**. Si l'un est mort, impossibilité de manifester sa volonté, perdu ses droits d'autorité parental alors l'autre consent seul

- b) Un seul lien de filiation = il consent seul **article 348-1 Cc**

- c) Aucun lien de filiation = deux morts, deux incapables manifester leurs volontés, aucune lien de filiation établit alors le Conseil de famille donne le consentement à l'adoption.

Comme il s'agit d'une décision grave, le consentement est entouré de forme : il est donné soit devant le greffier en chef du TI, devant un notaire, ou devant un agent diplomatique ou consulaire français.

Quand l'enfant a déjà été remis au SAE alors le consentement est reçu par ce Service.

- *Délai:* le consentement ne peut être rétracté que pendant de 2 mois. Une demande de restitution de l'enfant ne peut être demandé mise à part si l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption dans la famille d'accueil et si le tribunal juge opportun de faire droit à cette demande (pouvoir d'appréciation).

- *Porté de ce consentement:*
  - a) En présence d'enfant de moins de 2 ans, les parents ne peuvent choisir l'adoptant à moins qu'il y ait un lien de parenté ou l'alliance (jusqu'à 6ième degrés) entre adoptant et adopté **article 348-4 et 5 Cc.**
  - b) Lorsqu'il a plus de deux ans les parents peuvent choisir. En effet on refuse la possibilité de choisir dans ils ont moins de deux ans, a contrario on l'accepte quand ils ont plus de deux ans (pas clairement énoncé dans le Code).
- A l'inverse: les parents refusent de donner leur consentement. On ne peut pas passer outre un tel refus, mais par exception le tribunal peut déclarer un adoption malgré le refus si on le considère comme abusif, lorsque les parents se sont désintéressé de l'enfant au risque de compromettre sa santé ou sa moralité.

*b) Les pupilles de l'Etat*

**Article 347 Cc :** enfant adoptable suite à une décision administrative.

**Article L.224-2 du Code de l'Action Sociale et des Familles :** conditions pour être pupille.

- a) Enfant sans filiation connue
- b) Dont les parents sont décédés ou des mains desquels ils ont été retiré
- c) Enfant expressément abandonné par les titulaires de l'autorité parentale

On peut contester l'action en admission en qualité de pupille de l'Etat pour toutes personnes qui justifient d'un lien de famille ou de parenté. Si le TGI décide qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il ne soit pas admis en tant que pupille, il va alors confier la garde de l'enfant au demandeur et demander la délégation de l'autorité parentale.

Ces enfants sont placés en vue de leur adoption, dans la famille qui va les adopter. A compté de ce placement toute restitution à la famille d'origine est impossible. (2/3 sans projet).

*c) Les enfants délaissés déclarés abandonnés*

Lien de filiation établi mais qui sont délaissés par leurs parents lesquels ne s'occupent pas ni de consentir à l'adoption ni de reconnaître l'abandon

**Article 350 Cc:** permet au juge de déclarer abandonnés ses enfants. Il faut qu'on puisse qualifier le désintérêt manifeste pendant au moins un an au jour où le juge va statuer.

- a) Cette déclaration d'abandon peut être demandé par le Service d'aider à l'enfance ou un particulier.
- b) La notion de désintérêt manifeste est difficile a cerner: **article 350 alinéa 2 Cc** « si considéré comme s'étant manifestement désintéressé de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de line affectif »
- c) **6 mars 1985 Cour de cass** l'envoi de lettre ou de cadeau est insuffisant pour avoir un lien affectif.
- d) Les juges regardent le caractère volontaire de cet désintérêt manifeste = pas de la faute du parent.
- e) En pratique un enfant reste pendant 6 ans à l'ASE avant que la procédure d'abandon puisse aboutir

Condition d'âge posé à **l'article 345 Cc** = l'adopté doit avoir moins de 15 ans, parce qu'on pense

qu'au delà il ne pourra s'intégrer pleinement à sa nouvelle famille.

**Exceptions** = c'est permis lorsque l'enfant aurait été accueilli par des personnes qui ne remplissaient pas avant ses 15 ans les conditions légales de l'adoption (pas mariés) / lorsque l'enfant avait fait avant ses 15 ans l'objet d'une adoption simple **article 345 alinéa 2 Cc** l'adoption plénière va pouvoir être demandé deux ans après sa majorité ou pendant toute la minorité.

Conditions que l'enfant ait déjà été accueilli dans le foyer des parents adoptifs depuis au moins 6 mois = **article 345 Cc** le juge ne prononcera l'adoption que si l'enfant est placé depuis au moins 6 mois au jour de la décision judiciaire d'adoption.

## **II- Procédure**

Elle comporte deux phases: placement et judiciaire

### A) Phase de placement

On remet de façon effective l'enfant au foyer des futurs adoptants. Cela suppose qu'au préalable les parents aient consenti à l'adoption de leur enfant (pupille) ou qu'il y ait une déclaration d'abandon par le juge. Une fois le placement effectué, la restitution de l'enfant n'est plus possible. En effet le placement mais aussi obstacle à toute reconnaissance de l'enfant ou à l'établissement de sa filiation (obstacle à l'action en recherche de maternité).

### B) Phase judiciaire

**Article 353 Cc** : au bout de 6 mois de placement cette phase peut commencer. C'est le TGI qui va devoir prononcer l'adoption = il va donc vérifier que les conditions sont réunies (à l'égard adoptant et adopté) et vérifier que l'adoption est bien conforme à l'intérêt de l'enfant. Il va procédé à une analyse de la situation par rapport à l'enfant mais aussi il s'assure que l'adoption ne va pas compromettre la vie de l'adoptant (lorsqu'il a déjà des descendants) **article 353 alinéa 2 Cc**.

On peut considérer qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant d'aller plutôt vers l'adoption simple.

Cette décision va être transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. Cette transcription tient lieu d'acte de naissance pour l'adopté. **Article 354 Cc**.

## **III- Effets de l'adoption plénière**

### A) Assimilation totale de l'enfant adopté plénièrement a un enfant qui a une filiation par le sang.

Cette adoption plénière va établir une filiation entre l'adoptant et l'adopté, les effets attachés à cette filiation sont les mêmes = nom **article 357 Cc** + nom de famille couple. L'adoptant ou le couple exerce l'autorité parentale (titulaire). L'enfant va prendre la nationalité française par filiation (**article 18 Cc**). Du point de vue patrimoniale, l'enfant est traité comme un enfant par le sang, les mêmes droits de succession.

### B) Rupture totale des liens avec la famille par le sang

**Article 356 Cc:** elle confère une filiation à l'enfant qui se substitue à sa filiation d'origine. On pense que c'est une garantie pour les adoptants d'une meilleure intégration de l'enfant = du point de vue plutôt de l'intérêt des adoptants. Cette forme d'adoption n'est pas prévue dans tous les pays du monde, il y a même des pays musulmans qui ne prévoient pas l'adoption (forme de recueil d'un enfant, sans conséquence sur la filiation).

Cette rupture signifie que l'enfant perd le nom de famille qu'il pouvait avoir, les droits de succession, son acte de naissance est désormais nul, et c'est la transcription du jugement d'adoption sur le registre d'état civil qui tient lieu d'acte de naissance.

**Exceptions:**

- a) Lorsque l'on adopte l'enfant du conjoint **article 356 alinéa 2 Cc**
- b) Il reste un effet qui survit à l'adoption plénière = les empêchements au mariage basés sur les incestes **article 356 alinéa 1 Cc**

**Conclusion :** conditions sévères, procédures lourdes, rupture car elle est irrévocable (**article 359**). Les adoptants ne peuvent consentir à l'adoption plénière de leur enfant adoptif. Pour se défaire d'une adoption serait de la transformer en une adoption simple article 360 alinéa 2 Cc possible sous motifs graves.

**CHAPITRE 2: L'ADOPTION SIMPLE**

Ici substitue des liens avec la famille d'origine + révocable = condition plus souples. En pratique l'adoption simple est moins fréquente (prisée par adoptants)

**I- Conditions**

Elles sont les mêmes que pour l'adoption plénière sous réserve de quelques différences (âge adoptant, différence d'âge, conforme intérêt de l'enfant). Différences:

- Pas de limite d'âge pour l'adopté **article 360 Cc** + s'il est âgé de plus de 13 il doit consentir
- L'adoption simple de l'enfant du conjoint est permise sans restriction particulière (différence d'âge)

**Article 361 Cc** qui renvoie à plusieurs articles concernant l'adoption plénière, qui sont applicables à l'adoption simple.

**II- Procédure**

Elle est la même que celle de l'adoption plénière moins celle de la phase de placement. On peut le comprendre à la lecture de l'article 361 qui ne renvoie par aux articles relatifs à la phase de placement. Seule la phase judiciaire existe ici

**III- Effets.**

L'enfant n'est pas chassé par sa famille d'origine. Il y aura encore des liens successoraux article 364 du Cc alinéa 1 . Il demeure également les empêchements à mariage avec la famille d'origine. Il faut qu'il y ait eu un lien de filiation établie. On crée un lien de famille avec l'adoptant, c'est un vrai lien de filiation, droit de succession dans la nouvelle famille et réciproquement, un droit d'aliment réciproque. L'intégration dans la famille de l'adoptant n'est

pas totale article 368 alinéa 2 du point de vu de l'héritage l'adopté n'hérite pas en cas de décès des parents de l'adoptant. Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre ces dernières personnes article 367 qui parle de l'obligation alimentaire seulement avec l'adopté et l'adoptant cela exclu l'obligation alimentaire entre l'adopté et les parents de l'adoptant. Cette situation particulière se traduit au niveau du nom car en principe il va porter un double nom, celui de sa famille d'origine et auquel on rajoute le nom de famille de l'adoptant. Au niveau de son état civil il conserve son acte de naissance originaire et on va indiquer en marge de l'acte de naissance la mention de l'adoption, article 362 du Cc. Il n'est pas toujours possible de partager, il est des cas ou il ne fut retenir qu'un lien de filiation notamment par rapport à l'autorité parentale. Les parents par le sang perdent tout droit à l'autorité parentale l'adoptant est le seul investie. L'adoption simple est révocable en cas de motif grave soit à l'initiative de l'adoptant ou de l'adopté voir du ministère publique lorsque l'adopté et mineur. La révocation de l'article 370 alinéa 3 prévoit une révocation, c'est la jurisprudence qui s'est prononcée, on peut demander une révocation en raison du divorce des adoptants mais ce n'est pas un motif grave qui peut justifier une révocation. La mauvaise entente n'est pas non plus un motif de révocation. Mais on a relevé motif grave lorsqu'on avait un adoptant qui mêlé acte de violence, délinquance et refus d'autorité. Pour préserver l'adopté de la demande venant de l'adoptant, on considère qu'elle ne sera possible que si l'adopté est âgé d'au moins 15 ans (article 370 al. 2) .

### ***PARTIE 3 : LES RELATIONS DE FAMILLES***

#### **TITRE 1 : Les rapports personnels : L'autorité parentale.**

C'est l'ensemble des droits et devoirs reconnus aux père et mère sur la personne et les biens de l'enfant. On distingue aux article 371 et suivant on consacre un chapitre relativement à la personne de l'enfant et un autre relatif aux biens de l'enfant. Mais ce découpage est assez critiquable car on pense à la personne de l'enfant.

L'autorité parentale est l'ensemble des règles qui régissent les règles entre parents et enfant.

Article 371-1 al.1 la finalité est l'intérêt de l'enfant. Cette définition de cet article date d'une loi du 4 mars 2002.

#### **CHAPITRE 1- Le contenu de l'autorité parentale.**

L'autorité parentale est un effet de la filiation, c'est parce que l'on a un lien de filiation que l'on va avoir une autorité parentale. Elle n'est valable que pour un enfant mineur exception d'émancipation.

Devoir de gade : devoir d'accueillir l'enfant de la nourrir et c'est le pouvoir pour les parents de

décider du lieu de résidence de l'enfant et d'exiger qu'il y demeure corroboré par l'article 371-3 qui ajoute que l'enfant ne peut quitter le domicile familial sans l'autorité des parents.

Surveillance : Devoir de veiller à son bien être et tout d'abord à sa santé. Ce sont les parents qui décident des soins apportés à l'enfant. Les parents doivent veiller à sa sécurité et à sa moralité. Ils doivent surveiller les fréquentations de l'enfant. Les parents peuvent intercepter le courrier de l'enfant. Limite, les parents doivent agir dans l'intérêt de l'enfant. Les parents ne peuvent empêcher les liens article 371-4 avec les grands parents. Ce même article dit seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle a ce droit. On peut demander au JAF des modalités de relation qu'entretien l'enfant avec un tiers parent ou non (Ex : beau parents)

La coutume considère que les parents on le droit de corriger leur enfant.

## CHAPITRE 2-La titularité de l'autorité parentale.

### I-La dévolution initiale de l'autorité parentale (371-1, alinéa 2)

Article 371-1 alinéa 2 : Les titulaires sont les père et mère de l'enfant. Cette attribution est automatique. Personnes d'autre ne peut être titulaire de l'autorité parentale. En revanche ils peuvent perdre cette autorité.

### II-Le retrait de l'autorité parentale (378 et Suivant)

Il est exceptionnel et ne peut intervenir qu'à la suite d'une décision de justice. C'est une sanction.

Article 378 et suivant qui envisagent le retrait de l'autorité parentale. Article 381 dit que lorsque le tribunal statue il peut décide d'un retrait partiel (EX : le retrait va être prononcé par un juge pénal Si un parent est jugé pénalement dans e cadre d'un délit ou d'un crime commis sur la personne de l'enfant ou si l'enfant a fait un crime et que le parent est complice.)

Aussi si un des parents est violent. Elle pourra être retiré dans le cadre d'un jugement prononcé par le TGI en cas de mise en péril de l'enfant ou de désintérêt manifeste article 378-1. La mise en péril situation ou l'enfant est en danger physique ou moral, le texte par le de mauvais traitement, des parents alcooliques, drogués.

Le retrait n'est pas définitif, il peut y avoir une révision du retrait cependant il va falloir que celui qui fait la demande de révision du retrait puisse faire la preuve de circonstances nouvelles. Ne peut être demandé moins d'un an après la décision.

## CHAPITRE 3- L'exercice de l'autorité parentale.

Même si les deux parents on l'autorité parentale, dans certain cas un seul va exercer l'autorité parentale.

### SECTION 1- Le principe de l'exercice en commun par les parents (372 al.1)

I-Domaine et conséquence du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents.

Article 372 les père et mère exercent en commun l'autorité parental.

A) Domaine : tous les parents mariés ou non mariés.

B)Conséquence de l'article 372-2

Cela conduit a considérer que les parents doivent prendre ensemble les décisions relatives à



l'enfant. L'opposition de l'un fait obstacle à l'autre. Pour des actes usuels on n'exige pas l'accord des deux. On présume que les deux sont d'accord article 370-2. Un acte usuel selon la jurisprudence, le fait de demander l'inscription du nom d'un enfant sur le passeport d'un des parent est un acte usuel.

## II- Exercice en commun malgré la séparation des parents.

### A) Affirmation forte du principe de l'exercice commun en cas de séparation.

Principe : Article 373-2 al.1 la séparation n'a aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale.

Article 373-2 al. 2 : chacun des père et mère doivent entretenir des liens avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

### B) Modalité d'exercice commun de l'autorité parentale en cas de séparation des parents.

#### 1- La résidence de l'enfant ; résidence alternée ou DVH.

En 2002 la volonté du législateur est de procéder à une résidence alternée. La résidence principale se fait chez la mère. On constate que dans ces situations au fil des années le lien entre l'enfant et le père se relâchait.

##### a) La résidence alternée

C'est une possibilité et non une obligation. La résidence peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou de l'un d'eux. Qui la décide cette résidence ? Article 373-2-11 elle est prise par le JAF qui va tenir compte de différents éléments et notamment d'un accord des parents pour une résidence alternée. On tient compte des sentiments exprimés par l'enfant capable de discernement. On tiendra compte si les parents se sont déjà séparés on peut considérer la pratique antérieure, de l'attitude des parents. Même si les parents ne sont pas d'accord pour une résidence alternée le JAF peut l'ordonner. Le JAF peut refuser de tenir compte de l'accord des parents sur la résidence en alternance par exemple lorsqu'il y a un éloignement entre les parents.

##### b) Le droit de visite et d'hébergement.

Si elle ne convient pas à l'intérêt de l'enfant. La plupart du temps c'est 1 week-end sur 2 + la moitié des vacances. C'est la JAF qui prend la décision.

#### 2- La contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant.

Article 373-2-2 Cc : ils vont subvenir à ses besoins. En cas de séparation entre les parents ou ceux-ci et l'enfant la contribution va prendre la forme d'une pension alimentaire versée par l'un des parents à l'autre ou la personne à laquelle la personne a été confiée. Elle sert à couvrir les frais de l'entretien de l'enfant. Lorsque l'enfant est majeur et bien cette obligation de contribution à l'éducation de l'enfant continue. Il faudrait que le débiteur prouve que le majeur peut subvenir à ses besoins. Elle est déterminée selon les besoins de l'enfant. La pension peut être révisée

## SECTION 2- Exercice unilatéral de l'autorité parentale.

## I- Exercice unilatéral dès la naissance de l'enfant.

Principe : Article 372 al.2 : Si l'on est dans le cadre d'un lien de filiation par le sang et que l'enfant n'a qu'un lien de filiation établie l'autre parent ne faisant établir son lien de filiation qu'un an après la naissance. Le premier parent reste le seul investie de l'autorité parentale.

Lorsque le lien de filiation avec le second parent a été établie suite à une décision judiciaire. Ce second parent ne peut exercer l'autorité parentale.

Exception : Article 372 al.3 demande de revenir au principe commun soit les parents sont d'accord et vont faire une déclaration conjointe qu'ils déposeront au greffe du TGI soit en cas de désaccord entre les parents, l'un peut faire seul la demande en saisissant le JAF.

## II-Exercice unilatérale de l'autorité parentale à la suite de la séparation des parents.

Principe : maintient de l'autorité parentale.

Exception : Article 373-2-1 le juge peut confier l'autorité parentale à un seul des parents. Un seul des parents concentre les attributs de l'autorité parentale. Cela ne veut pas dire que l'autre n'a aucun droit d'être informé ou de donner son avis, il ne cesse pas d'être le parent de l'enfant.

L'article 373-2-1 prévoit que le parent qui n'exerce plus l'autorité parentale il conserve le droit d'accueillir l'enfant chez lui sauf dans le cadre d'un motif grave. Il conserve un droit de surveillance, il doit être informé sur les décisions importantes de la vie de l'enfant. Il est encore tenu à contribuer aux charges de l'enfant (pension alimentaire)

## III- Exercice unilatéral en cas de décès d'un parent.

Article 373-1 : Cette disposition intervient automatiquement sans jugement. Si le parent survivant décède à son tour il n'y a plus d'autorité parentale et on ouvre donc une tutelle.

## IV- Exercice unilatéral en présence d'un parent hors d'état de manifester sa volonté.

Article 373 il est privé d'exercer l'autorité parentale. On vise aussi le cas d'absence d'un parent ou tout autre cause. On parle de privation de l'autorité parentale.

## SECTION 3- La délégation de l'autorité parentale.

### I- Délégation classique.

Article 377 autorise les parents ensemble ou séparément de déléguer l'exercice de l'autorité parentale à un tiers mais n'importe quel tiers, un proche de la famille un membre de la famille voir un établissement. Lorsque les circonstances l'exigent. Elle est décidée par le JAF.

Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué 377-3.

### II-Délégation partage

Article 377-1 al.2 il ne s'agit pas de la déléguer mais de la partager avec les parents. Le critère pour décider de cette délégation partage est celui des besoins de l'enfant. Délégation au sein d'un couple homosexuel acceptée. Dans l'arrêt de 2006 les circonstances l'exigeait. En revanche dans un arrêt du 8 juillet 2010 on a considéré que les circonstances n'étaient pas remplies pour justifier d'une telle délégation.

La question du beau parent dans un arrêt du 12 janvier 2011 rendre une possibilité de délégation plus souple. Un enfant devenu adulte a fait l'objet d'une adoption simple par le nouveau compagnon de sa mère. Et quelques années plus tard la compagne du père décédé voulait l'adopter, la cour d'appel était favorable à une double adoption par les beaux parents, mais la cour

de cass a censuré l'arrêt au visa de l'article 346 nul ne peut être adopté par plusieurs personnes sauf pour les époux.

2<sup>e</sup> arrêt rendu le 20 février 2007 de la 1<sup>ère</sup> chambre civile où l'on revient à la situation d'un couple homosexuel de vouloir consacrer des liens. Femmes PACSées l'une était mère d'un enfant et qui n'avait pas de filiation paternelle. La mère a consenti à l'adoption simple de son enfant par sa compagne. L'effet de l'adoption simple est que la mère biologique n'a plus l'autorité parentale. Pour que la mère continue de s'occuper de l'enfant la mère qui a adopté a fait une délégation partagée au profit de la mère biologique. Si on admet l'adoption simple on prive la mère biologique et qu'elle ne peut retrouver ses droits sur une délégation partagée.