

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I
FACULTE DE DROIT

Droit Civil, 1ère année de droit – 2009–2010
– Volume IV – *Le mariage, le concubinage, le Pacs* –



John Singer Sargent's painting Luxembourg Gardens at Twilight (1879, from The Minneapolis Institute of Arts)

D. Mainguy

*Professeur à la faculté de droit de Montpellier,
Directeur du Centre de droit de la consommation et du marché*

Droit civil - première année - Pr. D. Mainguy
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

PARTIE 2 - LA FAMILLE

« *Et Dieu créa la femme* », compagne de l'homme : avec la femme, le couple, donc la famille, était né.

La structure familiale, la cellule familiale, trouve sa source dans des temps immémoriaux.

Historiquement, la famille est une constante de l'histoire des hommes, l'Histoire est, pour beaucoup une histoire de familles : la famille royale, les fameuses « cent familles » qui faisaient frémir les couches populaires françaises il y peu encore, par exemple.

Sociologiquement, la famille est un groupe élémentaire d'individus que relie entre eux un fait biologique (union des sexes, procréation, descendance).

Economiquement, la famille est une unité de production, ou plutôt était une unité de production car cette logique tend à s'estomper avec le resserrement contemporain de la famille. C'était le temps des entreprises familiales, de la notion d'entraide familiale, fort sentiment populaire, ouvrier et surtout paysan. Elle est également un lieu d'épargne et surtout de consommation, ce que les spécialistes de marketing ont depuis longtemps compris.

Juridiquement, la famille est constituée par l'ensemble de personnes unies en droit par le mariage, par la filiation, la parenté ou l'alliance. Le groupe familial est un groupe d'individus mais il n'est cependant pas doté de la personnalité juridique : la famille n'est pas une personne morale.

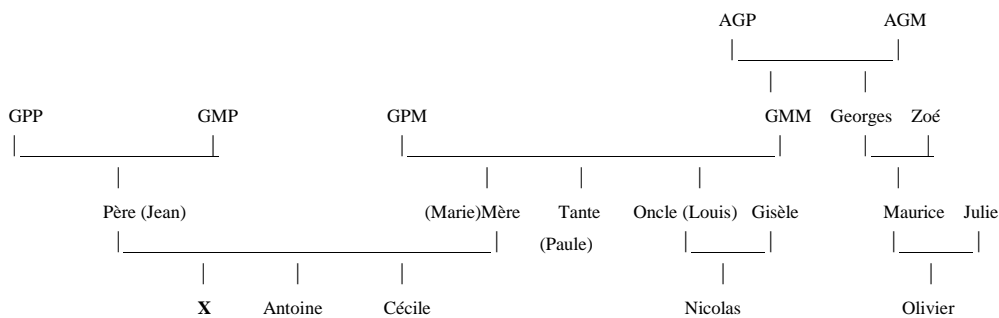
La notion de famille et son évolution contemporaine justifient quelques observations préliminaires.

***. – La notion de famille.** – Il est usuel de distinguer, derrière la signification intuitive de la famille, deux types de familles.

– **La famille au sens large** englobe toutes les personnes descendants d'une autorité commune et unies par un lien de parenté. Entrent dans la famille les collatéraux, les cousins éloignés, c'est la « *grande famille* »; les « gens » de l'ancien droit romain, le « lignage » ou la « mesnie » du droit coutumier, la tribu (gitan), la smala (arabe), la « maison ». Elle est orientée vers le passé et son arbre généalogique ou vers l'avenir.

– **La famille au sens étroit** exclut les collatéraux, voire les ascendants, se limite aux époux et à leurs descendants, parfois même aux seuls enfants mineurs. C'est la « *petite famille* », le foyer, la « *domus* » romaine, le « ménage » par opposition au lignage. Cette famille est orientée vers l'avenir, vers la procréation.

****.** – **Le lien familial.** – le lien familial s'établit à la suite d'un mariage, le liens d'alliance, ou d'une filiation, les liens de parenté. Il s'établissent en ligne directe, c'est-à-dire entre ascendants et descendants, ou en ligne collatérale, entre frère et sœur, oncle et tante, oncle et neveu, c'est-à-dire par rapport à un auteur, un ascendant commun.



X est en ligne directe,

- le descendant au premier degré de son père et sa mère
- le descendant au second degré de ses grands parents
- Le descendant au troisième degré de ses arrière-grands-parents

X est aussi, en ligne collatérale,

– le collatéral (frère germain, qu'on ne confondra pas avec un frère consanguin, même père mais mère différente, ou utérin, même mère mais père différent) d'Antoine et de Cécile, au second degré.

- le collatéral de Nicolas, son cousin germain au 4^{ème} degré
- Le collatéral de Paule (sa tante) ou de Louis (son oncle) au troisième degré,
- Le collatéral de Georges, son grand oncle, au 4^{ème} degré, de Maurice, au 5^{ème}, d'Olivier (son cousin issu de germains) au 6^{ème} degré.

*****.** – **L'évolution contemporaine de la famille.** – Deux traits contradictoires paraissent caractériser la famille moderne : un **resserrement du cercle familial** : il en résulte un dépérissement des liens du lignage et un renforcement des liens du foyer. Un exemple, la loi du 3 décembre 2001 en matière de succession a reconnu les droits du conjoints survivants, alors que celui-ci était globalement ignoré par les règles du droit des successions ; autrefois on était

susceptible d'hériter jusqu'au 12^{ème} degré (l'hypothétique oncle d'Amérique), alors que'aujourd'hui, ce n'est plus qu'au 6^{ème} degré, etc..

De la même façon on assiste à un certain **dépérissement des liens familiaux**. De nos jours, la famille a tendance à se restreindre et à se limiter aux seuls parents et enfants, voire même à l'unique parent avec la promotion du célibat, spécialement dans les très grandes villes (chères et actives). Ainsi les familles monoparentales réunissent la mère et l'enfant, la femme seule étant mère célibataire ou divorcée, les grands-parents, souvent seuls : la mesure de cette détresse a pu être réalisée lors de la fameuse, mais funeste, canicule, en 2002 et elle peut l'être encore au regard de la détresse de la prise en charge du grand âge.

Parallèlement à cette évolution, la famille légitime, celle qui repose sur le mariage, tend à s'affaiblir et ceci pour deux raisons :

- La première tient au fait qu'aujourd'hui, non seulement on se marie moins (le taux de nuptialité a enregistré en 30 ans une baisse de 30 % : 416 000 en 1972, 250 000 en 1998, mais 303 000 en 2001, 274 000 en 2006), mais de surcroît les mariages conclus sont de plus en plus souvent rompus (alors qu'entre 1950 et 1970, un ménage sur dix divorçait, actuellement la proportion est d'un ménage sur trois).

- La deuxième raison à l'origine de l'affaiblissement de la famille légitime tient à l'augmentation croissante du nombre de couples non mariés (selon les statistiques de l'INSEE, le nombre de couples non mariés dépasserait aujourd'hui le chiffre d'un million). Corrélativement, cela entraîne une augmentation du nombre de naissances issues d'un non mariage (de 1975 à 1985, leur chiffre a été multiplié par 2,5. Environ un enfant sur sept naît actuellement naturel). Le droit a tenu compte de cette situation en décidant de certaines mesures, d'ordre patrimonial, en faveur des concubins ou du pacs : près de 250 000 pacs avaient été signés en 2006 depuis 1999, 50 000 par an environ.

Les solutions juridiques à cette situation peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir d'une ignorance de la réalité, pour promouvoir un modèle, le mariage par exemple, comme ce fut le cas pendant longtemps. Il peut s'agir au contraire de faire en sorte que les règles juridiques soient adaptées à la réalité sociologique, tendance que l'on observe depuis une trentaine d'années en France qui conduit à des réformes, des mesures de nature variée :

- En matière de **responsabilité civile** : la jurisprudence admet le droit à réparation pour la concubine du dommage causé par la mort du concubin. La jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, a reconnu au concubin le droit d'obtenir réparation à la suite du décès accidentel de son partenaire. L'arrêt de principe en la matière, qui mit fin à un long désaccord entre la chambre civile et la chambre criminelle de la Cour de cassation, est un arrêt de la chambre mixte en date du 27 février 1970 (D.1970, 201, note Combaldieu; JCP 1970, II, 16305, concl. de M. l'avocat général Lindon, note Parlange; Grands arrêts du Droit civil, n°117). Les tribunaux ont également admis qu'en cas de faute caractérisée dans la rupture de l'union libre, le concubin pouvait être condamné à verser des dommages et intérêts à

la concubine. La faute, le plus souvent, découlera davantage des circonstances de la liaison que de la rupture de celle-ci (v. notamment en cas de séduction dolosive de la femme et d'abandon ultérieur par son concubin : Civ. 17 juin 1953, D.1953, 596; JCP 1954, II, 7976; Civ.2°, 24 novembre 1976, D.1977, I.R. 99; plus généralement sur la question, Cf. Amzalec, "*Les procès entre concubins à la suite de la rupture de leurs relations*", JCP 1969, I, 2216);

– S'agissant des **baux d'habitation** : la loi accorde au concubin notoire la continuation du bail. En Droit civil, la législation en matière de baux accorde au concubin notoire la continuation du bail, en cas d'abandon du domicile ou de décès du locataire. Tel est le cas de la loi Quilliot du 22 juin 1982 (art.16) ou de la loi Méhaigrierie du 23 décembre 1986 (art.13);

– En matière de **sécurité sociale** : la loi accorde au concubin le statut d'ayant-droit de l'assuré, quel que soit son sexe d'ailleurs.

****. – **Le droit de la famille.** – Le droit de la famille est, alors, l'une des disciplines majeures du droit civil parce qu'elle se fonde sur la famille, pilier du droit civil, pilier sociologique en tant que structure cellulaire élémentaire et fondamentale de la nation.

C'est un droit fondé sur des préoccupations morales et des valeurs religieuses. Le droit civil n'est d'ailleurs un droit *civil*, c'est-à-dire laïque que depuis peu, 1804. C'est un droit très sensible aux évolutions sociologiques (PACS, Concubinage) et aux innovations technologiques avec les progrès des biotechnologies (PMA, bioéthique, transexualisme, etc.).

C'est enfin un droit peu appliqué, un droit fantôme, en ce sens qu'on le découvre en général en cas de difficulté, mais rarement quand tout va bien (et heureusement). Les règles du droit de la famille proposent des règles que la plupart des justiciables ignorent ou appliquent inconsciemment : ainsi les règles d'entretien, de secours entre mari et femme, entre parents et enfants, ne sont pas, au départ, juridiques. Il n'en reste pas moins que ces règles sont posées, à la fois comme lignes directrices, et comme remparts contre les excès.

Il en résulte que le droit de la famille est le paradis du non-droit et en même temps un secteur où l'ineffectivité du droit est sans doute le plus important.

Le droit de la famille a relativement peu évolué de 1804 à 1960, date à laquelle, sous la houlette de Jean Carbonnier, et grâce à des professeurs comme Gérard Cornu ou Pierre Catala, le droit de la famille, comme le droit des personnes a été profondément bouleversé par des réformes majeures : la filiation (1972 et 1996, réforme de l'adoption), les régimes matrimoniaux (1965), le divorce (1975) et la vague des réformes semble ne plus pouvoir cesser, soit pour retoucher ce qui avait été réformé, comme la loi du 23 décembre 1985 qui a promu l'égalité des hommes et des femmes, soit pour « reréformer », comme c'est le cas depuis 1999 à la suite du rapport *Dekeuwer-Defossez* de 1999 (La documentation française, 1999) qui a conduit à l'adoption du PACS (1999), la réforme des successions (2001), celle de

l'autorité parentale et du nom de famille (2002) et enfin du divorce (2004), des incapacités (2007).

La famille telle que le droit la régleme a pour éléments fondamentaux les époux et les enfants. Nous étudierons successivement **LE COUPLE** dont le modèle est assuré par l'institution du mariage qui est à l'origine des liens d'alliance (Titre 1) et **LA FILIATION** qui est à l'origine des liens de parenté (Titre 2).

« *Les chaînes du mariage sont si lourdes qu'il faut être deux, souvent trois, pour les porter* »

Sacha Guitry

« *Le mariage est comme une place assiégée ; ceux qui sont dehors veulent y entrer, et ceux qui sont dedans veulent en sortir* » (Proverbe chinois, Jean Dujardin, *Mariages*, 2004)

TITRE 1

LE COUPLE

Nous observerons, d'abord, les règles envisageant *L'UNION* (Sous-Titre 1) puis celles de l'éventuelle et fâcheuse *DESUNION* (Sous-titre 2).

SOUS-TITRE 1 – L'UNION

Le modèle juridique – pour ne pas parler du modèle social – du couple est assuré, historiquement et sociologiquement, par l'institution du mariage. C'est l'institution fondamentale à laquelle le Code civil accorde le plus d'attention.

Cette institution est cependant concurrencée par d'autres systèmes correspondant à des évolutions sociologiques du couple.

Ce fut le cas des *couples hétérosexuels non mariés* et donc du concubinage, totalement ignoré par le droit civil jusqu'à il y a peu, les années 1970. On dit très souvent, à tort, que le concubinage est le règne de l'absence de règles, de la liberté individuel, ce que le terme « union libre » employé pour celui de « concubinage » illustrerait, ce qui est inexact. Certes beaucoup moins réglementé que le mariage et axé sur la liberté individuelle, le concubinage est aussi une institution réglementée, d'ailleurs introduite dans le code civil, art. 515-8, depuis 1999.

C'est le cas des *couples homosexuels* désormais promus par le médiatique Pacs, bien entendu, qui est un mécanisme – peu et mal – régulé d'organisation du couple mais pas seulement.

Une présentation un peu démagogique de ces règles consisterait à envisager ces couples, par ordre de réglementation croissante : d'abord l'absence de règle, le concubinage, qui pourrait être présenté comme de principe, puis les régimes fondés

sur des règles fortes, nécessairement d'exception, entourant le couple dans lequel apparaîtrait le mariage.

Tel n'est pas le plan que nous avons choisi, préférant nous en tenir à une analyse plus traditionnelle et plus typique : **LE MODELE DU MARIAGE** (Chapitre 1) et **LES CONCURRENTS DU MARIAGE** (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE MARIAGE

*. – **Définition du mariage.** – Le mariage peut se définir, définition que le Code civil ne donne pas, comme un acte juridique qui consacre l'union d'un homme et d'une femme.

Là est la définition simple, statique, celle du *jour* du mariage, une photographie en quelque sorte.

Mais le mariage est bien plus que cela, comme toutes les unions d'ailleurs, mais le mariage le consacre par les règles proposées par la loi, par le signifiant même du terme mariage, imprégné de la tradition de nos parents, de la culture du mariage.

Dans ces conditions, le mariage est un acte de volonté, un acte juridique qui consacre l'union d'un homme et d'une femme, sans qu'il ait nécessairement pour finalité la procréation, en vue d'adhérer à un modèle légal (ou religieux), de fonder une famille, dans une communauté d'intérêts, un partage complexe d'égoïsmes et de renoncements, et dont la rupture est possible dans des conditions déterminées.

**.

– **Caractères du mariage.** – On peut reconnaître au mariage quatre *caractères fondamentaux* caractéristiques de l'institution du mariage.

– Le premier caractère est le caractère **monogamique** du mariage. Un homme ne peut avoir qu'une épouse et réciproquement. La bigamie est un délit.

– Outre ce premier caractère, le mariage se révèle être un acte **personnel** aux époux. L'élément essentiel du mariage est le consentement individuel des époux : « *je me marie avec ...* ».

Notre droit positif s'est éloigné de la conception familiale du mariage dans laquelle celui-ci était un pacte entre les familles : « *j'ai marié mon fils avec ...* ». Le consentement familial ne subsiste plus à l'heure actuelle que pour les mineurs ou les majeurs en tutelle. Il en résulte donc que le mariage est d'abord un **acte de volonté dont l'objectif est d'adhérer à un modèle imposé par la loi**, ce qui le différencie du contrat.

– Le troisième caractère du mariage est d'être un acte **laïc**. Seul le mariage civil, célébré devant l'officier d'Etat civil est susceptible de produire des effets juridiques. Sous l'Ancien Régime, le mariage était un acte religieux entièrement fondé sur l'acte de volonté initial, ce dont il résulte que le mariage pouvait être clandestin mais valable. La laïcité du mariage emporte au contraire sa publicité. Ce caractère de laïcité est relativement récent : il ne date que de la Révolution. Les individus sont libres de recourir à la cérémonie religieuse mais la loi ne lui reconnaît aucun effet. Le législateur interdit aux ministres du culte de célébrer la cérémonie religieuse avant le mariage civil.

– Le mariage, enfin, est un acte **solennel**. Il ne résulte pas du simple consentement des époux, mais exige un certain nombre de formalités (que nous examinerons plus avant).

***. – Du point de vue de sa **nature juridique**, on a pu s'interroger sur le fait de savoir si le mariage était un contrat ou une institution.

– La thèse du *mariage-contrat* se fonde sur l'idée que le consentement des époux fait l'essence du mariage. Le mariage est avant tout un accord de volontés destiné à donner naissance entre les époux à des droits et obligations. Très en vogue sous la Révolution, cette conception devait par la suite être critiquée. Elle semble revenir sous couvert de l'idée, qui germe depuis quelques années, du divorce par consentement mutuel, sans passer par le juge : l'hypothèse permet, par induction de considérer que si l'on rompt le mariage comme on rompt un contrat, c'est sans doute que le mariage est un contrat.

– Certains auteurs modernes préfèrent analyser le mariage comme une *institution*. D'après cette thèse, les époux ne créent pas le mariage comme ils créent un contrat, mais adhèrent simplement à une institution réglementée étroitement par le législateur. La liberté n'existe que pour adhérer ou refuser d'adhérer à cette institution.

– Aujourd'hui, nombre d'auteurs pensent qu'il faut adopter une solution intermédiaire en considérant le mariage comme un *acte mixte*. En effet, il y a bien, à l'origine du mariage, un acte de volonté : les deux époux décident d'associer leur existence. Mais ensuite, ils adhèrent à l'institution du mariage et à ses conditions objectives.

****. – Enfin, d'un point de vue **sociologique**, le mariage a considérablement changé. Considéré pendant longtemps comme un préalable nécessaire à toute vie sociale et familiale, sans parler évidemment de toute vie sexuelle, le mariage était une institution essentielle qui, en tant que telle, a disparu ou du moins, s'effrite.

Le concubinage est une institution véritablement concurrente du mariage, surtout du point de vue des règles de la filiation, 30% des concubins n'envisagent absolument pas de se marier, le divorce n'est plus vécu comme une humiliation et est même parfois une composante de la vie des couples : le mariage a cessé d'être une union définitive, un lien indissoluble ; bien des mariages débutent par un

concubinage, une sorte de mariage à l'essai qui fait des fiançailles une institution désuète, etc.

Surtout le mariage est souvent vécu comme une union à durée déterminée : on divorce aujourd'hui en trois mois.

Il convient d'examiner plus en détail comment se forme le lien matrimonial (Section 1), quels en sont ses effets (Section 2).

SECTION 1 - LA FORMATION DU MARIAGE

Bien que les fiançailles ne soient que de simples préliminaires au mariage, en pleine désuétude d'ailleurs eu égard à la force historique des fiançailles, le Droit leur a cependant reconnu certains effets juridiques que nous devons examiner (Sous-Section 1), avant d'étudier les conditions de formation du mariage lui-même (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - LES FIANCAILLES, PRELIMINAIRES AU MARIAGE

Définition. – Par fiançailles, on entend la promesse qu'échangent un homme et une femme de se prendre ultérieurement pour époux. De ces fiançailles, le Code civil ne parle pas. Dans le silence de la loi, le problème s'est posé de savoir quelle valeur juridique il fallait leur attribuer. La jurisprudence ne pose aucune condition de validité particulière, elle a d'ailleurs admis que la promesse de mariage faite par un homme marié était parfaitement valable.

La jurisprudence reconnaît cependant aux fiançailles quelques effets juridiques qui seront différents selon que l'on envisage les rapports des fiancés entre eux (§ 1) ou des fiancés avec les tiers (§ 2).

§ 1. – LES EFFETS DES FIANCAILLES DANS LES RAPPORTS DES FIANCES ENTRE EUX

Le débat a d'abord concerné la **nature juridique** des fiançailles (I). Mais ce débat paraît finalement assez vain.

En effet, c'est à propos de la **rupture des fiançailles** que les effets de celles-ci ont été dégagés par la jurisprudence, indépendamment de l'analyse de leur nature juridique (II).

I. – LA NATURE JURIDIQUE DES FIANCAILLES

Le problème était de savoir quelle était la nature juridique de ces fiançailles. S'agissait-il ou non d'un contrat donnant naissance, notamment, à l'obligation juridique, et point seulement morale, de contracter mariage ?

Si l'on admettait, en effet, l'existence d'un contrat entre les fiancés, il n'y aurait pas de faculté de rupture unilatérale. Selon cette analyse, le responsable de

cette rupture unilatérale devrait à l'autre des dommages-intérêts; il ne pourrait y échapper qu'en donnant une justification de la rupture en question.

Cette conception contractuelle a été condamnée par un arrêt de principe de la Cour de cassation, le 30 mai 1838 (Grands arrêts, n°30).

Cet arrêt se fonde essentiellement sur le *principe de la liberté du mariage*. Lorsque les époux se marient, ceux-ci doivent être entièrement libres. La période des fiançailles est un temps d'épreuve, sa nature même postule qu'après une certaine expérience, l'un des deux « candidats » au mariage puisse se désister. Depuis 1838, les fiançailles ne valent plus comme contrat, elles constituent seulement un engagement de conscience.

Pour expliquer cette contradiction, certaines analyses « audacieuses » ont été avancées.

– Josserand faisait une analogie entre les fiançailles et le contrat de travail à durée indéterminée. Comme les fiançailles, ce contrat peut être unilatéralement rompu et l'auteur de la rupture n'engage sa responsabilité que si la rupture est abusive.

– Un autre auteur, non sans malice, a comparé les fiançailles à la vente à la dégustation (art.1587 C.civ.). Dans ce contrat, l'acheteur est libre de se dégager tant qu'il n'a pas goûté la chose qu'il a promis d'acheter... et qu'il ne l'a pas trouvé à son goût.

En réalité, ces analyses sont assez vaines : le fiancé n'est ni un travailleur ni un dégustateur. Et c'est indépendamment de ces analyses que la jurisprudence a défini les effets de la rupture des fiançailles, pour proposer des effets juridiques aux fiançailles.

II. – LA RUPTURE DES FIANCAILLES

Deux problèmes principaux se posent : la conservation des cadeaux (A) et le paiement d'éventuels dommages-intérêts contre l'auteur de la rupture (B).

A. – La conservation des cadeaux

L'article 1088 C.civ. pose une règle : « *toute donation faite en vue du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas* ».

Les présents d'usage sont évidemment conservés par le fiancé déçu.

En revanche, les cadeaux plus importants sont soumis à la règle de l'article 1088 du Code civil.

Un cadeau présente cependant une certaine originalité, la bague de fiançailles. En raison de sa forte valeur symbolique, la bague de fiançailles dispose d'un régime complexe.

– *En principe*, la bague de fiançailles doit être restituée en cas de rupture des fiançailles ou de caducité de celle-ci due au décès du fiancé.

– *Par exception*, cependant lorsque le fiancé a commis une faute en rompant (par exemple en rompant les fiançailles à peu de distance du mariage, bien des commandes étant déjà effectuées ou parce que la rupture s'effectue dans des conditions particulièrement blessantes ou humiliantes), la jurisprudence décide que « *la fiancée abandonnée qui n'a rien à se reprocher peut garder cette bague* ».

– Cependant, par exception à l'exception, le fiancé même s'il a commis une faute dans la rupture des fiançailles, pourra conserver la bague lorsque celle-ci constitue un « *bijou de famille* ».

La jurisprudence définit le bijou de famille comme le « *bien précieux qui a une origine familiale* » (sur cette notion, voir Cass. civ.I, 19 décembre 1979, Bull. 270).

B. – Les dommages-intérêts à la charge de l'auteur de la rupture

Les tribunaux accordent assez souvent des réparations pécuniaires au (à la, bien plus souvent) fiancé(e) délaissé(e).

Le fondement des dommages-intérêts repose sur le régime général de la responsabilité civile délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

La mise en œuvre de ce texte suppose cependant la réunion de trois conditions : une faute de l'auteur de la rupture (1), un dommage pour la victime de la rupture (2) et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage (3).

1. – La faute de l'auteur de la rupture

La jurisprudence a considéré comme fautive la rupture brutale sans motifs précis (en ce sens, Civ.2°, 18 janvier 1973, JCP 1974, II, 17794) ou bien encore la rupture tardive dans les jours précédents le mariage (sur une rupture cinq jours avant la date fixée pour la célébration, le motif allégué étant l'appartenance à des milieux différents, alors que la jeune fille avait été présentée à la famille du jeune homme et acceptée par elle, v. Civ.2°, 2 juillet 1970, D.1970, 743), voire la veille (en ce sens, v. Trib.civ. Seine 10 mai 1932, D.H. 1932, 390; Riom 12 juin 1934, D.H. 1934, 549) ou mieux encore le jour même (en ce sens, v. Paris 3 décembre 1976, D.S. 1978, 339, note Foulon-Piganiol).

2. – Le dommage pour la victime de la rupture

En ce qui concerne le préjudice, la jurisprudence a commencé par admettre le remboursement des dépenses engagées à l'occasion des fiançailles en vue du mariage et qui devenaient inutiles (ex. : frais vestimentaires, envois de faire-part, achat de mobilier). C'est le préjudice matériel causé par la rupture.

Mais la fiancée ne peut obtenir réparation du préjudice qu'elle prétend subir du fait qu'elle n'a pas la situation matérielle que le mariage lui permettait d'espérer (ex. : je serai devenue femme d'un médecin ou d'un avocat, ou mieux d'un jeune professeur de Droit privé...).

Enfin, la jurisprudence admet la réparation d'un simple préjudice moral (atteinte à la réputation, atteinte aux sentiments d'affection; voir notamment Riom 12 juin 1934, préc.).

3. – La preuve des fiançailles

Outre la preuve de la faute et du préjudice, le ou la fiancée éconduite doit également établir l'existence de la promesse de mariage. Bien que les fiançailles ne soient pas un contrat, la Cour de cassation a longtemps décidé que la preuve d'une telle promesse ne pouvait être établie que par écrit, conformément à l'article 1345 du Code civil.

Cette règle comportait une importante exception, celle de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, exception largement admise entre fiancés.

L'exigence d'un écrit pour prouver les fiançailles était illogique (les fiançailles ne sont pas un contrat). Cette règle se justifiait pourtant par une considération de fait : il n'existe jamais de fiançailles sans quelques lettres (la fiancée éconduite produira les lettres de son fiancé).

Aussi cette règle a été critiquée et finalement abandonnée, d'abord par la loi dans la recherche de la paternité naturelle (la loi admet que la femme puisse prouver que X est bien le père de l'enfant sans écrit), mais surtout par la jurisprudence qui admet désormais la liberté de preuve des fiançailles. Cette jurisprudence est relativement récente (Civ. 3 janvier 1980). Il sera intéressant de voir comment elle évolue car elle risque de conduire à prendre en compte de vagues projets sentimentaux.

§ 2 - LES EFFETS DES FIANCAILLES DANS LES RAPPORTS DES FIANCES AVEC LES TIERS

C'est à propos des accidents mortels survenus à l'un des fiancés que la jurisprudence eut à se prononcer sur les effets des fiançailles à l'égard des tiers.

Le problème était de savoir si l'autre fiancé pouvait obtenir des dommages-intérêts en agissant contre l'auteur responsable de l'accident.

Au départ, la Cour de cassation s'est montrée hostile à l'action en réparation au prétexte que le préjudice matériel était incertain, le mariage restant hypothétique.

D'autres décisions, émanant des juges du fond, avaient admis le droit à réparation en invoquant la notion de « *perte d'une chance* », c'est-à-dire la perte d'une situation que l'on pouvait espérer en raison du mariage projeté. Cette chance de mariage était certaine et conférait un caractère certain au dommage.

La Cour de cassation a renversé sa jurisprudence dans un arrêt de la chambre criminelle en date du 5 janvier 1956 (D.1956, 216; JCP 1956, II, 9146) : "*l'arrêt attaqué, déclare-t-elle, a pu décider que la demoiselle S avait éprouvé du fait du décès de son fiancé un préjudice direct, actuel et certain résultant d'une situation exactement appréciée par lui et qui justifiait l'allocation de dommages-intérêts*". Bien que la fiancée n'ait pas de lien de droit avec la victime, son préjudice est réparable.

Cette solution ne semble plus aujourd'hui faire de doute, depuis que la chambre mixte de la Cour de cassation (le 27 février 1970, *Dangereux*, préc.) a reconnu ce droit à la concubine. On ne voit pas, en effet, pourquoi cette dernière serait mieux protégée que la fiancée.

SOUS-SECTION 2. – LA FORMATION DU LIEN MATRIMONIAL

Pour que le mariage soit valablement formé et puisse produire des effets juridiques, il doit obéir à un certain nombre de conditions qui seront examinées en un premier temps (§ 1). Nous verrons ensuite quelles sont les sanctions susceptibles d'être appliquées en cas de non respect de ces conditions (§ 2).

§ 1. – LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Le mariage obéit à une double série de conditions : de fond, d'abord (I), de forme, ensuite (II).

I. – LES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Elles sont de trois ordres des conditions d'ordre physiologique (A), psychologique (B) et sociologique (C).

A. – Les conditions d'ordre physiologique

Trois conditions ont été écartées (1), trois conditions ont été retenues (2).

1. – Les conditions écartées

*. – La première concerne la *bonne santé* des époux (v. ci-après la question à propos du certificat médical prénuptial).

** – La seconde concerne *l'aptitude à procréer* : l'impuissance (naturelle ou accidentelle) n'est pas une cause de nullité du mariage. Mais si elle a été cachée à l'autre conjoint, elle pourra, selon les cas, être soit une cause de nullité pour erreur sur une qualité essentielle de la personne, soit une cause de divorce ou de séparation de corps.

*** – La troisième concerne la *consommation du mariage* (à noter à cet égard la différence entre le droit civil et le droit canonique), la *copula carnis*.

2. – Les conditions retenues

Trois autres conditions ont, en revanche, été retenues par le Droit positif.

* – La première condition est la *différence de sexe*.

Le Code civil ne l'impose pas expressément mais le suggère (art.144 C.civ. : âge minimum de l'homme et de la femme pour se marier).

Par conséquent, il ne peut y avoir de *mariage entre homosexuels*. La Cour EDH a conforté cette analyse dans un arrêt de 1986 (CEDH 17 oct. 1986) affirmant que l'article 12 de la Convention EDH qui vise le droit au mariage ne vise « *que le mariage traditionnel entre deux époux de sexe biologique différent* ». Les Pays-Bas, on par une loi du 21 décembre 2000, validé le mariage homosexuel, rejoints par la Belgique, l'Espagne, le Canada, le Portugal, la Grande-Bretagne.

En pratique, la question se présente de façon voisine que lorsqu'il y a un doute sur le sexe en raison d'un vice de conformation. La jurisprudence se montre extrêmement sévère et refuse d'annuler le mariage (vieux arrêts de 1870, 1900 qui refusent d'annuler le mariage en cas d'imperfection des organes génitaux de l'un des époux).

La question a rebondi depuis quelques années et a connu son apogée avec l'*affaire du mariage de Bègles*, annulé par les juges, solution confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 mars 2007 (*Cass. civ.1^{ère}, 13 mars 2007 ; Grands arrêts, n°32, D. 2007, p. 1697, note E. Agostini*) : « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; ...ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire* ».

Selon la loi française... Qu'en est-il, alors, de deux personnes du même sexe, valablement, en Hollande par exemple, et qui s'établiraient en France ? Ce mariage serait-il reconnu ou point ? Ce sont là des questions qui intéressent le droit international privé et la place de l'ordre public en droit international privé. Si les règles du mariage sont d'ordre public en droit interne, en droit international privé, précisément, on connaît la règle dite de l'effet atténué de l'ordre public, qui permet de reconnaître, sans aucun peine ni gêne, le mariage valablement célébré à l'étranger entre deux homosexuels étrangers de manière à ce qu'il puisse valablement produire

certaines effets en France, comme cela avait été admis dans un arrêt *Rivière* : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* » (Civ.1ère 17 avril 1953). De même que cette solution permet d'admettre que le mariage polygamique produise des effets en France, pour peu qu'il soit célébré à l'étranger entre personnes dont le statut personnel admet la polygamie (Cass. 1ère civ. 19 févr. 1963), il en résulte que le mariage homosexuel régulièrement célébré à l'étranger produise des effets en France, par exemple fiscaux ou relatifs aux droits de la sécurité sociale (Comp. H. Fulchiron (Le mariage *homosexuel* et le droit français. (A propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000), *D.*, 2001, Chron., p. 162).

En fait, le problème qui pourrait demain se poser concerne le droit au ***mariage du transsexuel*** (changement volontaire de sexe). Plusieurs hypothèses sont envisageables :

- Dans un couple, l'homme (le mari) se fait opérer et devient femme. Le mariage reste-t-il valable ? A priori, le mariage n'est plus valable. Un divorce est évidemment possible si le transsexuel a caché la situation à son conjoint mais devient impossible si le conjoint était d'accord. Le mariage deviendrait alors caduc, puisque l'une des conditions de validité du mariage a disparu au cours du mariage.

- Une personne change de sexe. Peut-elle ensuite se marier ?

Autrefois, le changement d'état civil consécutif au transsexualisme n'était pas admis.

Le revirement dû à l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 11 décembre 1992 (Cass. Ass. Plén, 11 décembre 1992, J.C.P. 1993, II, 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau; RTD civ. 1993, 99, obs. J. Hauser; sur la jurisprudence antérieure, v. obs. J. Hauser, RTD civ. 1991, 289 et 1992, 93) sous l'influence de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 25 mars 1992 (CEDH 25 mars 1992, JCP, 1992, II, 21955, note Th. Garé, D.1992, Som.235, obs. J.-F. Renucci) conduisent à reposer le problème.

Certains, sans doute effrayés par les conséquences matrimoniales de cette nouvelle permissivité, seraient prêts à reprendre la distinction suggérée : les transsexuels pourraient donc obtenir un changement d'état civil mais, le changement réel de leur sexe n'étant pas possible, ne pourraient donc se marier. Rien dans l'arrêt de 1992 ne permet d'affirmer une telle conséquence et on peut même en déduire au contraire une prudence certaine sur ce point de la juridiction suprême. De plus, eu égard au droit au mariage, on aboutit à une curieuse impasse puisque le transsexuel n'ayant plus à l'état civil son ancien sexe et n'ayant pas en réalité son nouveau ne pourra plus du tout se marier, ce qui est une conclusion surprenante dans une telle hypothèse et qui pourrait conduire à une nouvelle condamnation de la France pour atteinte au droit au mariage même s'il est vrai que la Cour européenne n'a pas admis

le droit au mariage des transsexuels mais dans la situation antérieure à son arrêt du 25 mars 1992 (CEDH arrêt Cossey, Série A, n°184; J.D.I. 1991, p.806, obs. Tavernier, et Cour EDH30 juill ; 1998, JCP 1999, I, 165, n°24). Il serait bien préférable de constater que, la question de principe étant vidée par l'admission d'un changement d'état civil, le droit au mariage en découle directement puisque ce dernier ne peut s'exercer qu'à partir du sexe constaté à l'état civil.

****.** – La deuxième condition physiologique du mariage intéresse *la puberté et l'âge minimum*. En revanche il n'y a pas d'âge maximum pour se marier.

Les deux époux doivent être aptes biologiquement à la procréation. Pour se marier, ils doivent avoir atteint un certain âge qui fait présumer la puberté. **Avant 2006**, cet âge minimum requis pour se marier a été fixé dans l'article 144 du Code civil à 15 ans pour les femmes et à 18 ans pour les hommes. Ce n'est pas un âge impératif et l'article 145 prévoit que le Procureur de la République sera autorisé à accorder des dispenses pour des motifs graves (par exemple l'état de grossesse de la future épouse). Cela représentait tout même près de 400 demandes par an.

Depuis 2006 (Loi 4 avril 2006) l'article 144 du Code civil dispose que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* », sauf dispense pour motif grave décidée par le Procureur de la République sur le fondement de l'article 145.

*****.** – La troisième condition d'ordre physiologique concerne la *production d'un certificat médical prénuptial*.

Rappelons que, en France et contrairement à certains autres pays, la santé d'une personne n'est pas en principe une condition de validité du mariage. Nous verrons même que le mariage des mourants est possible et même que l'on peut se marier avec un mort. Des lois étrangères (USA) contrôlent, avant le mariage, la santé des futurs époux (SIDA). Le système français est plus libéral. Le législateur a institué un examen médical prénuptial (L. 16 décembre 1942, C. civ., art. 63).

– L'examen médical prénuptial est *obligatoire* :

- il doit être fait moins de deux mois avant le mariage;
- ce certificat doit être produit avant la publication des bans (art.63 al.2 C.civ.).

– Mais l'examen médical est *secret* :

- le certificat rendu public se borne à attester que l'intéressé a subi l'examen.
- ce certificat est secret tant envers l'officier de l'état-civil qu'à l'égard de l'autre fiancé qui ne peut se voir communiquer ce certificat.

Le but du certificat prénuptial est de signaler à chacun des époux les risques qu'ils font encourir à leur futur conjoint et de les placer en face de leurs responsabilités. Cette fonction, fondée sur une logique de responsabilité individuelle,

demeure malgré les risques nouveaux, Sida, hépatites, maladies génétiques éventuellement rares, etc.

Mais il n'est pas possible sous les peines applicables à la violation du secret professionnel, de communiquer les résultats à l'autre futur époux. Il n'y a donc pas de sanction sauf pour le médecin qui engagerait sa responsabilité si cet examen avait été mal effectué en laissant le futur époux dans l'ignorance d'une maladie grave (Pau 8 mars 1990, D.1991, Som.397, note J. Penneau et sur pourvoi Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1991, Bull. civ. I, n°248, RTD civ. 1992-51, obs. J. Hauser), comme l'affaire Perruche l'avait tristement démontré.

Les textes ont tenté d'améliorer ce qui n'est finalement qu'une mise en condition psychologique. L'article L.153 du Code de la santé publique tel qu'il résulte d'un décret du 18 décembre 1989 prévoit des examens dont la liste est fixée par décret et la remise d'une brochure d'éducation sanitaire. La liste des examens a été plusieurs fois modifiée et elle comprend un examen sérologique, un sérodiagnostic de la rubéole et de la toxoplasmose. La loi du 27 janvier 1993 (art.48-II) a prévu qu'il serait seulement proposé, après information sur les risques de contamination, un test de dépistage du SIDA (L. Bick, "*Le SIDA, mesures de santé publique et protection des droits individuels*", JCP 1991, I, 3541).

B. – Les conditions d'ordre psychologique

Elles visent le consentement des intéressés. Il s'agit, dans tous les cas, du consentement des époux (1), il peut s'agir aussi, dans certains cas, du consentement des parents (2).

1. – Le consentement des époux

Le consentement des époux est l'élément fondamental du mariage. Ce caractère fondamental résulte du principe de la liberté matrimoniale, la liberté nuptiale, la liberté de se marier.

Il en résulte plusieurs conséquences.

***. – Droit de se marier.** Le mariage est d'abord un droit et personne ne peut priver une personne de l'exercice de ce droit : aucune peine pénale ne prive une personne de ce droit, aucune fonction, aucun métier n'impose le célibat (ce qui repose la question, en droit civil, du mariage des prêtres) et surtout aucune clause contractuelle ne peut l'affecter.

Le mariage est aussi une liberté, liberté de se marier, liberté de ne pas se marier, posée d'ailleurs, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, comme principe de valeur constitutionnelle, composante de la liberté individuelle.

Sont visées également ce qu'on appelle les **clauses de célibat** que l'on peut (pouvait) trouver dans certaines libéralités, l'absence de mariage étant posée comme

condition d'une libéralité. Ces clauses ne sont pas nulles en elles-mêmes si elles sont justifiées par un intérêt sérieux et sont temporaires. En revanche elles sont nulles lorsqu'elles sont le résultat d'une jalousie posthume à l'égard d'un conjoint, ou bien d'une mesquinerie à l'égard de ses enfants ou bien encore, en droit social, lorsque l'employeur impose par une telle clause le célibat de ses employés (hôtesse de l'air) ou bien licencie une personne parce qu'elle a obtenu un divorce.

****.** – **Droit de choisir librement son conjoint.** Cela paraît évident, mais l'histoire du droit de la famille montre que les pressions familiales sur le choix d'un conjoint sont loin d'être une illusion. Ainsi, toute clause qui restreindrait le droit de se marier (pour des motifs racistes ou religieux par exemple ou encore pour des exigences économiques – interdiction de se marier avec un concurrent sauf licenciement –) sont nulles.

Ceci étant précisé, le consentement doit présenter deux caractères : il faut que le consentement existe (a) et le consentement ne soit pas vicié (b).

a. – L'existence du consentement

Le principe est posé par l'article 146 du Code civil : « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

L'application de ce principe suppose deux exigences : la volonté doit être consciente (i), la volonté doit être sérieuse, ce qui pose le problème du mariage simulé (ii).

i. – La volonté doit être consciente

L'exigence soulève des difficultés dans deux cas : le cas des mariages "*in extremis*", celui du mariage posthume ou le cas du mariage de l'aliéné mental (cf. « Les incapables majeurs »).

*****. – Le **mariage « in extremis »** concerne le cas d'un mourant, d'un moribond qui se marie alors qu'il n'a plus qu'un souffle de vie. L'ancien Droit n'admettait pas ce mariage : le mariage avait pour objet la procréation des enfants, or le moribond n'en est pas capable. Le Code civil n'a pas interdit ce mariage : en Droit civil, ce qui constitue le mariage, c'est le consentement conjugal même si l'union n'a pas de perspectives d'avenir.

****.** – Le **mariage posthume** est également possible, depuis une loi du 31 décembre 1959 adoptée à la suite du désastre de la rupture du barrage du Malpasset, près de Fréjus. Il suppose que l'un des époux soit décédé après l'accomplissement des formalités qui manifestaient sans équivoque son consentement (art.171 C.civ.). Le Président de la République est seul habilité à autoriser ce mariage. Les effets du mariage posthume sont les suivants :

- il permettra de légitimer des enfants nés ou attendus à l'égard des deux parents;

- il permet à la « fiancée-veuve » de porter le nom de son fiancé;
- mais ce mariage n'emporte aucun droit successoral ni matrimonial, pour éviter tout risque de « chasse aux successions » (art.171 al.3 C.civ.).

***. – **Le mariage du dément** révèle l'absence de consentement dès lors qu'une personne ne donne pas son consentement de façon consciente. Cependant le mariage d'un dément est possible lorsqu'il est réalisé lors d'un *éclair de lucidité* ou bien lorsque sont respectées certaines règles du droit des incapacités des majeurs (autorisation).

ii. – La volonté doit être sérieuse

Cette exigence explique l'annulation dans certains cas des mariages « simulés » ou « fictifs », dits encore « mariages blancs ». Il s'agit des unions conclues par deux personnes qui cherchent à atteindre un but particulier, sans qu'il y ait de leur part volonté de contracter véritablement mariage. Certains auteurs préconisaient cependant la validité du mariage comme sanction des faux mariés : l'analyse est utopique et n'a pas été retenue.

On a ainsi annulé le mariage contracté uniquement dans le but de faire échapper le mari au service militaire (en ce sens, Lyon 10 avril 1856, D.P.1857, 2, 54) ou permettre à l'un des époux d'acquérir la nationalité de l'autre (exemple du mariage d'une jeune réfugiée allemande avec un français dans le but exclusif d'acquérir la nationalité française et de pouvoir ainsi séjourner régulièrement en zone occidentale dans la période de l'après-guerre 1939-1945 : Trib.civ. Seine 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. Mazeaud; voir également T.D.).

D'autres hypothèses de simulation sont moins nettes, ce qui explique les hésitations de la jurisprudence. Ainsi en est-il dans l'hypothèse où deux époux se marient uniquement pour conférer la légitimité à un enfant, mais sans intention de fonder entre eux un foyer durable. Saisie de la question, la Cour de cassation a estimé que le mariage était valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter les effets légaux (Civ.1°, 20 novembre 1963, JCP 1964, II, 13498, note J. Mazeaud; D.1964, 465, note G. Raymond). Mais ce mariage emportera tous les effets du mariage : *"mais attendu que si le mariage est nul faute de consentement lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime"*.

Compte tenu de cette jurisprudence, il faut donc faire la distinction entre le mariage simulé, nul faute de consentement, les parties ayant recherché un résultat étranger à l'union matrimoniale, et celui dont on a seulement voulu limiter les effets et qui est valable sans limitation (pour plus de détails, v. également chr. de C.-I. Foulon-Piganiol, *"Mariage simulé ou mariages à effets limités"*, D.S. 1965, chr.9).

b. – L'absence de vice du consentement

En matière contractuelle, il y a quatre vices du consentement : l'erreur, le dol, la violence, la lésion.

En matière de mariage, l'article 180 du Code civil n'en retient que deux : l'erreur (i) et la violence (ii), le dol n'a pas notamment été retenu en vertu de l'adage de Loysel : "*en mariage, trompe qui peut*". Le dol, c'est-à-dire l'utilisation de manœuvres utilisées comme technique pour emporter le consentement au mariage, n'emporte nullité que si elle crée une erreur.

i. – L'erreur, vice de consentement du mariage

L'article 180 alinéa 2 du Code civil, dans sa rédaction primitive, prévoyait que le mariage ne pouvait être attaqué que lorsqu'il y a eu erreur dans la personne. La compréhension des mots « *erreur sur la personne* » a suscité une évolution intéressante de la jurisprudence et de la législation, même si la question est aujourd'hui un peu désuète à l'heure de la libéralisation du divorce.

La jurisprudence a adopté au départ une position extrêmement restrictive. Aux termes du célèbre *arrêt Berton* rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation le 24 avril 1862 (D.1862, 1, 153; Grands arrêts n°20, p.72), l'erreur sur la personne ne doit s'entendre que de l'erreur sur l'identité physique ou de l'erreur sur l'identité civile (ex. : l'un des deux époux se présente comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne). L'arrêt conclut que l'erreur sur la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne (en l'espèce, la femme avait ignoré qu'elle avait épousé un ancien bagnard).

Postérieurement à cet arrêt, la Cour de cassation ne se départit jamais de sa jurisprudence, refusant d'admettre l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Elle a ainsi refusé d'annuler le mariage d'une femme qui s'était mariée en ignorant que son futur époux était un moine défroqué (Civ. 25 juillet 1888, D.1888, 1, 97) ou bien qu'il était impuissant (Civ. 16 octobre 1903, S.1903, 1, 273, note Wahl).

Les juridictions du fond furent, quant à elles, très partagées. Certaines refusèrent, par exemple, de prendre en considération l'erreur sur le passé orageux de l'épouse (Trib.civ. Seine 28 décembre 1907, Gaz.trib. 1908, 2, 167), l'ignorance d'une condamnation de la femme pour inceste (Trib. Strasbourg 21 décembre 1920, D.1923, 2, 181, note Nast), ou bien l'erreur sur l'état de fille-mère de l'épouse (Trib.civ. Seine 18 janvier 1938, D.1938, 2, 119). D'autres, au contraire, admirent la nullité du mariage pour erreur sur la nationalité quand celle-ci a été déterminante, ce qui peut être le cas en temps de guerre (annulation de mariages contractés par des français avec des allemandes, alors qu'ils croyaient avoir épousé des alsaciennes, au cours de la guerre de 1914-1918). Une jeune personne a pu obtenir la nullité de son mariage alors qu'elle avait épousé un individu qui venait de commettre une tentative de meurtre et qui fut arrêté à l'issue de la cérémonie religieuse (Trib.civ. Bressuire 26 juillet 1944, D.1945, 94; dans le même sens, v. TGI Paris 8 février 1971, JCP 1971, II, 17244, note Raymond. En l'espèce, la veuve d'un gendarme découvrait quelques temps après son remariage que son second mari était un repris de justice). Ont enfin

été prises en compte dans plusieurs décisions l'erreur sur les aptitudes sexuelles du conjoint (v. notamment Grenoble 19 juin 1963, JCP 1963, II, 13334, concl. Brouillonnet).

Le législateur, à l'occasion de la réforme du divorce en 1975, est venu modifier l'article 180 alinéa 2 du Code civil et a consacré implicitement la jurisprudence extensive des juridictions du fond. Aux termes de l'alinéa 2 nouveau, il est dit : « *s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre peut demander la nullité du mariage* ». La réforme ainsi opérée a reçu un accueil favorable en doctrine (sur des applications jurisprudentielles du nouveau texte, v. à propos de l'impuissance du conjoint : Paris 26 mars 1982, Répertoire Notariat Défrénois 1982, art.32930, n°54, obs. Massip; d'une maladie mentale : TGI Rennes 9 novembre 1976, D.1977, 539, note Cosnard; TGI Tarascon 8 juillet 1981, Répertoire Notariat Défrénois 1982, art.32930, n°54, obs. Massip; d'une liaison que le conjoint n'avait nullement l'intention de rompre : TGI Le Mans 7 décembre 1981, JCP 1986, II, 20573, note Lemouland).

ii. – La violence, vice du consentement du mariage

La violence n'est pas prévue expressément par la loi comme vice du consentement en matière de mariage. Mais la jurisprudence estime qu'il est implicitement visé par l'article 180 du Code civil lorsque cet article exige que le consentement soit "libre".

Il peut s'agir de violence physique ou de violence morale.

– La ***violence ou contrainte physique*** est assez difficilement concevable à notre époque (sur des exemples au siècle dernier, v. notamment Paris 20 mars 1872, D.P.72, 2, 109; Agen 14 juin 1890, D.P.91, 2, 153. Dans cette dernière espèce, la jeune fille avait reçu des coups de bâton).

– La ***violence morale*** peut revêtir la forme de menaces ou de chantages. Mais la preuve en est difficile. Il est à noter, par ailleurs, que la simple "crainte révérencielle" des père et mère n'est pas considérée comme une violence morale, si elle n'est pas accompagnée de menaces.

2. – Le consentement des parents

A l'origine du Code civil, le consentement des parents était requis dans le but de protéger la famille contre tout risque d'intrusion d'un étranger. Le Code civil exigeait notamment le consentement familial jusqu'à 21 ans pour les filles et 25 ans pour les garçons. Progressivement, le droit évolua et se soucia beaucoup plus de protéger les enfants à l'égard du groupe familial.

Aujourd'hui, l'autorisation des parents ou du conseil de famille n'est requise que dans deux cas : pour les mineurs de moins de 18 ans des deux sexes et pour les majeurs protégés placés sous un des régimes de protection.

Nous devons nous interroger sur deux problèmes : quelles sont les personnes qualifiées pour consentir au mariage (a) et quels sont les caractères et les formes du consentement des parents (b) ?

a. – Les personnes qualifiées pour consentir au mariage

i. – Si l'on raisonne sur le cas du *mineur*, il faut distinguer suivant la nature de la filiation.

– Si l'enfant a ses père et mère vivants, le consentement des deux parents doit être sollicité. S'ils ne sont pas d'accord, le partage emporte autorisation, ce qui veut dire que l'avis de celui qui est favorable l'emporte (art.148 C.civ.).

– Si l'enfant a son père ou sa mère vivant et capable de manifester sa volonté, l'autorisation requise est celle du survivant (art.149 C.civ.).

– Si l'enfant n'a plus de parents vivants ou capables de manifester leur volonté, l'autorisation requise est celle de l'ascendant le plus proche dans chaque ligne paternelle et maternelle (art.150 C.civ.). S'il y a dissentiment entre ascendants, c'est l'avis de celui qui est favorable qui, là encore, l'emportera.

– Si l'enfant n'a plus ni père, ni mère, ni ascendants, c'est le conseil de famille qui devra donner son autorisation.

En cas de filiation adoptive, l'adoptant ou les adoptants doivent donner leur autorisation. La famille d'origine n'a pas à intervenir sauf lorsqu'il s'agit d'un enfant qui a été adopté par le conjoint de son père ou de sa mère.

ii. – Si l'on raisonne sur le cas du *majeur*, tout va dépendre du régime de protection utilisé.

– Dans le cadre de la curatelle, le consentement du curateur est requis.

– Dans le cadre de la tutelle, le mariage n'est permis qu'avec le consentement du juge des tutelles, les parents ne formulant qu'un avis.

Dans tous les cas, les époux doivent être présents.

b. – Les caractères et formes du consentement des parents

* Quant aux *caractères* du consentement, ils sont au nombre de trois :

– Le consentement est *spécial* : il est donné pour une union déterminée. L'autorisation doit donc indiquer la personne que l'enfant est autorisé à épouser.

– Le consentement est *révocable* jusqu'au moment de la célébration du mariage.

– Le consentement est *discrétionnaire*, ce qui veut dire que celui qui le donne ou qui le refuse n'a pas à se justifier. Contre sa décision, il n'y a, en principe, aucun recours possible. Certains tribunaux ont, toutefois, admis un droit à dommages-intérêts dans le cas où les parents auraient causé un préjudice moral ou matériel à l'enfant en retirant tardivement et sans motif un consentement déjà donné (v. notamment en ce sens Lyon 23 janvier 1907, D.1908, 2, 73, note Josserand).

* Quant aux *formes* du consentement, elles sont simples : il peut être donné *verbalement* au moment même du mariage. Il peut aussi être donné *par écrit*. Cet écrit peut être le procès-verbal de la délibération du conseil de famille (si l'autorisation à mariage relève de cet organe). Dans les autres cas, la déclaration des parents pourra être faite à un notaire ou à l'officier d'état-civil qui procédera à la cérémonie du mariage.

C - Les conditions d'ordre sociologique

Il s'agit de circonstances qui, lorsqu'elles se rencontrent, vont constituer des "*empêchements au mariage*". Il y en a trois.

Les deux premières sont dites "*absolues*" car elles empêchent le mariage ou le remariage d'un individu avec qui que ce soit. Ce sont la bigamie (1) et le délai de viduité (2). Le troisième empêchement est dit "*relatif*" car il interdit seulement le mariage entre certaines personnes : il s'agit de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé (3). Pour certains de ces empêchements, la loi a prévu des possibilités de dispense.

1. – Premier empêchement au mariage : la bigamie

C'est l'empêchement qui résulte de l'existence d'un mariage antérieur qui n'est pas encore dissous. Cette disposition a pour but de faire respecter le caractère monogamique du mariage. La bigamie non seulement est une cause d'annulation du mariage, mais c'est en plus un délit correctionnel. Mais, en France, ce délit est très rare. En effet, toute personne qui se marie doit produire un extrait d'acte de naissance récent (moins de trois mois). Comme le mariage y est mentionné en marge, l'officier d'état-civil sera avisé du mariage précédent et non encore dissous.

2. – Deuxième empêchement au mariage : le non écoulement du délai de viduité

a. – *En principe*, quand un mariage est dissous ou annulé, la femme qui désire contracter un nouveau mariage ne peut le faire que si un délai de 300 jours s'est écoulé depuis la dissolution du mariage (C.civ. art.228, al.1 et 261). C'est le *délai de viduité*.

Ce délai de 300 jours correspond à la durée maximum d'une grossesse. Il a été institué pour éviter des confusions de paternité. Si la femme, en effet, avait pu se remarier rapidement, étant enceinte au moment de la dissolution du premier mariage, des doutes auraient pu naître sur le point de savoir quel était le père de l'enfant.

b. – Quelques atténuations légales ont été apportées à ce principe.

* *Le délai a été abrégé ou supprimé* dans les hypothèses suivantes :

– Il prend fin en cas d'accouchement après le décès du mari ou si la femme produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse (art.228 al.2 C.civ.; L.11 juillet 1975). Il prend également fin si la femme a accouché après la décision autorisant la résidence séparée ou, à défaut, après la date à laquelle le jugement de divorce a pris force de chose jugée (art.26-1 et 2 al.2 C.civ.).

– Il est supprimé lorsque, en fonction des circonstances, il résulte que depuis 300 jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme (art.228 al.3; L. 4 février 1928; ex. : depuis plus de 300 jours, le précédent mari était dans une maison de santé mentale, interné. Il meurt, la femme pourra se remarier immédiatement avec l'autorisation du Président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel le mariage doit être célébré). La femme peut se remarier sans délai quand le divorce a été prononcé pour rupture de la vie commune en raison d'une séparation de fait de six ans ou d'une altération grave des facultés mentales depuis six ans (art.261-1 al.2 C.civ.).

* *Le point de départ du délai de viduité a été modifié* en matière de divorce. Pour faciliter le remariage de la femme, le législateur a fixé le point de départ du délai de viduité le jour de la décision autorisant la résidence séparée des époux et non le jour où le divorce est prononcé (ou homologuant, en cas de demande conjointe, la convention temporaire passée à ce sujet; art.261-1 al.1 C.civ.). C'est, en effet, à ce jour que la cohabitation des époux prend fin. Lorsque le mariage est dissous par décès, c'est en principe à partir du jour du décès que le délai de viduité commence à courir. Si une procédure de divorce a été engagée et que le mari meurt avant que le jugement de divorce ne soit devenu définitif, le délai court à compter de la décision autorisant la résidence séparée (art.261-2 al.2 C.civ.).

3. – Troisième empêchement au mariage : l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé

Deux individus ne peuvent pas se marier entre eux lorsqu'ils sont parents ou alliés à un degré rapproché. Leur union constituerait un *inceste* (cf. A. Batteur, *L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille*, RTDciv. 2000, p. 759).

a. – Les raisons de cet empêchement

– Raison d'ordre *physiologique*, d'abord : l'expérience montre que les mariages entre proches parents risquent d'altérer la santé des descendants.

– Raison d'ordre *moral*, ensuite : des perspectives de mariage entre parents très proches risquent d'attenter à la tranquillité de la vie familiale, d'où l'interdiction des mariages non seulement entre parents mais aussi entre alliés.

b. – Le domaine de cet empêchement

i. – Entre parents (inceste de premier degré)

* *En ligne directe* : le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants, légitimes, naturels (art.161 C.civ.) ou adoptifs (art. 364 et 366, 1° C.civ.), sans limitation de degré, c'est-à-dire entre fille et père, entre mère et fils, grand-père et petite fille, etc.

* *En ligne collatérale* : le mariage est prohibé entre frères et sœurs, légitimes, naturels (art.162 C.civ.) ou adoptifs (art.364 et 366, 3° et 4°), entre oncle et nièce ou tante et neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle (art.163 C.civ.).

ii. – Entre alliés (inceste de deuxième degré)

Le lien d'alliance s'établit entre chaque époux et les parents de l'autre (ex. : le gendre et sa belle-mère), dans le but d'éviter des hypothèses de consanguinité.

* *En ligne directe* : le lien d'alliance constitue un empêchement à tous les degrés (belle-mère et gendre, beau-père et bru). La prohibition ne s'étend pas au concubinage : un homme peut épouser la fille de sa concubine.

* *En ligne collatérale* : depuis la loi du 11 juillet 1975, l'alliance ne crée plus d'empêchement, le remariage entre beau-frère et belle-sœur est libre.

c. – Les dispenses accordées par le Président de la République à certains de ces empêchements

Le mariage pourra être exceptionnellement autorisé par une dispense du Président de la République dans certains cas graves. Ces dispenses ne peuvent être accordées que dans trois hypothèses :

* 1ère hypothèse : entre parents en ligne collatérale au 3ème degré, c'est-à-dire entre oncle et nièce, tante et neveu (art.164-3° C.civ.)

* 2ème hypothèse : entre alliés, c'est-à-dire entre beau-père et belle-fille, gendre et belle-mère, si l'union qui créait l'alliance a été dissoute par la mort (art.164-1° et 366 dernier alinéa C.civ.).

* 3ème hypothèse : entre les enfants adoptifs d'une même personne ou entre l'adopté et les enfants légitimes ou naturels de l'adoptant, sous réserve que l'adoption soit simple et non pas plénière (art.366-3° et 4° C.civ.).

II - LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Le mariage étant un acte solennel, le législateur l'a entouré d'un certain formalisme qui se manifesterá préalablement à la célébration et au moment de la

célébration. D'où deux types de formalités : les formalités antérieures au mariage (A) et concomitantes au mariage (B).

A. – Les formalités antérieures au mariage

Elles consistent, d'une part, dans la production d'un certain nombre de pièces (1) et, d'autre part, dans la publication du mariage (2).

1. – La production de certaines pièces

* Certaines pièces doivent être remises à l'officier d'état-civil par chacun des futurs époux : une expédition de l'acte de naissance datant de moins de trois mois et le certificat médical.

* Des pièces supplémentaires peuvent être exigées :

- Un certificat attestant que les époux ont fait un contrat de mariage.
- En cas de remariage, des pièces attestant de la dissolution du mariage antérieur (extrait du jugement de divorce).
- S'il s'agit d'un mineur, il doit justifier du consentement familial.
- En cas de dispense d'âge ou de parenté, il faut produire un document qui l'accorde.

2. – La publication du mariage

C'est une formalité qui tend à prévenir les tiers (lesquels pourront intervenir par voie d'opposition).

La publication se fait par l'apposition d'une affiche à la porte de la mairie pendant dix jours. Le défaut de publicité n'exerce cependant aucune incidence sur la validité du mariage célébré, simplement l'officier d'état-civil encourt une peine d'amende.

B. – Les formalités concomitantes au mariage

La célébration du mariage se déroule selon un rite organisé par la loi.

1. – Le lieu et la date

Le mariage est célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile établi par au moins un mois d'habitation continue. Le mariage a lieu au jour désigné par les parties avec l'accord de l'officier d'état-civil (sous réserve du délai de publication).

2. – Les personnes présentes

* Les *époux* : la présence des conjoints est exceptionnellement écartée en temps de guerre pour un militaire sous les drapeaux ou en cas de mariage posthume.

* Les *témoins* des époux doivent assister à la cérémonie. Ils sont au nombre de deux minimum et quatre au plus.

* Le mariage est célébré par un *officier de l'état-civil* de l'endroit où il a lieu (le maire ou un adjoint).

3. – La publicité

La cérémonie doit être publique. Les portes du local où elle a lieu doivent être ouvertes (art.165 C.civ.).

4. – Le rite

Le déroulement chronologique de la cérémonie est fixé par l'article 75 du Code civil.

- L'officier de l'état-civil fait lecture aux époux des articles 212 à 215 du Code civil relatifs aux effets du mariage.

- Puis il interpelle les époux pour savoir si un contrat de mariage a été fait. Dans l'affirmative, il demande la date du contrat et le nom du notaire.

- Il demande aux futurs époux s'ils veulent se prendre pour mari et femme. Si les futurs époux disent "*oui*" (les sourds-muets peuvent répondre par signe), l'officier d'état-civil prononce ensuite la formule d'union : "*au nom de la loi, je vous déclare unis par les liens du mariage*".

- Le rite civil n'est pas tout à fait terminé : l'officier d'état-civil dresse immédiatement l'acte de mariage qui comporte les mentions prévues par l'article 76 du Code civil et la signature de l'officier d'état-civil, des époux et des témoins.

L'acte de mariage est le mode de preuve normal du mariage (acte d'état-civil).

Après le rite civil, il existe d'autres rites non prévus par le Code civil : le rite religieux, le rite gastronomique, le rite vestimentaire...

§ 2 - LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Ces sanctions peuvent être de nature diverses :

- il y a des sanctions *disciplinaires et pénales* frappant l'officier d'état-civil qui célèbre un mariage irrégulier en connaissance de cause;
- il y a des sanctions *pénales* frappant les époux eux-mêmes en cas de bigamie ou d'inceste;

- il y a surtout des sanctions *civiles* dont nous nous préoccupons uniquement. Elles sont de deux sortes : l'une est une sanction préventive : c'est l'opposition (I), l'autre est une sanction répressive : c'est la nullité (II).

I. – LES OPPOSITIONS AU MARIAGE

Cette mesure a pour but d'empêcher la célébration des mariages qui ne rempliraient pas les conditions de fond et de forme requises par la loi. L'opposition est en quelque sorte une interdiction faite à l'officier d'état-civil de procéder à la célébration du mariage.

Nous devons nous interroger sur trois problèmes : Qui peut faire opposition (A), comment est faite l'opposition (B) et quels sont les effets de l'opposition (C) ?

A. – Qui peut faire opposition ?

Certaines personnes peuvent faire opposition pour tout motif (1), d'autres pour un motif déterminé (2).

1. – Les personnes pouvant faire opposition pour tout empêchement légal

Ce sont les **ascendants**. Peu importe le motif allégué qui peut être relatif à n'importe laquelle des conditions du mariage. Mais il faut naturellement invoquer l'absence d'une des conditions légales précédentes : des motifs d'opportunité, des raisons d'intérêt sont insuffisantes.

Le droit de faire opposition n'appartient pas aux ascendants cumulativement. Il appartient successivement d'abord au père et à la mère, ensuite, à défaut, aux aïeuls et aïeules.

Le **ministère public** (c'est-à-dire le procureur de la république, représentant de l'état) peut également faire opposition au mariage pour la défense de l'ordre public. Il ne le fait jamais.

2. – Les personnes pouvant faire opposition pour des motifs déterminés

Ainsi le **conjoint non divorcé** peut faire opposition pour bigamie (art.172 C.civ.).

Certains collatéraux : frères et soeurs, oncles et tantes, cousins germains ne peuvent faire opposition qu'à défaut d'ascendants (père et mère). Ils ne peuvent faire opposition que dans deux cas :

- s'il s'agit d'un mineur et si le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu;

- si le futur époux est dément, l'opposition devra provoquer la mise en tutelle.

Le **tuteur** ou le **curateur** d'un des futurs conjoints, avec le consentement du conseil de famille, peuvent faire opposition dans les mêmes conditions que les collatéraux.

B. – Comment faire opposition ?

L'opposition se fait par acte d'huissier signifié aux futurs époux et à l'officier d'état-civil qui doit procéder au mariage.

C. – Quels sont les effets de l'opposition ?

L'opposition empêche l'officier d'état-civil de procéder à la célébration du mariage.

Les futurs époux peuvent obtenir ce que l'on appelle la "*main levée de l'opposition*", et cela de trois manières :

- Elle peut être *volontaire* : la personne qui a fait opposition peut se désister.
- Elle est, la plupart du temps, *judiciaire* : le futur époux saisit le tribunal; celui-ci doit se prononcer dans les dix jours (art.177 C.civ.).
- Elle peut résulter de la *prescription* : l'opposition cesse de produire effet après un an (art.176 C.civ.).

II - LA NULLITE DU MARIAGE

Il faut d'abord évoquer le particularisme du régime des nullités en matière de mariage (A) avant d'envisager les divers cas de nullité du mariage (B) et les effets des nullités (C).

A. – Particularisme du régime des nullités en matière de mariage

* En Droit commun, les actes juridiques qui n'ont pas été conclus conformément aux conditions exigées par la loi sont frappées de nullité. Cette nullité partagée entre des nullités « *textuelles* » expressément prévues par la loi et des nullités « *virtuelles* », ce qui veut dire qu'elle sera automatiquement prononcée même si la loi n'a pas prévu expressément cette sanction.

* En matière de mariage, la doctrine et la jurisprudence ont adopté un principe inverse : « *pas de nullité sans texte* ». Cela veut dire que pour le mariage, la nullité ne peut être prononcée que si on invoque un empêchement que la loi elle-même a sanctionné par la nullité d'une façon formelle.

Par conséquent toutes les conditions de fond ou de forme du mariage ne seront pas sanctionnées par la nullité. En fonction de ce dernier critère, on distingue deux sortes d'empêchements au mariage :

- les empêchements "*dirimants*" qui seront sanctionnés à la fois par une opposition et par une nullité parce que la loi aura prévu expressément cette dernière sanction;
- les empêchements seulement "*prohibitifs*" qui ne seront assortis que de la sanction préventive de l'opposition parce que la loi n'a pas prévu leur nullité (ex. : le défaut de production du certificat médical prénuptial, la non observation du délai de viduité, la célébration du mariage malgré une opposition, la non observation par l'officier d'état-civil de certaines formalités...).

B. – Les divers cas de nullité du mariage

Parmi les empêchements dirimants (c'est-à-dire ceux dont la loi a prévu la nullité), on distingue ceux qui entraînent une nullité *absolue* du mariage (1) ou une nullité simplement *relative* (2).

1. – Les cas de nullité absolue du mariage

1ère remarque : Inventaire des cas. – Il y a six cas de nullité absolue :

- Quatre se réfèrent aux conditions de fond (art.184 C.civ.) : l'impuberté, l'inceste, la bigamie, le défaut absolu de consentement.
- Deux se réfèrent aux conditions de forme (art.191 C.civ.) : la *clandestinité* du mariage, l'*incompétence* de l'officier d'état-civil.

Dans ce dernier cas, le tribunal est obligé de prononcer la nullité absolue lorsque la preuve du vice est rapportée. Il conserve un pouvoir d'appréciation dans les deux cas de nullité pour vice de forme que vise l'article 191 du Code civil.

- S'agissant de la *clandestinité*, les juges ne prononcent la nullité du mariage qu'en cas d'irrégularités graves dans les formalités de publicité. Ils recherchent surtout si l'omission n'a pas été inspirée par la volonté de faire fraude à la loi, en vue par exemple d'éluder une opposition au mariage.

S'agissant de l'*incompétence* de l'officier de l'état-civil, rares sont les décisions prononçant la nullité du mariage. Les juges exigent, ici encore, que l'irrégularité soit grave.

2ème remarque : Qui peut agir en nullité ? – Elle concerne les personnes susceptibles d'agir en nullité. Alors qu'en droit commun, n'importe qui peut provoquer une nullité absolue pourvu qu'il y ait intérêt, en matière de mariage seules deux catégories de personnes peuvent agir en nullité absolue du mariage :

1ère catégorie : certaines personnes peuvent agir en nullité en justifiant d'un intérêt quelconque. Ce sont les époux eux-mêmes, le premier conjoint du bigame, les ascendants, le conseil de famille. Ces personnes n'ont pas à justifier d'un intérêt

pécuniaire pour agir en nullité, ils peuvent fonder leur demande sur un simple intérêt moral.

2ème catégorie : d'autres personnes peuvent agir en nullité en justifiant d'un intérêt uniquement matériel et présent, c'est-à-dire pécuniaire. Ce sont les collatéraux, les enfants d'un premier mariage et même les créanciers d'un époux (art.187 C.civ.).

3ème remarque : La confirmation du mariage. – Alors qu'en droit commun, une nullité absolue ne peut en principe jamais être confirmée, en matière de mariage, deux exceptions sont prévues par l'article 185 du Code civil :

– La première exception vise le cas de l'impubère. Son mariage pourra être confirmé dans deux cas :

- lorsque la femme qui légalement est impubère (moins de 15 ans) se trouve enceinte;
- lorsque six mois se sont écoulés (sans que l'action soit intentée) depuis que l'époux impubère a atteint l'âge requis par la loi.

– La deuxième exception à l'impossibilité de confirmer la nullité absolue du mariage vise le cas des vices de forme. La nullité ne peut plus être invoquée par les époux s'ils vivent notoirement comme mari et femme.

Mis à part ces points particuliers, le régime juridique des nullités absolues en matière de mariage obéit, pour le surplus, aux règles de droit commun. Ainsi en est-il, notamment, à propos de la prescription de l'action qui est de trente ans.

2.– Les cas de nullité relative

Ce sont des nullités destinées à protéger une personne déterminée, seule cette personne est susceptible de l'invoquer. Il en est de même en matière de mariage. Elles jouent dans deux cas :

- **En cas de vices du consentement** seul l'époux dont le consentement a été vicié peut agir en justice. Il y a ici, également, possibilité de confirmation : l'action en nullité est éteinte si la cohabitation des époux a persisté plus de six mois après la découverte de la violence ou de l'erreur (art.181 C.civ.).

- **En cas de défaut de consentement des parents pour le mineur** l'action en nullité peut, dans ce cas, être exercée par l'époux qui était mineur au moment du mariage; ensuite par les personnes dont le consentement est requis. L'action en nullité est éteinte un an après leur majorité pour les époux, un an après le moment où ils ont eu connaissance du mariage pour les parents.

C. – Les effets des nullités du mariage

Après avoir examiné la solution de principe (1), nous verrons les atténuations que le législateur est venu apporter aux effets des nullités en matière de mariage (2).

1. – Le principe

Le caractère fondamental de la nullité est sa *rétroactivité*. Le mariage est censé n'avoir jamais existé, il est nul depuis le début. C'est ce qui différencie notamment la nullité du mariage du divorce, le divorce n'anéantit le mariage que pour l'avenir.

Les conséquences de la rétroactivité de la nullité sont graves (notamment lorsque le mariage a duré de nombreuses années et que des enfants ont pu naître de cette union).

A l'égard des époux, tous les rapports patrimoniaux qu'ils avaient pu avoir pendant le mariage vont être rétroactivement effacés. Les donations qu'ils avaient pu se faire vont disparaître.

A l'égard des enfants, il y a beaucoup plus graves : ils seront illégitimes.

Face à ces inconvénients, les rédacteurs du Code civil cherchèrent à atténuer les effets des nullités du mariage. Ils ont introduit dans notre droit (art.201 et 202 du Code civil) la théorie du mariage putatif que connaissait l'ancien droit.

2. – L'atténuation au principe : le mariage putatif

Nous envisagerons ses *conditions* (a) et ses *effets* (b).

a.– Les conditions du mariage putatif

Le mariage putatif est un mariage nul mais que les époux ou l'un des époux a cru régulier (*putare*, en latin, veut dire penser). D'où une condition nécessaire : la **bonne foi** de l'un ou de l'autre des époux.

Il faut que l'un au moins des époux n'ait pas aperçu le vice qui atteignait l'union. Il faut que cette bonne foi ait existé au moment de la célébration du mariage (sur la condition nécessaire et suffisante que constitue la bonne foi, v. Civ.1°, 14 juin 1957, D.1957, 557).

Comme en droit, il existe une présomption de bonne foi, le mariage nul vaudra comme putatif tant qu'il n'est pas prouvé que les époux connaissaient l'empêchement (sur l'existence de la présomption de bonne foi, v. Civ. 5 novembre 1913, D.P.1914, 1, 281, note Binet; sur la preuve de la mauvaise foi, v. Civ. 2 novembre 1949, JCP 1949, IV, 178).

Peu importe, par ailleurs, la nature de l'erreur. Il peut s'agir d'une erreur de fait comme d'une erreur de droit (ex. : l'époux ignorant de bonne foi un mariage antérieur non dissous de son conjoint, commet une erreur de fait; l'époux ignorant certaines conditions de fond ou de forme du mariage commet une erreur de droit).

Cependant, parfois, il faut qu'il y ait un minimum de célébration pour donner plus de vraisemblance à la présomption de bonne foi.

Ainsi a été déclaré putatif, un mariage célébré in extremis dans un sanatorium par un prêtre (Bordeaux, 16 juin 1937, D.H. 1937, 539). Par contre, un arrêt de la Cour de cassation a refusé de faire jouer le mariage putatif dans l'hypothèse d'un administrateur de la France d'Outre-mer qui, se trouvant en Guinée, avait épousé selon des rites locaux deux soeurs autochtones. La Cour de cassation a déclaré qu'il n'y avait pas le minimum de célébration nécessaire pour que le mariage putatif puisse jouer (Req. 14 mars 1933, préc.).

b. – Les effets du mariage putatif

*** A l'égard des époux**

– Si les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif joue à leur profit : le mariage est annulé mais seulement pour l'avenir (ce n'est qu'à compter de l'annulation que les deux époux deviennent étrangers l'un par rapport à l'autre; v. Req. 9 juillet 1935, D.H.1935, 43).

– Si c'est un seul des époux qui est de bonne foi, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, seul l'époux de bonne foi pourra invoquer le mariage putatif; l'autre, celui qui connaissait le vice, subit la rétroactivité (sur le droit pour l'épouse de bonne foi de conserver le bénéfice du devoir d'aide et d'assistance né du mariage annulé, v. Paris 8 mai 1964, JCP 1964, éd.A, IV, 4466, note J.A.; sur son droit de continuer à porter le nom de son ex-mari, v. Bordeaux, 16 juin 1937, D.H. 1937, 539).

*** A l'égard des enfants :**

Le mariage putatif joue toujours, même si aucun des deux parents n'a été de bonne foi. Cette solution qui leur est très favorable est récente. Elle date de la loi du 3 janvier 1972. Auparavant, l'article 202 du Code civil exigeait la bonne foi d'au moins un époux. A défaut, l'enfant perdait le bénéfice de la légitimité. Il redevenait un enfant naturel. Dans l'affaire précitée Cousin de Lavallière, on a ainsi pu voir les enfants nés des épouses indigènes être privés d'une partie de l'héritage à laquelle ils auraient pu prétendre si, au lieu d'être considérés comme enfants naturels, le droit leur avait accordé le bénéfice de la légitimité en application de la théorie du mariage putatif.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1972, le sort des enfants dont le mariage des parents a été annulé devra donc être réglé comme celui des enfants de parents divorcés (v. en ce sens, pour la garde : art.202 al.2 C.civ.; sur une application jurisprudentielle de ce nouvel article, v. TGI Paris 24 février 1975, D.S. 1975, 379, concl. Paire, note Massip).

*** A l'égard des tiers**

L'absence de rétroactivité leur est opposable en toute hypothèse. Ce n'est là qu'une application de la théorie de l'apparence.

SECTION 2 - LES EFFETS DU MARIAGE

Le lien primaire qu'est le lien conjugal assure des effets entre les époux (Sous-Section 1) est vigoureux, les liens secondaires ou dérivés que sont les autres liens d'alliance (Sous-Section 2) sont plus ténus.

SOUS-SECTION 1 - LES EFFETS ENTRE LES EPOUX LE LIEN CONJUGAL

Les effets les plus importants et les plus généraux du mariage, sont établis entre les époux quant à leur personne, ce sont les *effets extrapatrimoniaux du mariage* (§ 1) et quant à leur patrimoine, les *effets patrimoniaux du mariage* (§ 2)

§ 1. – LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX DU LIEN CONJUGAL

Le mariage ne fait plus naître des prérogatives maritales, des rapports de hiérarchie mais a laissé place au contraire à l'égalité des époux (I). Le mariage a toujours fait naître entre époux des droits et des devoirs réciproques, des rapports de réciprocité (II).

I. – L'EGALITE DES RAPPORTS ENTRE EPOUX

Sous le régime initial du Code civil, ces rapports de hiérarchie étaient très forts. On connaît sur ce point l'opinion de Napoléon, principal inspirateur du Code en 1804 :

"La nature a fait de nos femmes des esclaves, le mari a le droit de dire à sa femme Madame vous ne sortirez pas, Madame vous n'irez pas à la comédie, Madame vous m'appartenez corps et âme".

Une telle conception de la suprématie maritale, sinon masculine, imprégnait si fortement les mœurs qu'elle résista aux tendances égalitaires de la Révolution.

Le Code proclama l'autorité maritale du mari, prolongée par la qualité qui lui était reconnue de "chef de la communauté" et de titulaire de la puissance paternelle sur les enfants.

En découlaient :

- l'incapacité juridique de la femme mariée,
- la nécessaire autorisation du mari pour l'exercice par la femme d'une profession séparée,
- le choix par le mari de la résidence du ménage.

Les mœurs ont profondément changé au XIXème et XXème siècles, pour aboutir à la loi du 18 février 1938 modifiée par la loi du 22 septembre 1942 qui a eu pour effet de :

- reconnaître à la femme mariée une pleine capacité juridique;
- substituer la qualité de "chef de famille" à l'autorité maritale, l'article 213 établi par la loi du 18 novembre 1938 disposant : *"Le mari est le chef de famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants"*.

Cette mutation se prolongeait par la substitution à sa nécessaire autorisation, de sa possible opposition à l'exercice d'une profession séparée par sa femme et du possible recours de celle-ci contre un mauvais choix du lieu de résidence du ménage.

Les lois du 13 juillet 1965 (régimes matrimoniaux) et, surtout, des 4 juin 1970, 11 juillet 1975 (divorce) et 23 décembre 1985 (égalité des époux et des parents) ont, encore, modifié les relations conjugales dans le sens d'une complète égalité des deux conjoints et d'une direction collégiale de la famille. Désormais, l'article 213 est, ainsi, rédigé :

"Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir".

En découlent des nouveaux principes :

- L'article 223 :

"Chaque époux peut librement exercer une profession...".

- L'article 215 al.2 :

"La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord".

On peut rapprocher la mutation ici intervenue, de la profonde réforme des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 et de la substitution à la puissance paternelle de l'autorité parentale.

II. – LES RAPPORTS DE RECIPROCITE DANS LE MARIAGE

Le mariage crée à la charge de chaque époux un certain nombre de devoirs.

L'article 212 C.civ. prévoit ainsi :

"Les époux se doivent mutuellement fidélité (1°), secours (2°) et assistance (3°)".

L'article 215 du Code civil prévoit un quatrième devoir, le devoir de communauté de vie (4°) :

"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".

1. – Le devoir de fidélité

La fidélité n'est pas seulement un devoir moral; elle est aussi un devoir juridique. L'irrespect de cette règle peut être cause de divorce, encore que l'évolution des règles en la matière permette d'en douter.

En effet, l'adultère ne peut plus constituer une faute cause péremptoire de divorce. La loi de 1975 a, en outre, supprimé le traitement pénal de cette ancienne infraction. L'adultère n'est donc qu'une cause éventuelle de divorce.

2. – Le devoir de secours

Le devoir de secours couvre l'obligation pour chaque époux de fournir à l'autre les ressources nécessaires à la vie, d'une façon compatible avec la condition du ménage et à proportion de ses propres possibilités. Cette obligation est réciproque et ne pèse même plus à titre principal sur le mari, depuis la réforme du 11 juillet 1975. Ce devoir est en effet régi par l'article 214 C.civ. :

"Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à proportion de leurs facultés respectives".

L'inexécution de ce devoir de secours est sanctionnée de plusieurs façons.

- Elle peut provoquer une exécution forcée par voie de saisies, des saisies-arrêts pratiquées sur les traitements et rémunérations, en particulier :

"Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile".

- Elle peut, également, entraîner des sanctions sur le plan pénal (au titre de l'abandon de famille, cause de déchéance de l'autorité parentale) comme sur le plan civil (cause de divorce) : "faute" au titre de l'article 242 rénové.

3. – Le devoir d'assistance

Le devoir d'assistance couvre un devoir d'aide matérielle et morale très large. On lui rattache, tout particulièrement, le devoir de soins en cas de maladie. Il a pour conséquence l'impossibilité de demander le divorce pour cause de maladie (mais non pour cause d'aliénation mentale) du conjoint.

4. – Le devoir de communauté de vie

Le principe de ce devoir est prévu par l'article 215 du Code civil. Dans sa rédaction du 4 juin 1970, il prévoit :

"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".

Ce devoir prend la suite du devoir de cohabitation expressément prévu par le texte de 1804 et maintenu jusqu'à ces dernières années.

Le contenu de ce devoir dépasse celui de l'ancien devoir de cohabitation. Il recouvre l'obligation de vivre sous le même toit, mais également celle de remplir les "devoirs conjugaux". Toutefois les époux peuvent avoir un domicile distinct (art. 108), mais doivent avoir une résidence commune.

Ce devoir peut, cependant, être atténué sans que le mariage soit dissous.

Mais si le jugement de séparation de corps maintient le lien conjugal tout en allégeant ses effets, en particulier il suspend le devoir de cohabitation. Cette modification du lien conjugal, parfois dénommée "divorce catholique", peut être obtenue pour l'une quelconque des causes du divorce (art.296), selon la procédure de celui-ci (art.298). L'article 299 précise bien que : *"La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais met fin au devoir de cohabitation"*; en même temps elle provoque une *"séparation de biens"* (art.302).

L'article 303 prévoit, notamment, le maintien du devoir de secours qui prendra la forme du versement d'une pension alimentaire. La séparation prend fin soit par "la reprise volontaire de la vie commune" (art.305), soit par la conversion de plein droit en divorce quand la séparation de corps a duré trois ans (art.306).

L'inexécution sera surtout sanctionnée sur le plan répressif soit à titre civil, soit à titre pénal :

- A titre civil, l'inexécution par l'un des conjoints de son devoir de cohabitation peut dispenser l'autre conjoint de l'exécution de son devoir de secours; le refus d'exécution du devoir de cohabitation constitue aussi une faute grave susceptible d'être retenue comme cause de divorce ou de séparation de corps.

- A titre pénal, le manquement au devoir de cohabitation peut s'insérer dans le délit plus complexe d'abandon de famille.

5. – Les autres devoirs

Le Professeur Flour a attiré l'attention sur ces devoirs :

"Une réalité psychologique et morale comme l'état d'époux ne saurait être enfermée dans des formules limitatives. La morale conjugale impose des devoirs plus nombreux mais aussi moins précis. Leur existence est signalée par la sanction attachée à leur transgression".

La jurisprudence met ainsi à la charge de chacun des époux une série de devoirs dont la transgression est une faute cause de divorce, dans les conditions de l'article 242 du Code civil. L'observation de l'application de ce texte, permet, en contraste d'observer nombre de devoirs plus discrets, plus implicites.

Il en est ainsi du devoir de patience et de bonne volonté mutuelle, du devoir de veiller à son propre honneur, du devoir même de converser dans la mesure où un mutisme obstiné peut être retenu comme injure et cause de divorce... On évoque même l'existence d'un devoir général de sincérité sur tous les événements antérieurs au mariage (cf. A. Rouast, note sous Civ. 25 octobre 1961, D.1961, 769).

§ 2. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU MARIAGE

Dans notre conception française, le mariage double ses effets personnels d'un certain nombre d'effets patrimoniaux en donnant, nécessairement, naissance à un régime matrimonial de libre construction.

Le régime matrimonial se définit comme un système de règles contractuelles ou, à défaut, légales gouvernant la condition des biens et le régime des pouvoirs matrimoniaux des époux, de la célébration à la dissolution du mariage.

- Par "*Condition des biens et régime des pouvoirs*", on veut dire que tout régime matrimonial a deux objets, schématiquement : répartir les biens appartenant aux époux en un certain nombre de catégories, de "masses", et les soumettre à des règles d'administration et de disposition.

- Par "*De la célébration à la dissolution du mariage*", on entend que les biens des époux sont nécessairement assujettis à un régime matrimonial pendant toute la durée de leur union. Avant la réforme du 13 juillet 1965, le régime choisi à la célébration ne pouvait pas être ultérieurement modifié. Mais l'article 1397 C.civ., nouveau, abandonne le principe de l'immutabilité du régime matrimonial et dispose :

"Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier ou même d'en changer entièrement par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile".

L'instauration du régime matrimonial obéit à deux principes :

- Le principe de la *nécessité* du régime matrimonial (tout mariage provoque l'organisation d'un régime matrimonial sans qu'il soit possible aux époux d'écarter cet automatisme). Il n'existe à cette règle qu'une sorte d'exception tenant aux conséquences du mariage posthume (art.171 C.civ. al.3); le caractère marginal de l'exception montre l'autorité du principe.

- Le principe de la *liberté* du régime matrimonial : les époux sont libres d'organiser leur régime matrimonial comme ils l'entendent, grâce au contrat de

mariage (réforme des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 modifiée par la loi du 23 décembre 1985 codifiée aux articles 1387 à 1581 du Code civil; cf. Programme de Droit civil de 4ème année) a distingué le régime primaire (I), applicable quel que soit le régime matrimonial proprement dit (II)

I. – LE REGIME PRIMAIRE

Quel que soit le régime matrimonial choisi par eux, les époux sont soumis à un certain nombre de règles impératives, qu'on appelle, « *régime primaire* », « *statut impératif de base* » selon les auteurs.

Ces règles sont représentatives de l'effort du législateur à mettre sur un pied d'égalité la femme et son mari, à travers des règles promouvant l'indépendance des époux, notamment :

- Ainsi l'article 220 C.civ. reconnaît à chaque époux, sous tout régime matrimonial, le pouvoir de passer, seul, les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Inversement l'article 222 rassure les tiers en présumant que chaque époux est réputé disposer de tous les pouvoirs de passer seel les actes d'administration, de jouissance ou de disposition sur les biens meubles qu'il détient.

- L'article 215 al.3 C.civ. précise que les époux ne peuvent disposer des droits qui assurent le logement de la famille (et des meubles meublants dont il est garni), que d'un commun accord.

- Enfin l'article 214 C.civ. prévoit la contribution des deux époux aux dettes du ménage, à proportion de leurs facultés respectives.

- "*Jeu de la représentation entre époux*" : les règles de la représentation conventionnelle (art.218 C.civ.) ou judiciaire (art.219 C.civ.) peuvent jouer sous tout régime pour modifier les pouvoirs initialement attribués à chacun des conjoints.

II. – LES REGIMES MATRIMONIAUX PROPREMENT DITS

Le principe de la nécessité du régime matrimonial veut, qu'à défaut de contrat de mariage, il y ait application subsidiaire d'un régime défini et organisé par le législateur : le régime matrimonial légal (A). Le principe de la liberté du régime matrimonial veut que chaque couple puisse librement organiser un régime matrimonial par la conclusion d'un contrat de mariage. Les époux qui profitent de la liberté qui leur est ainsi reconnue par le législateur (moins d'une fois sur dix), disposeront d'un régime matrimonial conventionnel (B).

La publicité assurée par l'état civil permet aux tiers de connaître le type de régime matrimonial retenu par les conjoints.

A. – Le régime matrimonial légal

Le régime matrimonial légal est le régime matrimonial établi par la loi et appliqué en cas d'absence ou de nullité du contrat de mariage. Il présente, de ce fait, un caractère supplétif bien noté par l'article 1387 du Code civil :

"La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire, comme ils le jugent à propos...".

Pendant 161 ans, le régime matrimonial légal a été le régime de communauté de meubles et acquêts, il continue à s'appliquer aux époux mariés sans contrat avant le 1er février 1966, date d'entrée en application de la réforme des régimes matrimoniaux. La loi du 13 juillet 1965 modifiée par la loi du 23 décembre 1985 lui a substitué le régime de la communauté réduite aux acquêts, applicable aux époux mariés sans contrat depuis le 1er février 1966.

1. – La composition des masses

– La masse commune, la **communauté** est alimentée :

- Du point de vue "Actif" par les biens acquis à titre onéreux par les époux agissant, ensemble, ou séparément, pendant le mariage à partir de leurs revenus professionnels et des revenus non dépensés donc "économisés" de leurs biens propres.

- Du point de vue "Passif" essentiellement par les dettes contractées par les époux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

– Les masses propres du mari et de la femme reçoivent les autres biens appartenant au mari et à la femme (biens antérieurs au mariage, biens reçus par donation ou succession pendant le mariage) ainsi que les dettes non communes (dettes antérieures au mariage, dettes liées à une libéralité, dettes contractées pour l'entretien d'un bien propre...).

L'article 1402 al.1 règle toute difficulté d'attribution des biens en disposant :

"Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi".

2. – La gestion des masses

*** S'agissant des biens communs.**

– **le principe est celui de la gestion concurrente** (l'un *ou* l'autre des époux peuvent agir). La masse commune est administrée par chacun des époux en application de l'article 1421 C.civ., : chacun peut, seul, effectuer tous les actes sur les biens communs.

– Deux **exceptions** sont apportées

- La première instaure une **gestion exclusive** (l'un *et point* l'autre des époux peut agir). Certains biens affectés à une profession séparée exercée par un époux ne peuvent être gérés que par cet époux (C ; civ., art. 1421, al. 2).
- La seconde instaure une **cogestion** ((l'un *et* l'autre des époux peuvent agir). Les articles 1424 et 1425 associent les deux époux aux décisions importantes concernant les biens communs les plus importants : "*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever de droits réels, les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent sans leur conjoint percevoir les capitaux provenant de telles opérations*" (art.1424 C.civ.). "*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal...*" (art.1425 C.civ.).

S'agissant des biens propres. Les masses propres du mari et de la femme sont soumises à la pleine maîtrise de leur titulaire. L'article 1428 C.civ. dispose :

"Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres biens et peut en disposer librement".

La loi du 13 juillet 1965 a notamment supprimé l'usufruit de la communauté sur les biens propres de la femme qui obtient ainsi tous pouvoirs d'administration et disposition de ses biens propres.

B. – Les régimes matrimoniaux conventionnels

Grâce à la conclusion d'un contrat de mariage par devant notaire et antérieurement à la célébration, les époux peuvent se doter d'un régime matrimonial conventionnel.

Dans l'élaboration de ce système, les époux disposent d'une grande liberté : ils peuvent recourir à l'un des régimes types proposés par le législateur mais aussi bien élaborer un régime totalement original. L'article 1387 C.civ. leur permet, en effet, d'établir leurs conventions "*comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, ni aux dispositions qui suivent*", celles-ci étant énoncées de la sorte par l'article 1388 :

"Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle".

Les principaux régimes conventionnels susceptibles de multiples variantes peuvent être regroupés en deux familles : les régimes communautaires où les effets

du mariage sur les biens du époux vont être accusés (1) et les régimes séparatistes où les effets du mariage sur les biens des époux vont être limités (2).

1. – Les régimes communautaires

a. – Régime de communauté universelle

L'article 1526 C.civ. prévoit :

"Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir... La communauté universelle supporte, définitivement, toutes les dettes des époux, présentes et futures".

b. – Régime de communauté de meubles et acquêts

Dans ce régime, la masse commune est constituée de tous les biens meubles, à raison de leur nature, et de tous les acquêts, c'est-à-dire les biens acquis à titre onéreux, après la célébration du mariage. Ce régime a une très grande importance, car il est, sous réserve de quelques modifications, le régime matrimonial légal des Français mariés avant le 1er février 1966, date d'entrée en application de la loi nouvelle sur les régimes matrimoniaux.

2. – Les régimes séparatistes

Le législateur a organisé en 1965 deux régimes séparatistes type.

a. – Le régime de séparation de biens

Le régime se résume dans la formule suivante : chacun des époux conserve la propriété, la jouissance et la libre administration de ses biens. L'union des personnes ne se double pas d'une union des biens.

Sous ce régime, par conséquent, la capacité de la femme est réelle; elle peut, sans aucune autorisation, administrer ses biens et en disposer. En France, un tel régime n'est pas très répandu, il est cependant utile lorsque l'un des époux est commerçant (quand il est retenu, ses effets sont souvent tempérés par l'adjonction d'une société d'acquêts : le régime de séparation de biens est le régime principal mais les biens acquis par les époux durant le mariage à titre onéreux constituent une masse particulière dont le mari assure la gestion et qui est partagée à la dissolution).

b. – Le régime de participation aux acquêts

Ce régime nouveau (en 1965) dans notre Droit aurait pu être le régime matrimonial légal ; c'était le souhait du Doyen Carbonnier, inspirateur de la réforme de 1965 comme de toutes les réformes du droit civil de 1960 à 1980. Il s'inspirait du modèle allemand. Mais les députés l'ont refusé en raison d'un fort attachement à notre système traditionnellement communautariste

Si les conditions d'application en sont délicates, son économie est de principe simple :

- Pendant la durée du mariage : les règles de la séparation de biens s'appliquent.

- A la dissolution du mariage : l'article 1569 C.civ. prévoit que chaque époux pourra prétendre à la moitié des acquêts réalisés par l'autre durant l'union conjugale.

SOUS-SECTION 2 - CONTENU DES LIENS D'ALLIANCE DERIVES : AUTRES LIENS D'ALLIANCE

Le mariage établit des liens entre chaque conjoint et les proches parents de l'autre. Certains bénéficient d'une dénomination particulière : beau-frère, belle-mère..., dans les autres cas, on ajoutera le terme "par alliance" à l'expression désignant la relation avec le conjoint initiateur du lien d'alliance : oncle par alliance, par exemple.

Les effets attachés à ces relations sont assez minimes et limités aux alliés les plus proches :

- Empêchement au mariage en ligne directe à l'égard de tous les alliés (art.161 C.civ.).

- Obligation alimentaire entre gendre ou belle-fille et beaux-parents (art.206 C.civ.).

CHAPITRE 2

LES REGIMES CONCURRENTS DU MARIAGE

Le mariage est une institution conçue comme un modèle légal. Longtemps, ce modèle se conjugait avec une certaine primauté : hors du mariage, point de salut et on ne concevait guère d'autres formules sauf pour des marginaux.

La Révolution des mœurs la seconde moitié du XXème siècle a cependant montré que le « non mariage » n'était pas dénué d'existence et pouvait même devenir un concurrent, plus ou moins sérieux du modèle légal. Le premier régime concurrent est celui qui prévaut en l'absence de règles, le concubinage, ou union libre (Section 1) ; le second est plus récent, il remonte à l'adoption du Pacs par la loi du 15 novembre 1999 (Section 2).

SECTION 1 – LE CONCUBINAGE

Le concubinage (du latin *cum cubare* : coucher avec) peut être défini comme une union hors mariage présentant une certaine stabilité. Le terme d'*union libre* » est plus récent, plus rebelle à l'institution du mariage : on choisit l'union libre comme si « l'autre », le mariage, ne l'était pas.

On dit souvent à cet égard que le concubinage est une situation de non droit, par référence, sans doute au mépris que Napoléon leur avait témoigné : « *si les concubins se passent de la loi, le droit se désintéresse d'eux* ».

Ce n'est pas tout à fait exact ; ainsi, l'article 340 du Code civil, avant la loi du 8 janvier 1993, assurait que la paternité hors mariage pouvait être judiciairement constatée, entre autres cas, « *dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues* ».

On en déduisait que le concubinage se traduit, en principe, par une communauté de vie, exactement comme le mariage, et, à défaut, par l'existence de relations stables et continues, impliquant une certaine durée mais pas nécessairement une cohabitation. Cette définition était alors très importante par exemple pour appliquer la jurisprudence de l'arrêt *Dangereux*, déjà rencontré, sur la possibilité pour le concubin d'exercer une action en responsabilité par ricochet en cas de décès de l'autre concubin.

De façon générale, cependant, l'élément essentiel reste la **communauté de vie** de sorte que le concubinage est un ersatz du mariage.

Longtemps, alors, on a considéré le concubinage sur le modèle du mariage, essentiellement à propos de la diversité des sexes. Le concubinage est une union

stable, « *entre un homme et une femme* », affirmait par exemple un arrêt de la première chambre civile du 17 décembre 1997 (D. 1998.11, note J.-L. Aubert) pour refuser à un concubin homosexuel le droit au maintien dans le logement loué par son « *concubin* » décédé.

Ce modèle sociologique est celui qui représente la grande majorité des situations ; c'est d'ailleurs le grand problème du concubinage, sur un plan juridique cette fois comme le décrit Philippe Malaurie (*La famille*, Cujas, n°253) : la situation de la concubine, avec trois enfants, sans travail, prisonnière du concubinage, à la différence de son homologue mariée qui bénéficie d'un régime protecteur. Le mérite du mariage réside dans les effets de sa rupture.

Au-delà de cette situation, on observe que le concubinage progresse dans les couches les plus jeunes, soit comme mariage à l'essai, en une modernisation de fiançailles, soit comme un choix « *anti mariage* ».

La grande question de ces dernières années a été de dépasser le modèle du mariage et de franchir un tabou très fort dans nos sociétés occidentales, les couples d'homosexuels. Tout le débat sur le PACS traduit ce franchissement et les difficultés qu'il a rencontré.

A l'occasion du vote de la loi de 1999, s'est glissé un texte non prévu par le législateur, instituant l'article 515-8 :

« *Le concubinage est une union de fait caractérisée par une vis commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

Au-delà d'une certaine forme de provocation, non dénuée de souvenirs « *soixantuitard* » pour certains des promoteurs de ce texte, l'article 515-8 présente l'intérêt de briser la jurisprudence née de l'arrêt du 17 décembre 1997 et sa définition stricte du concubinage, pour proposer au contraire une définition élargie, sans remettre en cause ou ajouter quoi que ce soit aux caractères déjà envisagés par la doctrine et la jurisprudence.

Preuve du concubinage. – L'autre grand inconvénient du concubinage est la difficulté de le prouver. Fait juridique il se prouve par tout moyens, témoignage ou présomptions par exemple. La fréquence des difficultés a permis cependant d'identifier la pratique des « *certificats de concubinage* » ou « *certificats de concubinage notoire* » ou encore « *attestation d'union libre* » délivrés par certaines municipalité, sans aucune valeur juridique officielle.

Observons, alors, les rapports entre concubins (§ 1) puis les rapports des concubins avec les tiers (§ 2).

§ 1 – LES RAPPORTS ENTRE LES CONCUBINS

* Ces rapports ne sont déterminés par **aucun lien de droit**, en ce sens qu'aucune règle supplétive ou impérative particulière n'envisage le régime du concubinage comme c'est le cas du mariage.

– C'est ainsi, que ni le concubin ni la concubine ne bénéficie d'un droit au nom ;

– les devoirs du mariage (fidélité, secours et assistance) sont inconnus du concubinage (du moins en droit : de même qu'il existe des époux infâmes, il existe des concubins à sanctifier) ;

* Les relations entre concubins sont, dès lors régies par les **règles du droit commun**, droit des obligations et de la responsabilité.

– les relations patrimoniales sont ainsi réduites à l'essentiel. il n'existe pas de communauté. Les biens appartiennent à l'un ou à l'autre des concubins ou aux deux, par une indivision. Pour remédier à cette précarité – ou pour singer encore davantage le mariage – certains concubins concluent même des « **contrats de concubinage** ».

– L'absence de relation de droit emporte l'absence de vocation successorale. Pour compenser cette situation et l'absence de régime matrimonial, les concubins se consentent des legs ou des donations, taxées au prix fort (60%, le taux maximal).

Par ailleurs, ces legs et donations ont longtemps subi un contrôle tatillon des juridictions vérifiant ses mobiles : licite lorsque la donation ou le leg vise à assurer une certaine sécurité matérielle à son bénéficiaire, ils étaient traditionnellement annulés dès lors qu'ils avaient pour objet d'acheter le consentement du concubin, notamment en cas d'adultère, jusqu'à une série d'arrêts de 1999 à 2004 (comp. Cass. Ass. Plèn. 29 oct. 2004, Bull. ass. plèn., n°12, Grands arrêts, n°29).

– La rupture du concubinage n'est pas davantage réglementée. Révocable *ad nutum*, par simple décision unilatérale, le concubinage est une situation précaire. C'est, d'ailleurs, ce qui fait son succès. La rupture d'un concubinage n'est donc pas, en soi, une faute, même en présence d'enfants.

La jurisprudence a cependant tenté d'atténuer cette sévérité dans certains cas, comme celui d'une concubine âgée, lorsque les circonstances de la rupture paraissent condamnables, un abandon soudain et matériel par exemple ou une promesse de mariage non tenue, en attribuant des dommages-intérêts à la concubine.

Le sort des biens acquis par les concubins est celui de rupture d'une indivision. Parfois, la jurisprudence retient l'existence d'une société de fait entre concubins, par exemple lorsque l'un d'eux a accompagné l'autre dans son activité professionnelle.

§ 2 – LES RAPPORTS DES CONCUBINS AVEC LES TIERS

* Si le concubinage est ignoré par le droit fiscal (ignorance qui crée un certain nombre d'avantages fiscaux, trop d'ailleurs disent certains), il est en revanche bien connu du droit social, en matière d'assurance maladie et de maternité par exemple.

* De même les règles en matière de baux d'habitation connaissent une situation très protectrice des époux (C. civ., art. 1751, L. 6 juill. 1989, art. 14) dont certaines disposition bénéficient également au concubin notoire.

SECTION 2 – LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE (PACS)

Introduit par la loi du 15 novembre 1999 (réformée par la loi du 23 juin 2006), suivies de trois décrets du 21 décembre 1999 et d'une décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 qui complète la loi, ce nouveau régime réglementant une nouvelle (?) forme de couple survient à la suite de nombreux débats juridiques et sociaux, impliquant des enjeux importants, civils, religieux, sexuels, patrimoniaux, politiques..., le Pacte civil de solidarité a été intégré dans le Code civil aux articles 515-1 et s, c'est-à-dire dans la partie du Code civil consacrée aux personnes (comme le mariage), et non dans celui consacré aux contrats (comme les régimes matrimoniaux).

Il repose sur l'émergence sur la scène sociale et médiatique des couples homosexuels alors qu'il n'était pas question, à la différence de certains droits étrangers d'assurer un mariage des homosexuels. S'est associée à cette émergence le drapeau du concubinage, réclamant un statut différent du mariage, refusé par des couples hétérosexuels pour des raisons idéologiques ou par fantasme lié à l'aura d'indissolubilité dont le mariage s'entoure, faussement pourtant.

Sans revenir sur le titre un peu pompeux et ridicule, Pacte civil de « *solidarité* » – solidarité comme citoyenneté étant des termes très (trop) largement galvaudés – ni sur les débats, parfois orageux et engagés qui ont entouré la préparation de la loi (cf. les articles de B. Beignier, Ph. Malaurie et F. Terré, Dr. famille hors série, Le PACS, déc. 1999), on peut insister sur quelques points.

La **nature juridique** du Pacs pose d'abord difficultés. L'article 515-1 le définit comme « *le contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

L'accent est donc mis sur la nature contractuelle du Pacs. Il peut alors s'appliquer à de multiples situations : organisation patrimoniale d'un couple, quel qu'il soit, ou bien à d'autres situations de vie en commun, on citait au cours des débats parlementaires le cas de personnes âgées.

Qu'on ne s'y trompe pas, pourtant, le Pacs a été institué sur le modèle du mariage, pour les couples homosexuels, c'est là sont fondement, de sorte qu'il en résulte tout une série de mécanisme voisins du mariage : formalisme dans la

constitution ou dans la dissolution, exigence de devoirs et d'obligations, prohibition de la bigamie et de l'inceste, droits fiscaux et sociaux. La seule différence étant l'absence de vocation successorale.

On peut alors s'arrêter sur la formation du Pacs (§ 1), sur ses effets (§ 2) puis sur sa dissolution (§ 3).

§ 1 – LA FORMATION DU PACS

I. – LES CONDITIONS DE FOND DE LA FORMATION DU PACS

***. – Capacité**

La conclusion d'un Pacs n'est ouverte qu'aux majeurs (C. civ., art. 515-1), de façon plus exigeante que le mariage. Il est alors impossible pour un mineur ou un incapable majeur (C. civ., art. 506-1 pour la tutelle, il est sans doute possible pour la curatelle).

De même, l'article 515-2-1° a créé des empêchements au Pacs – qui constituent en même temps des cas de nullité –, comme il en existe pour le mariage : entre ascendants et descendants, collatéraux jusqu'au troisième degré, alliés en ligne directe, sans possibilité de dispense.

****.** – Le **consentement** donné correspond au consentement du droit des contrats, s'agissant des articles 1109 et suivants et, notamment de ses vices du consentement, erreur, dol, violence, lésion.

On songe également, comme en matière de mariage au **Pacs de complaisance**, paraît-il utilisé dans certaines professions afin d'assurer des mutations plus aisées, sanctionné par la nullité absolue ou au **Pacs in extremis** sans aucun intérêt, sinon pour bénéficier d'un régime fiscal ou social de faveur, ou un « *pacs fugitif* » (A. Bénabent, *La famille*, n°713) qui ne dure que le temps d'une donation (mais la brièveté ou la longévité d'un Pacs n'est pas envisagée par le Code civil).

*****.** – **L'objet et la cause** du contrat est prédéterminé : « *organiser leur vie commune* » (C. civ., art. 515-1) mais aussi les questions de « *résidence commune* » (C. civ., art. 515-3, al.1), « *d'entraide matérielle* » (C. civ., art. 515-4, al.1), de gestion d'un patrimoine commun (C. civ., art. 515-5).

Le Conseil constitutionnel a considéré que ces règles étaient d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent y retrancher (par exemple se dispenser du devoir de cohabitation) ou y ajouter, au regard des règles du droit des contrats (par exemple créer une obligation contractuelle de fidélité). Les clauses méconnaissant ce principe seraient non écrites.

II. – LES CONDITIONS DE FORME DE LA FORMATION DU PACS

*. – Il convient, d’abord, de **rédiger le contrat**, le Pacte qui devra être produit, en un double original, ensuite auprès du greffier.

Il pourra être établi sous la forme d’un acte sous seing privé ou bien d’un acte authentique.

. – Il convient, ensuite, de **déclarer et d’inscrire le pacte.

– la déclaration prend la forme d’une **déclaration conjointe**, avec le contrat, en double, et de pièces supplémentaires (actes d’Etat civil divers afin de prouver que les conditions de fond sont remplies) **au greffe du tribunal d’instance** (C. civ., art. 515-3).

– l’inscription sur un registre tenu par le greffe « *confère date certaine au pacte et le rend opposable au tiers* » (C. civ., art. 515-3, al. 3 et 6).

***. – Dès lors, le Pacte est transcrit au lieu de naissance pour y être reporté sur un registre spécial (et non sur l’acte de naissance). Par ailleurs, la communication de l’existence du Pacs est réservée à certaines personnes (notaires, avocats, greffes, ...) de façon à assurer la confidentialité de la vie privée qu’il recouvre.

§ 2. – LES EFFETS DU PACS

I. – LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX DU PACS

*. – Le lien qui résulte du Pacs n’est pas un lien d’alliance ou de quelque nature familiale que ce soit, même si ses dispositions sont situées dans la partie du Code civil consacrée aux personnes.

Par conséquent, les règles concernant les alliés ne sont pas applicables aux « pacsés ». Ainsi, ils n’assument pas d’obligation alimentaires (C ; civ., art. 206, 207) entre époux de que même les immunités pénales (vol entre époux par exemple) ne leur sont pas applicables.

Par ailleurs, les règles applicables aux concubins leur profitent (droit à l’assistance médicale : C. s. p. art. L. 152-2 ; excuse de non dénonciation de malfaiteur ou de recel de malfaiteur, C. pén., art. 434-1, 434-6 et 434-11).

**. – Le Pacs n’a pas d’influence sur l’Etat-civil des partenaires de sorte que l’acte de naissance n’en porte pas trace. Par conséquent, les partenaires n’acquièrent pas le nom de leur partenaire pas plus qu’ils n’acquièrent sa nationalité.

***. – Le Code civil n’évoque, s’agissant des obligations extrapatrimoniales des partenaires, que le fait qu’ils « *s’apportent aide mutuelle et matérielle* » (C. civ., art. 515-4) ce qui est maigre si on le compare aux obligations des époux. Les partenaires n’ont donc pas d’obligation de fidélité ou d’assistance morale.

En revanche, les époux assument une obligation de cohabitation, dans la mesure où la définition donnée par l'article 515-1 du Code civil intègre cette exigence.

****. – Le Pacs ne crée pas non plus une famille particulière. Les enfants nés de couples ayant choisi un Pacs sont des enfants naturels et aucune présomption de paternité comme celle de l'article 312 du Code civil ne facilite l'établissement de la paternité. En réalité, l'existence d'un Pacs peut aider à la preuve de la possession d'état ou à l'attribution de l'autorité parentale aux deux parents naturels vivant ensemble (C. civ., art. 372, al.2).

En revanche, deux questions posent difficultés :

– L'accès à la procréation médicale assistée n'est pas modifiée par l'existence d'un Pacs : la PMA est réservée aux couples constitués d'un homme et d'une femme.

– L'adoption n'est pas davantage facilitée : un célibataire peut adopter un enfant de sorte qu'une personne vivant avec une autre sous un Pacs peut adopter comme célibataire mais sans que l'adoption soit celle des deux partenaires ou que le conjoint de l'adoptant puisse profiter des dispositions facilitant l'adoption, comme c'est le cas des règles du mariage.

II. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU PACS

A. – Les actes de la vie courante

*. – Les actes de la vie courante sont dominés par la **solidarité** (pas celle du titre du contrat, celle du droit civil traditionnel) des partenaires (C. civ., art. 515-4, al. 2) : « *les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun* ». La formule ressemble à celle de l'article de l'article 220 du Code civil dans le but de faciliter la vie quotidienne des partenaires dans leurs relations avec les tiers, rassurés – en principe – par cette solidarité.

En pratique, le tiers se heurtera à la discrétion qui entoure le Pacs de sorte que le tiers ne pourra pas obtenir l'identité du partenaire. La solidarité est donc limitée aux hypothèses dans lesquelles le tiers connaît déjà l'identité du partenaire.

**.

– Le Code civil a également instauré une **obligation d'entraide** qui ressemble à la formule de l'article 214 du Code civil relatif à la contribution des époux aux charges du ménage.

***.

– En matière de bail, le Pacs est assimilé au mariage de sorte que le partenaire peut rester dans les lieux loués par l'autre en cas de décès ou de départ de celui qui a conclu le contrat de bail (L. 6 juill. 1989, art. 14).

****.

– Les effets **fiscaux** et **sociaux** du Pacs sont enfin très importants :

– L’assujettissement commun à l’ISF, à l’IRPP, le bénéfice d’un abattement spécial en cas de legs et d’un taux réduit ou en cas de donation (à partir de la deuxième année) sont autant d’effets fiscaux.

– Les effets sociaux sont également importants : application des dispositions du Code du travail, s’agissant des congés en commun ou du rapprochement familial pour les fonctionnaires et surtout du bénéfice de la sécurité sociale.

B. – De l’indivision au régime légal de séparation des biens

A défaut de véritable régime « *pacsal* » l’article 515-5 du Code civil applique au régime des biens acquis par les partenaires les règles de la séparation des biens, substituées en 2006 à celles de l’indivision (C. civ., art. 815 s), choisies en 1999 et largement critiquées, ce qui est bien peu comparé aux règles prévalant en matière de régime matrimoniaux.

Toutefois, l’article 515-5 du Code civil autorise les pacsés à choisir dans leur convention le régime de l’indivision.

Il en résulte qu’échappent au régime « *pacsal* » et demeurent des biens personnels (on n’ose dire des biens propres) :

- les biens dont les partenaires étaient propriétaires avant la conclusion du Pacs ;
- Les biens reçus à titre gratuit après la conclusion du Pacs ;
- Les biens créés (et non acquis) par un partenaire après la conclusion du pacte (Brevet, droit d’auteur, fond de commerce...)

On s’interrogera, en revanche sur le sort de biens comme les revenus des partenaires ou les revenus des biens personnels.

En cas de décès d’un partenaire, le survivant est protégé par la reconnaissance de droits sur le logement *pacsal*, par un droit d’usage et d’habitation pendant un an.

§ 3. – LA DISSOLUTION DU PACS

Si le Pacs peut être modifié en respectant un certain parallélisme des forme dans la mesure où aucun principe d’immutabilité ne s’affirme ici, la dissolution du Pacs obéit à quelques règles particulières, qu’il s’agisse de ses modes (I) ou de ses effets (II).

I – LES MODES DE DISSOLUTION DU PACS

*. – Le premier mode de dissolution est la **dissolution par consentement mutuel** dans la mesure où le Pacs est d’abord un contrat. La dissolution obéit alors aux règles de droit commun de la rupture des conventions.

S'ajoute cependant un formalisme particulier qui exige une déclaration écrite conjointe remise au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence actuelle de l'un ou l'autre des partenaires. La dissolution prend alors fin dès la date mentionnée en marge de l'acte initial.

****.** – Le second mode de dissolution est la **dissolution par rupture unilatérale**. On a beaucoup parlé de ce mode de rupture qui ressemble à une faculté de répudiation. Elle résulte cependant logiquement de la considération du Pacs comme un contrat et de la prohibition des engagements perpétuels qui le fonde.

Il reste que les règles de la responsabilité civile tempère la rudesse de la règle : les fautes commises à l'occasion de la rupture peuvent engager la responsabilité du partenaire qui les commettrait.

La décision de dissolution doit alors être signifiée à l'autre partenaire par acte d'huissier. La fin du pacte survient alors trois mois après la date de la signification.

*****.** – La **dissolution par mariage** est fort logique :

- qu'il s'agisse du mariage des deux partenaires entre eux ;
- qu'il s'agisse du mariage d'un partenaire avec un tiers, qui vaut dissolution unilatérale (et sous la même réserve de la brutalité de la rupture).

******.** – La **dissolution pour faute** pose difficultés : dans la mesure où le Pacs est un contrat, l'article 1184 du Code civil qui prévoit la résolution judiciaire du contrat pour manquement à une obligation contractuelle devrait pouvoir jouer.

*******.** – La **non dissolution** pose enfin difficultés lorsque les partenaires sont séparés de fait et ne procèdent pas à la dissolution du pacte. Le problème est alors la poursuite de la solidarité et surtout de l'indivision entre les partenaires.

II. – LES EFFETS DE LA DISSOLUTION DU PACS

*****. – Le pacte prend fin pour l'avenir tant dans ses effets patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de sorte que chaque partenaire peut conclure un nouveau pacte, sans avoir à respecter un quelconque délai de viduité.

****.** – La **liquidation du pacte**, c'est-à-dire de l'indivision « *pacsale* » s'impose (mais ce n'est pas une obligation : la poursuite de l'indivision est possible en théorie, très improbable en pratique). Les règles de la fin de l'indivision s'appliquent et, notamment, celles prévoyant l'attribution préférentielle de certains biens (C. civ., art. 832).

*****.** – **Aucune prestation compensatoire ou pension alimentaire** n'est cependant à attendre : le Pacs, répétons-le n'est pas le mariage. Le mariage est certes une situation complexe et qui crée de nombreuses obligations ; c'est surtout une formidable sécurité en cas de rupture du mariage.