**Droit de la famille :**

Interro : 20 fevrier et 13mars

Partiel : 25 mars 9h30 12h30

**Introduction :** Famille : Aucune définition précise de la famille dans le code civil. Il a été élaboré en 1804 (XIXème siècle) 🡪 tournant de l’ancien droit, chaque individu relié à un groupe social. Il y a à ce moment une volonté de libérer l’individu. Chacun est libre, donc pas de vrai définition de la famille. Dans la CEDH, on parle de vie familiale 🡪 Chacun peut fonder une famille et mener une vie familiale.

Traditionnellement, on distingue 2 types de famille : au sens large et au sens étroit

Large : groupe de personnes qui sont unis entre elles par un lien de parenté ou d’alliance. Toutes les personnes unis par une filiation.

Etroit : Notion limitée aux personnes vivants sous le même toit. Famille nucléaire.

Aujourd’hui, la famille a pris une dimension d’avantage protéiforme. Il existe de plus en plus de famille hors mariage (différent de traditionnelle en mariage). IL existe également en plus des familles unies, les familles désunis (divorce, séparation). Un autre couple peut à nouveau se former : un membre du couple peut éduquer des enfants qui ne sont pas les siens : famille recomposée. L’enfant est parfois élever par un seul de ses parents : famille monoparentale. Le parent qui élève seul l’enfant lorsque qu’il n’y a pas de lien de double lien de filiation établie : famille unilinéaire. Enfin, il existe aujourd’hui la famille homoparentale.

*A partir de quand peut-on dire qu’il y a famille ? Faut-il obligatoirement des enfants ?*

D’après le professeur Malaurie : La réponse dépend de l’existence ou non du mariage.

* Hors mariage ou sous PACS : Ce sont les enfants qui fondent la famille.
* S’il y a mariage, il n’est pas nécessaire d’attendre l’arrivée d’enfant pour considérer une famille : c’est la célébration du mariage qui fonde la famille. Les enfants qui naitront de ce mariage seront obligatoirement rattacher au mari de la mère : présomption de paternité. De plus, on considère après célébration du mariage que ce mariage est l’alliance de deux familles : celles des deux mariés.

Les traits fondamentaux du droit de la famille :

* c’est le miroir de la société : il reflète certaines valeurs. Autrefois, le droit de la famille reposait sur des valeurs morales. Depuis de nombreuses années, avec l’évolution des mœurs, naissent des valeurs individuelles, des libertés.
* Le droit de la famille a vocation à suivre l’évolution des mœurs : il évolue. Depuis les années 1950, aucune branche du droit civil n’a autant évolué que le droit de la famille : grande réforme sur le divorce, la filiation, le mariage.
* Le droit de la famille est constitué de règle qui présente un grand degré d’ineffectivité. Les règles du droit de la famille sont souvent impuissantes à régler des conflits de nature familiale. Ex : Si difficulté à élever un enfant, le droit de la famille ne peut pas toujours régler ces difficultés.
* Il existe certaines particularités dans le droit de la famille comme la médiation familiale qui a pour but d’apaiser le dialogue familial. Il existe également des juges spécifique : anciennement appelé juge aux affaires matrimoniales, aujourd’hui juge aux affaires familiales. Ce sont des juges spécialisés qui rendent des décisions pas seulement sur des paramètres juridique, ils ont une formation psychologique.

Aujourd’hui, certaines personnes considèrent que le droit de mener une vie familiale doit être soustraite de l’emprise de la loi. Il faudrait considérer que ce droit relève de la sphère purement privé. Ex : Certains aimerait pouvoir faire un test de paternité sans autorisation du juge. Autre débat : un couple stérile ne peut pas avoir d’enfant : la procréation médicalement assistée est très encadrée et la gestation pour autrui interdite.

Les obligations découlant du lien familial :

A partir du moment où il y a un lien familial, la solidarité existe naturellement. Parfois, la loi intervient pour imposer une solidarité. *Quand la solidarité est imposée par la loi ?*

* La réserve héréditaire : institution qui oblige chaque individu à transmettre une partie de ses biens à certains de ses proches : ils ont la qualité d’héritiers réservataires. Les biens non réservés sont appelés la quotité disponible. Les bénéficiaires sont seulement les enfants et les descendants (petits enfants) 🡪 si le couple n’a qu’un seul enfant, l’enfant reçoit la moitié des biens du parent décédé, l’autre moitié est la quotité disponible. S’il y a deux enfants, sont réservés les 2/3 du patrimoine. A partir de 3 enfants, la proportion change, les biens réservés se montent aux ¾.

De plus en plus, la loi essaie de protéger le conjoint survivant. Il n’est héritier réservataire que lorsqu’il n’y a pas d’enfants. Dans ces conditions, les biens réservés ne peuvent excéder ¼.

Quant aux ascendants, autrefois, la loi considérait que les ascendants pouvaient être réservataires. Depuis 2007, ils ne sont plus considérés comme réservataires.

* L’obligation alimentaire : Instaurée par la loi pour assurer une certaine solidarité familiale. C’est une aide matérielle dû à un membre très proche de la famille qui est dans le besoin et qui n’est pas en mesure d’assurer lui-même sa subsistance. Les bénéficiaires potentiels sont : les époux, les parents en ligne direct (ascendants, descendants) et entre alliés en ligne directe.
  + Entre époux (art 212 du CC), c’est au titre du devoir du secours ou de la contribution aux charges du mariage. Il s’agit d’une entraide matérielle qui aide à faire face aux dépenses d’entretien du mariage et aux dépenses d’entretien d’éducation des enfants. Ne pas confondre pension alimentaire avec prestation compensatoire (lorsqu’il y a divorce).
  + Entre parents en ligne directe : Art 205 du CC. Les enfants doivent des aliments à leurs pères et mères ou autre descendants qui sont dans le besoin. Lorsqu’il y a adoption simple, l’enfant ne doit aliments qu’à ses pères et mères. Cette créance alimentaire est personnelle. La personne dans le besoin peut réclamer une pension alimentaire. Cette créance est intransmissible et personnelle. Néanmoins, la plupart du temps, les personnes âgés ne peuvent pas faire face aux dépenses des soins qui leurs sont prodigués. La loi est intervenue au sein des établissements publics de santé pour obtenir une action directe de santé : exercer directement la demande en paiement contre les enfants ou petits-enfants. La CK a pris l’initiative de permettre aux établissements privés de santé d’exercer la même action directe en paiement sur le fondement de l’enrichissement sans cause (art 1371 du CC). Cette action sur le fondement d’enrichissement sans cause vient du latin *actio de in rem verso*
  + Alliés en ligne direct : Il existe une obligation alimentaire entre le gendre ou la belle fille et les beaux-parents. Ex : Le père en difficulté qui n’a qu’un seul enfant peut demander de l’aider à sa belle-fille. Cela n’est possible qu’au premier degré.

Rq : Il n’y a pas d’obligation alimentaire

* Entre collatéraux, c’est-à-dire les personnes qui n’ont pas de lien de parenté en ligne direct (frère, sœurs).
* Il n’y a pas non plus d’obligation entre un conjoint et les enfants de son épouse et ce même si le beau-père ou la belle-mère s’est occupé de l’enfant en question.
* L’obligation alimentaire n’existe pas non plus entre partenaire de PACS.

Principe de réciprocité : celui qui est débiteur d’une pension alimentaire peut être à son tour créancier (Art 207 CC). Un créancier peut perdre le droit au bénéfice de la pension alimentaire « s’il a manqué gravement à ses obligation envers le débiteur » art 107 al.2. Ex : Un père qui ne s’est jamais occupé de son enfant ne peut recevoir une pension alimentaire de sa part.

Condition de la pension alimentaire :

* La personne doit être dans le besoin
* Celui auquel la pension est réclamée doit disposer de moyens suffisants. La pension alimentaire peut être demandée à le quelconque de ses enfants (belle-fille comme fils)

La CK décide qu’il n’y a pas de hiérarchie entre les codébiteurs. Il existe l’état de subsidiarité. Il y a des personnes à qui il faut demander en premier : une personne marié doit d’abord demander à son conjoint avant de solliciter ses propres parents : les parents sont des débiteurs subsidiaires. Un enfant doit demander des aliments tout d’abord à ses parents avant ses grands-parents. Enfin, l’enfant qui fait l’objet d’une adoption simple s’adresse en premier a ses parents adoptifs.

*« Aliments ne s’arréragent pas »*: le créancier ne peut pas réclamer les arriérés d’une pension alimentaire. La créance alimentaire n’existe qu’à propos de la demande qui est faite en justice.

Pourquoi refuse-t-on au créancier un arriéré ?

* Lorsque la demande est tardive, ce qui montre que la personne n’est pas vraiment dans le besoin. Le créancier peut renverser une présomption simple s’il apporte la preuve du contraire.
* Lorsque la personne est dans l’impossibilité d’agir.

La présomption ne s’applique pas si le créancier avait auparavant eu une décision de condamnation du débiteur.

* La règle ne s’applique pas si la pension qui est due l’est au titre d’entretien et d’éducation d’un enfant.

C’est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour les pensions alimentaires.

**Chapitre 1 : Le couple**

Le code Napoléon ne traite que du mariage qui ne peut être rompu librement.

**Thème 1 : Le couple marié :**

**A/ Les fiançailles**

C’est la promesse de s’unir plus tard par les liens du mariage. Autrefois c’était une tradition religieuse et familiale. Aujourd’hui, les fiançailles sont en déclin.

*Quelle est la valeur juridique des fiançailles ?*

1. La valeur juridique des fiançailles

En droit romain, les fiançailles n’avaient aucune valeur juridique. Avec l’influence du christianisme, les fiançailles ont valeur obligatoire. Le Moyen-Age est dominé par la religiosité et a hérité de cette obligation des fiançailles. La Révolution française a donné un coup de balai : les fiançailles sont dépourvues de toute valeur obligatoire. En 1838, la CK a décidé pour la 1ère fois que la promesse de mariage doit être considérée comme nulle en soit, portant atteinte à la liberté illimitée existant avant le mariage.

1. Conséquences liées à la rupture des fiançailles

* **Responsabilité de l’auteur de la rupture**: Chacun peut rompre à tout moment la promesse de mariage. La CK a pu souligner à plusieurs reprises que la rupture des fiançailles ne peut engager la responsabilité de son auteur que si elle s’accompagne d’une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. La CK a également pu souligner que la rupture d’une promesse de mariage n’est pas à elle seule génératrice de dommages et intérêts.

Il peut arriver que l’auteur de la rupture engage la responsabilité. C’est le cas si la rupture est abusive : c’est ce qu’on appelle la faute par abus de droit 🡪 tout en exerçant le droit, on peut causer un tort à une personne par sa faute. La personne victime d’un préjudice peut alors obtenir des indemnités.

Arrêt Bouvier en 1838 a précisé que l’action en dommages et intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage mais dans le fait du préjudice causé… Art 1382 du CC.

3 conditions doivent être réunies pour considérer que l’auteur de la rupture doit des indemnités :

* Il doit avoir commis une faute
* La victime de la rupture doit avoir subis un préjudice.
* Il doit exister un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

*Concrètement, quand la rupture est-elle abusive ?*

La faute qui caractérise la rupture abusive est généralement déduite du comportement injurieux, brutal ou inconvenant de l’auteur de la rupture. Soit du fait que l’auteur de la rupture ne justifie d’aucun motif justifié. Ex : Le fiancé le jour du mariage ne se présente pas le jour du mariage : comportement injurieux. Ou encore séparation 4 jours avant. Egalement en apprenant la grossesse de sa fiancée, le fiancé décide de rompre : motif non légitime de rupture.

La faute réparable :

* Economique : la famille de la personne délaissée se plaint d’avoir engagée des frais important qui doivent être réparés. Si la fiancée délaissée est enceinte, il y a un préjudice économique pour l’enfant à venir. Ou encore si la fiancée délaissée a délaissé son emploi pour se rapprocher de son fiancé.
* Préjudice morale : dès lors que la victime a souffert, qu’elle a été humiliée.
* **Sort des libéralités**: La question est de savoir si le fiancé donateur peut récupérer des cadeaux fait à la suite des fiançailles, en vue du mariage ?

La bague de fiançailles : Auparavant, bague en fer, puis qui devient une bague en diamant, symbole de fidélité (non friable).

Toutes donations faites en vue du mariage sont caducs. Toutefois, la jurisprudence n’applique pas toujours ce principe de jurisprudence. La règle s’appliquera aux cadeaux d’une valeur importante selon les moyens du donateur. Cette règle sera écartée si le donateur a commis une faute.

Cependant il est possible de récupérer l’objet lorsqu’il s’agit d’un objet de famille, de valeur. Arrêt de Laroche Foucault 1961 : Divorce prononcé entre le mari et son épouse, qui avait reçu un bijou de grande valeur appartenant à l’illustre famille. A partir de divorce, la famille a voulu récupérer le bijou. La CK le 20 juin 1961 a ordonné la restitution.

Au contraire, il existe le principe de conservation : lorsque l’on considère que l’objet en question est un présent, le donataire peut garder l’objet en question. Ce principe de conservation s’applique même si le donataire est responsable de la rupture.

Comment définir un cadeau d’usage : c’est celui qui est fait par coutume pour célébrer un évènement marquant de la vie (anniversaire, baptême, communion, naissance…). Si la valeur de l’objet n’est pas excessive, il ne doit pas être rendu.

**B/ La formation du mariage**

Loi du 17 mai 2013 autorise le mariage homosexuel, révision de la définition du mariage. *« Le mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Le mariage peut être considéré comme solennel. C’est un acte par lequel deux personnes de sexe différents ou de même sexe établissent une union sanctionné par la loi civile. Union dont rupture ne peut être obtenue que dans des conditions déterminées ».*

Le mariage est un contrat, il ne peut exister sans échange de volonté. C’est un contrat à durée indéterminée. Certes, le mariage est un contrat. Mais l’analyse contractuelle n’est pas suffisante. Lorsqu’il y a simple contrat, il s’agit de parties aux contrats qui fixent les règles du contrat. Hors, en matière de mariage, ça n’est pas le cas. Le mariage est sanctionné par la loi civile. C’est un acte juridique mais aussi une institution. **Le mariage est à la fois contrat et institution.**

Dans le droit romain antique, le mariage était un simple contrat sans aspect institutionnel. Le mari et la femme devait présenter leurs vœux. Lorsque l’un des deux époux décidait de ne plus poursuivre la relation maritale, le mariage s’arrêtait. Avec le christianisme, la vision se modifie. Le mariage passe sous l’emprise religieuse, catholique. Le mariage devait obligatoirement être sanctifié par un prêtre.

A partir de la Révolution, la conception du mariage est modifiée à nouveau. Une césure est faite entre le mariage religieux et le mariage civil. Le mariage civil est le seul reconnu en France, il précède toujours le mariage religieux.

La CEDH n’impose pas au Etats européens de reconnaitre le mariage religieux.

Le mariage est aujourd’hui appréhendé aussi bien en droit français qu’en droit international. C’est un droit fondamental. Le conseil Constitutionnel a décidé que le droit de se marier était un droit garanti par la Constitution.

La CEDH prévoit le droit au mariage et de fonder une famille. Elle n’hésite pas à condamner certains Etats pour violation de ce droit. Condamnation de la Pologne car elle avait interdit un prisonnier de se marier (2010). En 2010, le Royaume-Uni refuse le mariage avec un nigérian 🡪 négation au droit du mariage. Arrêt Goodwin : le Royaume-Uni refuse à une transsexuelle de se marier. La CEDH ne condamne pas les pays qui refusent le mariage homosexuel.

1. Conditions de fond
2. Condition d’ordre biologique

Ne concerne que l’âge des futurs époux. Depuis 2013, il n’y a plus de condition relative au sexe des futurs époux. Aujourd’hui, il est possible de célébrer le mariage d’une personne défunte.

* **L’âge des futurs époux :**

Autrefois, une jeune fille pouvait se marier dès l’âge de 15 ans. Depuis 2006, garçons comme filles doivent avoir 18 ans révolus pour pouvoir se marier (Art 144 du CC). Une dérogation est prévue à l’art 145 : toutefois, une dispense d’âge peut être accordée sous certaines réserves par le procureur de la république. La dérogation ne peut être accordée que pour des motifs graves tels que la grossesse. La jeune fille peut obtenir cette dérogation à condition qu’au moins un des deux parents soit d’accord. Le mariage a pour effet d’émanciper automatiquement 🡪 L’autorité parentale cesse.

* **L’altérité de sexe n’est plus une condition :**

L’ancien art 144 disposait : *« l’homme et la femme ne peuvent contracter le mariage avant 18 ans révolus ».* La jurisprudence décidait donc que le mariage était entre un homme et une femme. Arrêt des mariés de Bègles le 27 juillet 2004 mariage entre homosexuel : passage en CA à Bordeaux puis en CK, décision conforme de la jurisprudence, mariage nul.

Aujourd’hui, le mariage est autorisé aux personnes de même sexe. La France est le 9ème pays à ouvrir le mariage aux homosexuels.

*Un maire peut-il refuser le marier deux personnes de même sexe ?* Le ministre de l’intérieur a créé une circulaire à son nom : circulaire Valls du 13 juin 2013 : est venu rappeler aux maires que le refus de célébrer le mariage de couples homosexuels constituerait une voie de fait et pourrait être poursuivi. Cela peut mener à des poursuites pénales pour discrimination, il peut de plus être suspendu de ses fonctions et devoir des dommages et intérêts. Le 8 octobre 2013, la circulaire est dites conforme à la constitution.

La CK permet aux transsexuels d’obtenir la rectification de leur état civil.

*Lorsqu’une personne transsexuelle dont l’état civil a été modifiée, peut-elle se marier à une personne de son sexe initial ?* La personne peut contracter mariage 🡪 arrêt Goodwin.

Le mariage d’un transsexuel qui obtient au cours de son mariage son changement d’état civil : Le mariage devenait avant caduc. Depuis la loi de juillet 2013, le mariage reste valable.

* **Absence de condition relative à l’état de santé** :

En droit positif, existe une condition : une personne atteinte d’une grave maladie ou d’une tare héréditaire peuvent se marier. Autrefois, la loi imposait un certificat de santé afin de prévenir le futur époux. Depuis loi du 30 décembre 2007, ce certificat a été supprimé.

Néanmoins, le fait de transmettre consciemment une MST est réprimé pénalement (art 222-15 prévoit sanctions : peine d’emprisonnement ou amende). A 2 reprises, chambre criminelle de la CK ont condamné des hommes : 2006 : 6 ans de prison.

Dans la mesure où la bonne santé n’est pas une condition du mariage, la loi permet le mariage entre une personne et une autre dont le décès est imminent. (Art 75 al.2 du CC). La condition du mariage est que la personne puisse montrer son consentement lucide déduit de l’attitude du mourant durant la cérémonie. Le mariage In extremis avait été admis au Moyen-Age en droit français dans le but de légitimer un enfant né ou à naitre. Le code Napoléon reprend cette tradition.

Art 75 du CC prévoit que par exception à la règle selon laquelle le mariage est célébré en mairie, il peut être célébrer hors mairie : au domicile du mourant, à l’hôpital. Dans ce cas, une autorisation du procureur de la République doit être demandée. Si la mort est imminente (accident grave du travail), dans ces conditions, l’autorisation du procureur de la république est dispensé. Il peut y avoir fraude en utilisant le mariage in extremis en pension de réversion (pension lorsque l’un des mariés décède). Autrefois, la loi imposait que le couple ait vécu pendant une certaine durée ensemble avant un mariage in extremis. Aujourd’hui il y a des conditions d’âge (55 ans au moins) et les ressources calculées au cas par cas.

Mariage posthume : possibilité pour une personne en vie de demander le mariage avec une personne défunte. Institution de 1957 et créée en faveur des marins et soldats afin de légitimer les enfants nés ou à naitre hors mariage. Depuis 1959, cette institution est généralisée et ouverte à tous (Art 171 du CC, loi du 31 décembre 1959). Cette article prévoit que pour motif grave on peut autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l’un des futurs époux qu’une réunion suffisante de fait établit sans équivoque son consentement. 3 conditions suffisantes d’après art 171 :

* Obtention d’une autorisation des services du président de la République : envoi d’une lettre qui est transmise à la chancellerie qui transmet le dossier pour instruction au TGI puis la chancellerie va transmettre un rapport au président de la République
* Prouver l’existence de motifs graves : attente d’un enfant, volonté d’assurer l’avenir matériel d’un enfant à naitre ou encore circonstances particulières du décès. 2012, affaire Mohamed Merah : Parachutiste tué, sa femme attendait un enfant, elle a demandé le mariage, il a été accepté.
* Prouver le consentement au mariage du défunt avant le décès.

La preuve de ce mariage peut concrètement être prouvé que si les bancs a été publié. Le témoignage n’est pas suffisant. Le président de la République apprécie souverainement s’il y a consentement ou non. En cas de contestation de la famille suite à acceptation du président, le juge judiciaire sera saisi mais ne peut pas remettre en cause l’autorisation délivrée par le chef de l’Etat mais le juge judiciaire peut vérifier si les formalités judiciaires ont été accomplis. Peut également vérifier si consentement du défunt a persisté jusqu’à son décès.

Ex : 1ère chambre civile, CK le 28 février 2006 : consentement n’avait pas persisté : mariage annulé.

Effet du mariage post mortem : Le mariage rétroagit à une date antérieure au décès : on considère que mariage est célébré la veille du décès (art 171 al. 2). Ce mariage produit des effets personnels entre époux mais également des effets patrimoniaux.

* Effets personnels : conjoint survivant pourra porter le nom du défunt en nom d’usage. Il entre dans la famille du défunt par le lien d’alliance et est tenu des empêchements à mariage qui découle du lien d’alliance.
* Effet pécuniers/patrimoniaux : la loi a voulu limiter les effets patrimoniaux pour limiter les fraudes (art 171 al.3) 🡪 Le mariage posthume ne permet pas à l’époux en vie de bénéficier des droit habituels d’un conjoint survivant :
  + Liquidation du régime patrimonial
  + Octroi de droits successoraux, le conjoint n’aura pas de droit sur ces biens.

Néanmoins, le conjoint peut bénéficier de certains droits sociaux tels que la pension de réversion ou allocation de veuvage sur une durée qui ne peut pas excéder 2 ans avec maximum 600€ par mois. Il y a également le capital décès versé par la caisse primaire d’assurance maladie si le conjoint cotisait. Le conjoint survivant peut également bénéficier d’une donation ou d’une disposition testamentaire : le défunt avait rédigé son testament et exige expressément certaines dispositions. Le conjoint survivant va échapper à la taxe de 60% sur les donations exigé hors mariage par l’Etat.

Aujourd’hui la doctrine critique de plus en plus le mariage posthume. Elles sont critiquées car le maintien de cette institution est jugé inutile : autrefois cela ne servait que pour les enfants nés ou à naitre. (D’après le CC, les termes d’enfant naturel et légitime n’existent plus). De plus, il est inutile de conserver le mariage posthume alors qu’aujourd’hui on peut annuler un mariage pour défaut d’attentions matrimoniales 🡪 Ne veulent pas vivre une vraie vie matrimoniale, si conjoint décédé, absence de vie matrimoniale. Enfin, le mariage posthume serait inspiré par les avantages matériels tels que la pension de réversion.

1. Conditions tenant au consentement :

Art 146 CC : il n’y a pas de mariage s’il n’y a pas de consentement : il faut exprimer une volonté réelle mais aussi un consentement non vicié. Pour personnes vulnérables, il faudra une autorisation, leur consentement n’est pas suffisant.

* **Nécessité d’une volonté réelle :**

Consentement donné en toute lucidité, pas sous l’empire de troubles mentales, de l’ivresse ou de l’hypnose et si le consentement n’est pas stimulé. Si la personne n’est pas présente physiquement, le mariage est fictif.

**L’exigence d’un consentement conscient** : art 414-1 CC. Pour faire un acte valable, il faut être sein d’esprit, par conséquent, la présence d’un trouve mental lors de la cérémonie entraine la nullité absolue du mariage. Celui qui a la charge de la preuve est celui qui conteste le mariage (art 1315) : il doit prouver l’instabilité d’esprit. S’il ne peut prouver, il sera débouté. L’appréciation de la preuve relève de l’appréciation des juges du fond. Il ne suffit pas d’invoquer l’état habituel de l’époux car cela ne résume pas l’impossibilité d’exprimer à tel ou tel moment sa volonté de manière réelle 🡪 CK, 1ère ch civile 29 janvier 1975.

**L’exigence d’une intention matrimoniale :** chacun des époux doit être animé par une intention matrimoniale : volonté de se conformer aux devoirs et finalités du mariage. Faute de quoi, le mariage sera annulé pour défaut de consentement d’après l’art 146 du CC. La nullité peut être demandée pendant 30 ans après la prononciation du mariage (art 184).

Par intention matrimonial, il faut entendre une notion floue que la jurisprudence ne sait pas définir avec précision : elle est définit par la volonté de respecter les effets/devoirs légaux du mariage : fidélité, secours et assistance… La première finalité du mariage est la finalité procréative : fonder une famille, avoir des enfants. Peut également amener à l’entraide familiale. Hors, il n’est pas facile de déterminer avec précision quelles sont toutes les finalités du mariage. On peut se demander si l’intention matrimoniale impose non seulement le respect des devoirs mais aussi de se conformer à toutes les finalités du mariage (il est possible de se marier sans avoir d’enfants). Jusqu’à présent, la jurisprudence n’a jamais répondu à la question de savoir ce qu’est l’absence d’intention matrimoniale : cela se fait au cas par cas.

Selon la CK, il y a défaut d’intention matrimonial si le mariage n’a qu’un but étranger à l’institution du mariage, autrement dit, il y a défaut si la finalité exclusive est d’obtenir ou de consentir à un avantage matériel quelconque sans assumer les effets légaux du mariage.

Ex :

* Le mariage qui a pour seul but d’obtenir la nationalité française 🡪 la volonté ici de l’époux n’est pas d’assumer les effets du mariage
* Le but est seulement d’obtenir des droits successoraux en cas de décès.
* 12 nov 1998 CK : une femme accepte de se marier dans l’intention d’obtenir un titre de séjour en France : pas une preuve suffisante d’un défaut d’intention du mariage car communauté de vie a existé 🡪 Le mariage, sur le fondement de l’art 146 ne doit pas être annulé s’il n’est pas fait dans un but totalement étranger aux effets légaux.

2 situations à distinguer :

* si l’un des époux ou les 2 n’ont eu en vue que des avantages étrangers au mariage : nullité absolue. Art 146 pour agir en justice contre le mariage.
* S’il n’y a pas de défaut d’intention matrimonial, si les époux ont eu en vue l’un des but essentiel du mariage, autrefois cela pouvait être la légitimation d’un enfant hors mariage, le mariage est valable. Il n’y a pas lieu d’annuler si les époux respectent l’un des effets du mariage.

3 difficultés pour définir défaut d’intention de mariage :

* Si deux personnes se marient seulement pour aide et assistance, se dispensant d’autre devoir légaux du mariage (fidélité, fonder une famille) 🡪 Mariage nul pour défaut d’intention matrimoniale ? CA de Caen arrêt 11 janvier 2007 estime que le mariage n’est pas étranger au but de l’institution : pas de raison d’annuler le mariage. La CA d’Aix en Provence en 2010, un homme malade qui épouse une femme pour du soutien. Cette CA dit qu’il y a absence de volonté matrimoniale : mariage annulé.
* Lorsqu’il y a défaut d’intention matrimonial, le critère est la recherche d’un avantage matériel. Peut-on considérer qu’il y a défaut d’intention matrimonial lorsque l’avantage recherché est autre que matériel ?
* Il est de savoir si on peut prendre ne compte des éléments postérieurs au mariage pour prouver le défaut d’intention matrimonial 🡪 CK : la réponse est oui : le fait qu’il ait existé une communauté de vie avant la célébration du mariage approuve le mariage. Certains juges du fond considèrent qu’on ne doit pas prendre en compte des éléments postérieurs car c’est au moment du mariage seulement qui faut observer s’il y a ou non défaut de consentement.

**Exigence de comparution personnelle :** art 146-1, loi du 24 août 1993 : dit que le mariage d’un français, même à l’étranger, requière la présence. Si l’un des époux n’est pas personnellement présent, s’il est représenté, le droit positif français présume que le mariage est fictif. De même, le mariage célébré à l’étranger entre un étranger et un français, ce mariage sera nul en France (décision 1ère ch civile CK 28 mars 2006). Décision introduite en France en 1993 : éviter l’entrée en France d’étrangers après un mariage à l’étranger.

Inconvénient : mariage « boiteux » 🡪 nul en France mais valable dans le pays où le mariage est célébré. Locis regit actom : acte régit par la loi à l’endroit où l’acte a été fait.

Exception : militaires et marins sous période de guerre.

* **Nécessité d’un consentement non vicié**

L’est si celui qui l’exprime ne s’est pas trompé ou encore qu’il n’a pas encore été trompé (dol). Il existe 3 consentements : erreur, dol et violence. En matière de mariage il n’y en a que deux : l’erreur (fausse représentation de la réalité) et violence (pression exercée sur une personne.

**L’erreur :** Prévu à art 180 al.2 🡪 Prévoit que l’un des époux peut demander la nullité du mariage s’il y a erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne.

* Erreurs dans la personne : erreur sur l’identité physique du futur conjoint. Vise également sur l’erreur de l’identité civile du conjoint : conception moins étroite qui suppose que le futur conjoint en personne ait commis une usurpation d’identité ou encore en fournissant un faux état civil, se faisant appartenir à telle ou telle famille 🡪 peu de cas où le droit sanctionne une telle erreur. Cette conception parait dépassée, présente l’inconvénient d’exclure la sanction d’erreur commise sur tout autre aspect. Ex : erreur qui porterait sur intégrité morale, judiciaire, erreur sur capacités procréatives du conjoint. Arrêt Berthon 1862 : CK refuse à une femme possibilité d’obtenir l’annulation de son mariage alors qu’elle invoquait une erreur sur l’intégrité judiciaire de son conjoint condamné pour complicité d’assassinat. A partir des années 1940, les juges du fond ont accueilli l’erreur plus largement et ont accepté d’annuler des mariages 🡪 annulation sur l’erreur d’honorabilité, sur la santé mentale, une femme qui ignore la stérilité de son mari… En 1975, l’art180 est modifié face à la loi du 11 juillet 1975 : il a été ajouté l’erreur sur les qualités essentielles.
* Erreur sur les qualités essentielles du conjoint : on entend par là une erreur portant sur une qualité déterminante du consentement : l’erreur sans laquelle le mariage n’aurait pas été contracté. Ex : Si Mme.X savait que telle qualité faisait défaut, elle n’aurait jamais épousé M.Y. Ce mariage sera annulé sous réserve de la qualité invoqué doit être compatible avec le système de valeurs de la société : un homme ne peut pas invoquer une erreur sur l’origine sociale de son épouse. Comment apprécier le caractère essentielle de l’erreur invoqué. 2 voies d’interprétation possible :
  + Conception objective ou abstraite : consiste à rechercher des qualités que toute personne peut attendre raisonnablement de son conjoint compte tenu de l’état général des mœurs dans la société.
  + Conception concrète : Consiste à prendre en compte des qualités particulières attendues par le conjoint : invoque une erreur sur ses convictions religieuses.

La jurisprudence décide qu’il y a lieu de prononcer la nullité demandé par l’époux qui ignorait la stérilité de son conjoint ou encore si l’époux ignorait l’aliénation mentale de son conjoint. De même si l’on ignorait la séropositivité de son conjoint. Si le conjoint ignorait la qualité d’ancienne prostituée de l’épouse ou ignorance du défaut d’intention matrimonial de son conjoint. Possible si non consommation du mariage, abandon du foyer conjugal, défaut de contribution au charge du mariage.

Il a été jugé que le fait pour un homme d’avoir caché à son épouse qu’il avait contracté un 1er mariage religieux et qu’il était divorcé avait entrainé pour elle une erreur déterminante de son consentement, étant catholique et souhaitant contracter un mariage religieux. 2 décembre 1997, 1ère ch civile CK décide d’annuler le mariage.

Egalement jugé que le mensonge relatif à la virginité de l’épouse pouvait être invoqué pour nullité du mariage : TGI Lille le 1er avril 2008. CA de Douai confirme jugement de Lille : virginité n’est pas une qualité essentielle.

L’appréciation du caractère déterminant d’une erreur doit se faire objectivement au regard de ce qui parait essentielle aux yeux de l’opinion publique, mais sans exclure une part de données subjective. Il sera plus facile de rapporter la preuve d’une erreur sur une qualité essentielle s’il s’agit d’une qualité considérée objectivement.

* Qui peut invoquer la nullité pour erreur : Seulement par les époux par une action qui est attaché à sa personne, donc intransmissible. Toutefois l’action peut être exercée par les héritiers si l’époux demandeur a introduit l’action avant son décès. Depuis loi du 4 avril 2006, l’action peut également théoriquement être exercée par le ministère public (procureur général). En réalité, ne l’exerce que s’il s’agit de violence.

**La violence :** Se définit comme une contrainte exercée sur une personne : l’un des deux époux ou les 2 pour obtenir leurs consentements. Art 180 prévoit cette circonstance et prévoit l’action en nullité si le consentement n’est pas libre. L’acte de violence doit être déterminant du consentement 🡪 sans une menace ou contrainte, les époux n’auraient pas acceptés. CA Bastia 1969 : nullité de mariage pour violence : menace de mort de la famille de la mariée. Aujourd’hui, seulement une 12aine de décision de 1989 à 2005. Art 180 CC modifié par loi du 4 avril 2006 : texte prévoit que l’exercice d’une contrainte sur les époux ou sur l’un d’eux y compris par crainte révérencielle (par un parent) constitue un cas de nullité du mariage.

Violence mène à nullité relative si époux victime de la contrainte.

* **Nécessité d’un autorisation pour les personnes vulnérables.**

Le consentement d’une personne vulnérable qui veut se marier n’est pas suffisant. Ce mariage doit être autorisé (mineurs et majeurs protégés).

* Mineurs : une personne qui a moins de 18 ans ne peut se marier sans dispense du procureur de la République et le consentement de leurs pères et mères (art 148) même s’il est émancipé. 2 exception ou un mineur n’est pas détaché de son majeur : mariage et adoption (art 413-6). Loi 4 avril 2006, autorisation parentale concerne garçons comme filles. En cas de désaccord entre les parents, l’autorisation d’un seul est suffisante. Si les deux parents sont décédés ; l’autorisation doit être donnée par un ascendant (grand parent 🡪 Art 150). S’il n’y a pas d’ascendants, le mineur est en tutelle, c’est donc le conseil de famille qui décide (art 159). La décision des parents, ascendants est discrétionnaire : la décision n’a pas à être motivée, le mineur ne peut aller en justice.
* Majeurs protégés : le mariage d’un majeur vulnérable est possible à condition qu’il puisse exprimer un consentement lucide, mais non suffisant, il fait une autorisation. Pour les majeurs en tutelle, autorisation donnée par le juge des tutelles. Le juge peut recueillir l’avis de la famille et une audition des futurs époux. Pour les majeurs en curatelle, l’autorisation, le consentement du curateur doit être recueilli. Le juge des tutelles peut également être sollicité.

Remarque :

* Décision du juge des tutelles, s’il y a refus est susceptible de recours devant la CA dans les 15 jours qui suivent.
* Avant loi du 4 mars 2007 : le conjoint du majeur protégé devenait automatiquement tuteur ou curateur. Avant 1975, le conjoint ne pouvait pas facilement obtenir le divorce. Depuis 2007, juge désigne curateur ou tuteur, conjoint ne le devient plus automatiquement.

1. Les conditions d’ordre sociologique

* **Le mariage ne doit pas être incestueux :**

Inceste quand relations sexuelles entre personnes dont le degré de parenté ou encore les liens d’alliance interdit le mariage. Selon de grands scientifiques (Freud), l’inceste serait un tabou universel. Aujourd’hui, dans le droit positif français, l’inceste est interdite (art 161 et suiv). Interdiction repose sur raisons morales et eugéniques : améliorer l’espèce humaine. Empêchement à mariage absolus ou susceptibles de dispenses.

* Empêchement à mariage absolu : 3 types
  + Ceux qui existent de la parenté en ligne directe, quel que soit le degré entre ascendants et descendants (art 161) 🡪 père et fille, grand père petite fille…
  + Parenté en ligne collatéral : art 162 : une tante avec sa nièce, un frère avec sa sœur ou son frère.
  + Alliance en ligne direct : lorsque celui qui a créé le lien d’alliance est toujours en vie (art 161) : beau père ne peut pas épouser sa belle-fille tant que son fils est en vie.
* Empêchement susceptibles de dispenses
* **Le mariage ne doit pas être polygamique :**

1. Conditions de forme :
2. Les formalités prénuptiales

* **La remise de certaines pièces**
* **L’audition éventuelle des futurs époux**
* **La publicité du projet de mariage**

1. La célébration du mariage

* **Les oppositions à mariage**
* Opposition familiale
* Opposition du ministère public
* **La cérémonie**
* **Mariages célébrés à l’étranger**

**C/ La nullité du mariage : sanction des conditions**

1. Les différentes causes de nullité

* **Causes de nullité relative et régime applicable**
* Vice du consentement
* Défaut d’autorisation du mariage
* **Causes de nullité absolue et régime applicable**
* Non-respect d’une condition de fond
* Non-respect d’une condition de forme
* Régime de la nullité absolue

1. Les effets de la nullité

* **Le principe : l’annulation rétroactive du mariage**
* **Atténuation du principe : le mariage putatif**

Effets du mariage putatif (ne joue que dans rapports entre époux) : Il est nul mais n’efface pas tout à fait les effets du mariage pour l’époux ou les époux qui sont de bonne foi (art 201) : la nullité opèrera dans ce cas comme un divorce. Les effets produits par le mariage avant l’annulation sont maintenu :

* empêchement à mariage maintenu.
* Avantages nés du contrat de mariage ou du régime matrimonial : maintenu par contrat
* Droit successoraux du conjoint décédé à condition que le conjoint soit décédé avant l’annulation du mariage.

Si seul un des deux conjoints est de bonne foi, c’est lui seul qui conservera les avantages du mariage. Ex : épouse de bonne foi peut continuer de porter le nom de son ex-mari, percevoir une prestation compensatoire (en cas de divorce) afin de compenser la disparité de niveau de vie créée par la rupture. En outre de la prestation compensatoire, le conjoint peut obtenir des dommages et intérêts (art 266 ou 1382).

Une femme qui ignorait que son conjoint était déjà marié peut demander la liquidation et le partage du régime matrimonial : dispositions qui s’appliquent aux biens des époux

Enfin, le conjoint pourra faire valoir des droits successoraux ou sociaux (pension de réversion).

Les cas d’annulation de mariage sont assez rares (700 à 800) contre 200.000 divorces par an. Les demandes d’annulations proviennent principalement du ministère public pour mariage de complaisance (simulé, blanc)

Cas d’annulation :

* 1er : absence de consentement
* 2ème: bigamie
* Comparution personnelle
* Erreur sur les qualités essentielles de la personne.

1. Les effets du mariage entre époux

Le mariage engendre sur le plan personnel un certain nombre de devoir réciproque. En outre, mène à des obligations pécuniaires et enfin, nous verrons les autres aspects relatifs au mariage.

* **Les obligations d’ordre personnel (art 212 à 215)**

Ces textes imposent une communauté de vie, une assistance, un respect. De plus, il y a une obligation de codirection (s’occuper ensemble de la direction de la famille 🡪 Art 213)

* Le devoir de fidélité

Il suppose art 212 que l’un ou l’autre des époux n’entretiennent pas de relation amoureuse avec un tiers. Forme la plus grave : adultère : commerce sexuel consommé avec un tiers.

Existe également infidélité morale : échange de message, fait d’aller dans une agence matrimoniale : faute civile susceptible de 2 sanctions :

* Divorce pour faute
* Condamnation éventuelle de l’époux infidèle à son conjoint (art 266 ou 1382).

Aujourd’hui on constate que la portée de l’obligation de fidélité a diminué suite à l’évolution des mœurs.

* Depuis 1ère réforme de divorce (1975) : adultère n’est plus une infraction pénale ni une cause péremptoire de divorce : le juge n’est plus obligé de prononcer le divorce pour adultère.
* Depuis 1999, la CK décide qu’un époux peut valablement consentir une libéralité à sa maitresse et ce même en vue de maintenir la relation adultère. Avant 1999, la jurisprudence annulait de telles libéralités.
* En 2001, la CK a jugé que le seul fait d’entretenir une liaison avec une personne marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l’égard du conjoint victime. Cependant, si la conjointe avait pour intention de nuire ou si elle a utilisé des manœuvres pour détourner l’époux de son épouse, il faut y avoir des sanctions. Le seul fait de connaitre le mariage et les personnes mariées ne constitue pas de sanction
* Arrêt de la CK 2011 : un homme en instance de divorce peut librement conclure un contrat de courtage avec une agence présentant des rencontres en vue d’un futur mariage.
* Lorsque 2 époux sont en instance de divorce, ces 2 époux se mettent d’accord pour contractualiser la dispense de fidélité.
* Le devoir d’assistance

Art 212 : soutien au conjoint autre que matériel : soutien moral en période de difficulté : soin en période de maladie, aide si conjoint infirme. Une courtoisie et un respect doit exister. Quand les époux se séparent, il est inclut le devoir de secours : versement d’une pension alimentaire à l’époux qui est dans le besoin.

* Le devoir de respect

Introduit dans le CC le 4 avril 2006 : lutter contre les violences conjugales. Autrefois, la jurisprudence sanctionnait ce devoir pour violation aux devoirs et obligations. Art212 : notion de respect intégrée. Cela impose aux époux de ne pas porter atteinte

* A l’intégrité physique : actes de violence.
* A l’intégrité morale par des actes de diffamation ou de dénonciation. Diffamation : dévoiler un acte contradictoire à la réputation de la personne. Egalement tenir des propos injurieux à l’égard d’une personne. CK en 2002 : Le fait pour une épouse de demander avec insistance à un juge des tutelles de placer son mari sous un régime de protection sous prétexte qu’il était atteint d’une aliénation mentale est un acte injurieux.
* A des obligations dites implicites : obligation de sincérité : le fait de dissimuler un acte important à son conjoint est contraire à l’obligation de sincérité. Ex : Une femme qui cache son état de grossesse.
* Au devoir de loyauté : Ex : une femme assiste son mari dans son fonds de commerce et suite à un malentendu, la femme créée un fonds de commerce pour faire concurrence à son mari.
* Le devoir de communauté de vie

Art 215 : les époux s’obligent mutuellement à une communauté de vie. Pour doctrine, double contenu : devoir conjugal et de cohabitation.

* Devoir conjugal : obligation pour chaque époux d’entretenir des relations charnelles avec son conjoint. Il est possible de prononcer le divorce pour absence de devoir conjugal. Autre que le divorce : des dommages et intérêts peuvent être demandés. CA d’Aix en Provence en 2011 : mari condamné à 10.000€ de dommages et intérêts suite à l’absence de relation sexuelles critiqué par sa femme. Depuis 1990, le viol entre époux est considéré. Art 222-22 CP : le consentement sexuel des époux n’est plus sous-entendu dans le mariage.
* Devoir de cohabitation : oblige les époux à vivre sous le même toit : développer des liens affectifs, intellectuels et partager la vie familiale. Depuis 1975, compte tenu du fait que les deux époux travaillent, cette obligation est assouplie. Les époux peuvent temporairement avoir un domicile distinct. La CK en 2014, 1ère ch civile : pour des motifs d’ordre professionnel, les époux peuvent avoir un domicile distinct sans qu’il soit porté atteinte à la communauté de vie. En général, le manquement à cette obligation mène au prononcé du divorce. Précautions pour éviter d’être fautif pour abandon de domicile : celui qui quitte le domicile conjugal peut poser une déclaration en main courante en police ou gendarmerie. Dans cette déclaration, la personne doit préciser qu’elle doit quitter le domicile conjugal contre son gré. Possibilité de rédiger un pacte de séparation amiable rédigé par l’avocat commun pour mener à un divorce en consentement commun. Il est également possible d’attendre la 1ère audience devant le JAF qui autorisera les époux à vivre séparément.
* **Obligation d’ordre pécuniaire :**
* Obligation de contribuer aux charges du mariage : Les charges du mariage sont constitué par l’ensemble des dépenses et intérêts communs : famille, dépense d’entretien, d’éducation des enfants : art 220 CC. Ne se limite pas aux seules dépenses vitales, également aux dépenses d’agrément : nourriture, vêtement, santé, eau, électricité, frais de logement, impôts locaux. S’étendent aux dépenses d’agrément : vacances, acquisition d’une maison secondaire. N’entrent pas les dépenses à titre personnel : impôt sur le revenu. Cette contribution sert à égaliser les niveaux de vie des époux. L’époux dont le revenu est le plus élevé doit permettre à son conjoint d’arriver à un niveau de vie équivalent.
  + Le degré de participation : chacun des époux doit supporter une part des charges du mariage quel que ce soit le régime matrimonial du couple (art 214). La participation est calculée en fonction des ressources mais cela n’est pas impératif. Loi permet aux couples de régler différemment la question de la contribution. Chacun des époux peut contribuer à la moitié de la participation ou alors ¼ ¾ par exemple. Existe également contribution en nature : conjoint qui reste au foyer : son activité au foyer est une contribution en nature, de même pour une femme que s’occupe de l’enfant en bas âge.

*Que se passe-t-il s’il y a refus de contribution ?*

La question se pose lorsque l’un des époux quitte le foyer familial (pour le loyer, la nourriture). L’autre époux peut saisir le JAF et demander de fixer la contribution du conjoint : art 1070 du CPC. Avocat non obligatoire juge prend décision immédiatement exécutoire.

Si l’époux débiteur est récalcitrant : procédure de paiement direct : s’adresse à un huissier de justice qui procèdera à une saisie entre les mains de l’employeur du débiteur. Ou bien par saisi entre les mains de la banque. On peut récupérer jusqu’à 6 mois d’arriéré 🡪 On n’applique pas la règle « aliment de s’arréragent pas ».

Sanctions pour délit d’abandon de famille : si pendant plus de 2 mois, le débiteur ne fait pas le paiement : art 227-3 du CP : 2 ans d’emprisonnement, 15.000€ d’amende.

* Devoir de secours : se distingue du devoir d’assistance par son aspect pécuniaire. Obligation de fournir à l’autre en cas de besoin ce qui lui était nécessaire pour vivre. Autrefois, l’obligation de secours n’était que l’obligation alimentaire entre époux. Depuis 1975, la contribution aux charges du mariage a un caractère réciproque. La jurisprudence a décidé que le devoir de secours ne devait pas se limiter au strict minimum mais tendre à égaliser les niveaux de vie. C’est pourquoi aujourd’hui le devoir de secours s’est approché des charges du mariage. En somme, il n’y a aujourd’hui plus de différences entre ces 2 termes : assure les dépenses d’entretien du ménage.

Lorsque les époux cohabitent ou sont simplement séparés de fait

Devoir de secours : séparation autorisé par le JAF.

1979 : arrêt 1ère ch civile : CK rejette demande d’une épouse qui avait quitté son mari depuis plus de 30 ans pour aller vivre avec un autre homme.

* La solidarité des époux au titre des dettes du ménage : En matière de dette, la solidarité signifie que le créancier peut réclamer le paiement de la totalité de la dette indifféremment de l’un ou l’autre des codébiteurs. Pour qu’il y ait solidarité passive : pluralité de débiteurs ; Art 220 CC. En raison de l’entraide devant exister au sein du couple, les époux sont solidaires au titre des dépenses pour l’entretien du ménage et l’éducation des enfants. Cette règle s’applique quel que soit le régime de communauté.

En cas d’impayé, le créancier peut saisir les biens communs et les biens et salaires et les biens propres de l’époux qui n’a pas contracté la dette (si régime communautaire).

Champs d’application : pour toutes les dépenses de la vie courante : dette ménagères : contractuelles ou non : factures de soins, frais de scolarité, loyer, assurances… Impôts, assurance maladie, vieillesse sont non contractuelles.

Solidarité ne joue pas pour opérations d’investissement : faite pour construction d’une dépense individuelle. Les dépenses professionnelles ne sont pas des dépenses de la vie courantes. Ex : mari qui agrandit son magasin : on ne peut demander à son épouse 🡪 dette professionnelle.

3 exceptions à l’art 220 : même si la dépense est pour l’entretien du ménage. Solidarité exclue :

* Pour les dépenses manifestement excessives par rapport au train de vie du ménage ou à l’utilité de la dépense
* Ne joue pas pour les achats à tempérament : achats à crédit
* Ne joue pas pour les emprunts sans le consentement du conjoint. Exceptions : Emprunts par dérogations : solidarité admise si la somme empruntée est modeste et nécessaire aux besoins de la vie courante. Loi 17 mars 2014 : Loi Amont : apporte nouvelle condition pour que la solidarité soit admise : si plusieurs emprunts, le montant cumulé ne doit pas être excessif par rapport au train de vie du ménage.

Lorsqu’il y a litige sur la solidarité, qui a la charge de la preuve ?

C’est le tiers (le créancier, le prêteur) qui doit prouver que le prêt consenti est d’une somme modeste. La solidarité joue pendant la durée du mariage y compris lorsque les époux sont séparés de fait et même s’ils sont autorisés à résider séparément. Solidarité ne cesse qu’avec la transcription à l’état civil du jugement prononçant le divorce.

1. Autres aspects :

Autrefois, l’ancien droit français assurait la prééminence de l’homme dans le couple. 2 institutions : la puissance maritale et l’incapacité de la femme mariée : ne pouvait faire aucun acte sans l’autorisation de son mari. Ces institutions ont disparus à partir de 1938 et 1965 🡪 Liberté d’exercer une profession séparée sans l’autorisation de son mari.

* **L’indépendance des époux :**

Indépendance de chacun dans l’accomplissement de certains actes à caractère patrimonial. L’un peu faire des actes patrimoniaux sans le consentement de l’autre. Ces actes :

* Dépenses de la vie courante : art 220 : chacun des époux à le pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l’entretien du ménage et l’éducation des enfants. Chacun peut faire acte conservatoire, de conservation ou même de disposition. Cet article précise que lorsque l’un des époux accompli un acte, l’autre en subit les conséquences.
* Ouverture et utilisation de comptes bancaires : art 221 : chacun des époux peut se faire ouvrir sans le consentement de l’autre tout compte de dépôt
* Actes d’administrations et de dispositions sur des biens meubles détenus individuellement : art 222 : Si l’un des époux se présente seul pour un acte d’administration ou de disposition sur un bien meuble qu’il détient individuellement, il est réputé à l’égard des tiers de bonne foi avoir seul le pouvoir de faire ces actes.
* Exercice d’une activité professionnelle et la libre disposition des biens et salaires : chaque époux peut librement exercer une profession.
* **La sauvegarde des intérêts de la famille :**
* Protection du logement familiale : Art 215 du CC : Les époux ne peuvent pas disposer l’un sans l’autre des droits par lesquels est assuré le logement de la famille ainsi que les meubles meublants dont il est garant. Un époux ne peut prendre l’initiative qui est de nature à exclure son conjoint ou ses enfants du logement familial.

Lorsque le logement appartient au couple ou à l’un des deux, l’un des époux ne peut sans le consentement de l’autre le vendre, le donner en propriété ou usufruit ou d’en faire un apport en société ou de l’affecter en garantie (hypothèque). Enfin, il n’est pas possible de résilier le contrat d’assurance visant à protéger le logement seul 🡪 Même si l’un des époux a quitté l’habitation familiale, qu’il y a instance de divorce.

Deux conjoints Co titulaires du bail : impossible de le louer, sous-loué.

Si non-respect de l’art 215 : acte illicite accompli par le conjoint sans le consentement est nul de nullité relative. L’époux qui n’a pas donné son accord a un an pour agir en nullité à partir du jour où il a eu connaissance de l’acte.

**Droits temporaires :** En cas de décès de l’un des époux : Loi 2001 : conjoint survivant protégé en cas de décès. La loi lui reconnait des droits temporaires sur le logement familial et un droit viager. Si lors du décès le conjoint successible (non divorcé ni séparé de corps) occupe à titre d’habitation principale le logement familial appartenant aux époux ou dépendant de la succession, ce conjoint a le droit de rester un an gratuitement dans le logement avec un droit d’usage du mobilier : art 763 al.1. Si le logement est loué, le conjoint a le droit de faire prendre en charge les loyers par la succession : art 763 al.2.

**Droit optionnel** : viager : conjoint a le droit d’habiter à vie dans le logement familial à vie s’il est non loué : art 764. A condition de manifester cette volonté dans l’année suivant le décès.

* Gestion des biens en période de crise : trois sortes de crises :
  + Epoux hors d’état de manifester sa volonté : absence, aliénation mentale
  + S’oppose à acte sans justification dans l’intérêt de la famille
  + Manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de la famille.

2 mécanismes pour remédier à ses situations :

* + Sauvegarde judiciaire : restreint les pouvoirs de l’un des époux
  + Représentation/ autorisation judiciaire : accroit les pouvoirs des époux.
* Restriction des pouvoirs : Manquement grave à ses devoirs : dilapidation des biens, alcoolisme : s’il y a urgence : art 220-1 prévoit que le juge peut prescrire toutes les mesures qui sont urgentes : mesure de sauvegarde : interdiction de déplacer des meubles, nomination d’un administrateur provisoire.
* Accroitre les pouvoirs de l’autre par représentation et autorisation judiciaire.
  + Représentation judiciaire : lorsqu’un époux est hors d’état d’exprimer sa volonté, art 219 du CC permet au conjoint de saisir le juge du TGI pour le représenter dans tous les actes ou dans certains actes particuliers 🡪 Epouse peut représenter son mari pour faire les actes de sa profession. Elle peut également demander au juge de le représenter (immeuble).

Ce mécanisme est applicable quel que soit le régime matrimonial des époux. De plus, l’époux peut demander à représenter son conjoint alors que ce dernier fait l’objet d’une protection (curatelle). La durée du mandat est librement délivrée par le juge. Ce mécanisme de protection est prévu à l’art 217. L’autorisation judiciaire peut être demandée si aliénation mentale ou s’il s’oppose à l’accomplissement d’un acte conforme à l’intérêt de la famille. C’est le conjoint qui fait l’acte qui doit le prouver conforme aux intérêts de la famille. Ex : père de famille pharmacien en difficulté : si la femme s’oppose à la vente de la pharmacie que son mari veut vendre : situation conflictuelle : il peut faire demande au juge de disposer de sa pharmacie sans l’autorisation de sa femme.

* **Le régime matrimonial**

Le mariage place automatiquement et obligatoirement les couples mariés sous un statut matrimonial appelé « régime primaire ». Le mariage impose solidarité et régime matrimonial

Régime matrimonial : ensemble de dispositions propres au mariage dans le CC qui :

* Fixe la composition des patrimoines des époux avant et après le mariage : biens propres ou biens communs.
* Précise leurs modalités de gestion
* Fixe les obligations pécuniaires des époux envers les tiers : liquidation et partage des biens lors de la dissolution du régime matrimonial/mariage. Si les époux n’ont pas conclu de contrat de mariage (6/10), il est prévu depuis 1966 le régime de la communauté réduite aux acquêts (biens meubles ou immeubles acquis après le mariage). Si les époux ont conclus un contrat de mariage, il leur permettra soit d’aménager le régime légal ou d’en choisir un autre :
  + Régime de la séparation des biens
  + Régime de la participation aux acquêts
  + Régime de la communauté universelle.

Le régime de la communauté légale (réduite aux acquêts) :

Le patrimoine commun des époux est surtout constitué de biens meubles ou immeubles acquis après le mariage. Avant 1966, le régime légal était le régime de communauté de meubles et acquêts. 3 patrimoines coexistent :

* Le patrimoine propre à chacun des époux. Ce patrimoine propre est composé des biens et des dettes que chacun des époux avait avant le mariage et des biens reçus par héritage, testament pendant le mariage. Ce sont les biens personnels (vêtements, bijoux…) ou encore les biens qui se rattachent à des biens propres : ex : Terrain acquis avant le mariage, s’il construit une maison après le mariage, elle reste un bien propre
* Le patrimoine commun : tous les biens créés ou acquis pendant le mariage. C’est également les revenus des époux, les revenus de biens propres. Enfin, les dettes contractées par chacun des époux pendant le mariage font partie du patrimoine commun : Le patrimoine commun doit répondre de ces dettes. Lorsqu’il y a difficulté à savoir si bien est propre ou commun : loi prévoit présomption d’acquêts : bien présumé être commun. Art 1402, 1404

Règle :

* Chacun des époux gèrent et dispose librement de ses biens propres, sauf pour le logement familial.
* Biens communs : Chaque époux peut faire seul des actes d’administration et de disposition de faible valeur. Pour actes les plus grave, il faut cogestion : vente d’immeuble, actes de disposition à titre gratuit (art 1422). Enfin, le bail professionnel est soumis à la cogestion : un mari ne peut décider un bail professionnel sur un immeuble sans l’autorisation de sa femme. Bail pro : art 1425
* Dissolution de la communauté : décès, divorce, séparation de corps, changement de régime. Dans le cas de dissolution, chacun des époux ou héritier reprend ses biens propres, la communauté est divisée en 2 parts égales après règlement des récompenses. Avant 1966, la communauté des biens était composée d’acquêt et de biens meubles. Les époux peuvent prévoir que la communauté va s’étendre aux meubles dont les époux sont propriétaire lors du mariage.

Régime de la séparation des biens :

Lorsque l’un des époux exerce une activité à risque financier. Il y a un risque que compte tenu de l’activité professionnel, il y ait saisi des biens.

Inconvénient de ce régime en cas de dissolution, notamment par décès : le conjoint survivant peut se retrouver démuni.

Séparation des biens = 2 patrimoines personnels : chacun reste propriétaire des biens qu’il possédait avant le mariage mais également des biens qu’il a acquis durant le mariage et de ses revenus 🡪 Pas de biens communs, seulement personnels. Bien acquis ensemble sont des biens « indivis ». Un bien est dit « indivis » (par moitié) si aucun des époux ne peut prouver qu’il en a la propriété exclusive (art 1538). Chaque époux gère ses biens personnels. Exception : le logement de famille. Chaque époux peut faire seul les biens conservatoires : en principe, il faut une majorité de voix de 2/3.

Pour actes de disposition, c’est l’unanimité qui compte. Chacun garde les dettes qu’il a contractées. Exception : pour les dettes ménagères (art 220).

A la dissolution : chacun reprend ses biens personnels. Si difficulté, un époux peut prouver par tout moyen sa propriété exclusive (art 1538). En matière immobilière, c’est l’acte des ventes qui prouve qui est propriétaire.

Principe de la primauté du titre sur la finance : si mari signe contrat et que femme rembourse, mari reste propriétaire. Si le titre de propriété est au nom des 2 époux, la propriété est indivise.

Partage des biens indivis : peut intervenir à tout moment, même avant la dissolution du mariage 🡪 règle art 815 : nul n’est tenu de rester en indivision : peut-être demandé par liquidateur, créancier pour éponger les dettes.

Inconvénient à séparation des biens : si décès de l’un des époux, le conjoint survivant sans profession ou ayant de faibles revenus peut se trouver dans une situation précaire. S’il n’y a pas de testament de l’ex conjoint, on ne peut éviter la situation de détresse. La loi prévoit pour tout conjoint survivant qu’il dispose d’une option sur les biens de son conjoint défunt : ¼ ou usufruit.

Le régime de la participation aux acquêts :

Régime prévu en Allemagne, repris en France : protège l’époux qui ne travaille pas : bénéficie de la dissolution lui permettant de s’enrichir. Combinaison entre séparation de bien et communauté légale. 2 phases successives :

* Pendant l’union : le régime est celui de la séparation des biens.
* Pendant la dissolution : règles de la communauté qui s’applique. On reconstitue une communauté réduite aux acquêts. Si le patrimoine final est supérieur au patrimoine initial, l’art 1575 recommande de partager les acquêts nets qui se sont réalisé.

Régime de la communauté universelle :

Extension du régime de la communauté légale : élargie à la totalité des biens des époux : biens meubles, immeuble acquis avant ou après le mariage. Exceptions : biens strictement personnels : vêtements, bijoux… ou indemnités du à accident du travail.

L’adoption de ce régime à un effet sur la composition de l’actif et du passif : art 1526 sur régime de communauté universelle.

Règles de régime légal s’applique, notamment cogestion pour les actes graves.

Intérêt de ce régime : adopté lorsque les époux sont âgés et n’exercent plus une activité professionnelle.

* Si dissolution du mariage par décès : le plus souvent, le contrat de mariage prévoit une clause d’attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant : clause avantageuse : même s’il y a des enfants, l’intégralité de la communauté devient la propriété exclusive du conjoint survivant.

Actuellement, la loi prévoit une seule situation où cet avantage peut être remis en cause : si le défunt laisse les enfants nés d’une précédent union, ils pourront demander le partage ; action en retranchement. Les enfants actuels ne sont pas déshérités car ils ont vocation à hériter à la mort de l’autre conjoint. S’il n’y a pas de clause telle, la communauté se partage par moitié. Une moitié revient au conjoint survivant, l’autre fait partie de la succession.

* Si dissolution par divorce : chacun des époux a droit à la moitié de la communauté universelle. L’époux avec de faibles revenus est très avantagé : les notaires insèrent une nouvelle clause : la « clause alsacienne » : l’époux reprend les biens apportés personnellement à la communauté et chacun reçoit la moitié des biens pendant le mariage.
* Il est toujours possible de changer de régime matrimonial. La loi prévoit des conditions au nombre de 3 :
* Le régime choisit doit avoir été appliqué pendant au moins 2 ans.
* Les 2 époux doivent être d’accord
* Le changement doit être conforme à l’intérêt de la famille.

Il faut obligatoirement se rendre chez un notaire car on remplace un contrat notarié par un autre contrat notarié. Autrefois, il fallait l’homologation du JAF pour changer de contrat. Depuis la 1er janvier 2007, l’homologation n’est nécessaire que dans 2 cas :

* L’un ou l’autre des époux a un enfant mineur
* S’il y a opposition d’un enfant majeur.

**Thème 2 : Le divorce :**

Il existe 2 causes de dissolution : le décès et le divorce.

Divorce = dissolution du mariage du vivant des époux.

1. **Les différentes conceptions du divorce**

Dans différents pays, le droit de divorce est différent. Il y a une évolution des conceptions : la plus stricte consiste à interdire le divorce. Pendant longtemps, il était interdit en France. Le divorce n’est ouvert en Espagne qu’en 1982. L’Irlande n’ouvre le divorce qu’en 1996. Pourquoi interdire le divorce : car la primauté est donnée à l’épanouissement de la famille au détriment de la liberté individuelle. Le plus souvent cette primauté est imposée par la primauté religieuse. Une autre conception admet de rompre le mariage à tout moment et même unilatéralement. L’OEC peut donc marier et démarier.

La conception intermédiaire consiste à reconnaitre la nécessité du divorce. Il est possible par consentement mutuelle 🡪 cas dans code Napoléon 1804. La plupart des Etats n’admettent pas la séparation unilatérale : c’est la répudiation.

**A/ L’évolution du droit français :**

L’ancien droit est marqué par l’influence de christianisme et par l’interdiction du divorce. Pour les canoniques, le mariage était un sacrement, une fois marié c’était pour toujours. Seul moyen : obtenir l’annulation du mariage.

A la Révolution, le fait de s’opposer au divorce était une atteinte à la liberté individuelle. Le divorce devient possible par consentement mutuel et par volonté unilatérale par déclaration devant le maire pour toute sorte de cause y compris l’incompatibilité d’humeur.

Avec le CC, on peut divorcer si :

* Faute
* Consentement mutuel

Séparation de corps réintroduite dans le CC si pas de faute ni consentement mutuel.

Lors de la Restauration, nouvelle suppression du divorce jusqu’à la IIIème République (1884) 🡪 Loi Naquet. Cette loi a eu des effets négatifs 🡪prononcés contre l’époux fautif donc mal vécu : il perdait les libéralités et devait verser une pension alimentaire à son ex conjoint à durée indéterminée. Désastreuse car :

* Si pas de faute : divorce impossible même si la communauté de vie avait cessé.
* Les avocats s’entendaient pour fabriquer des fautes.
* Les époux devaient se déchirer pendant le procès.

1975 sous VGE est décidée une réforme qui rétablit le divorce (11 juillet). 3 idées dans cette réforme :

* Etendre les cas de divorces : en plus de la faute, on rajoute le consentement mutuel (comme dans CC) ou par décision unilatéral quand vie commune devient intolérable 🡪 « divorce remède ». Ex : l’un devient aliéné mental.
* Dédramatiser le divorce au plan de la procédure et des effets du jugement : le juge aux affaires matrimoniales devenu JAF fait admettre les décisions qu’il prend, tente de concilier les époux.
* Limiter dans le temps les effets du divorce : la question du règlement de la prestation compensatoire doit être réglée en très peu de temps.
* 20 ans plus tard, la loi de 1975 avait montré ses limites :
* Procédure complexe, longue
* Dédramatisation n’était pas au RDV.
* Nouvelle réforme en 2004 (26 mai) : texte de compromis : certains veulent abandonner idée de sanction (suppression du divorce pour faute) : réformer sans révolutionner. 3 grandes occupations dans cette réforme :
* Accélérer et simplifier la procédure du divorce
* Pacifier les relations conjugales : pour y parvenir, loi décide de détacher les conséquences du divorce de toute idée de répartition des torts. Il y a également maintenant recours à la médiation entre époux. Pour éviter que les conséquences du divorce se prolonge dans le temps, pendant l’instance, les conséquences de l’après divorce doivent être décidées.
* Responsabiliser le conjoint défaillant et protéger le conjoint victime : divorce pour faute a alors été maintenu. Il peut y avoir prestation compensatoire sur longue durée : conjoint laissé infirme.

Désormais, il existe en droit français un droit subjectif au divorce : le droit s’aligne sur l’évolution des mœurs. Un époux qui souhaite divorcer ne peut plus être empêché.

**Section 1 : fondement et procédure :**

**Paragraphe 1 : Les différents cas de divorce**

Le juge toujours compétent est le JAF. Il rend une ordonnance. La procédure varie selon que le divorce est contentieux ou non. Dans le cas du divorce non contentieux, procédure spécifique. Pour le divorce contentieux, une procédure commune.

Art 229 du CC prévoit que divorce peut être prononcé en cas de consentement mutuel ou d’acceptation du principe de la rupture du mariage. Le divorce peut être prononcé en cas d’altération définitive du lien conjugal ou pour faute.

1. Divorce par consentement mutuel :

Ils sont d’accord pour divorcer, sur l’ensemble des conséquences, pour la garde des enfants, l’exercice de l’autorité parentale, la pension alimentaire, la prestation compensatoire et le partage des biens. S’ils ne sont pas d’accord, le divorce devient contentieux. Cet accord doit être constaté dans une convention homologué par le JAF (art 230). Lorsque mesure de protection (tutelle, curatelle), le divorce par consentement mutuel est impossible. L’avocat peut être commun.

1. Divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage

C’est la procédure choisit par les époux d’accord pour divorcer (art 233) mais préfère s’en remettre au juge pour statuer sur les conséquences. Ce choix peut être fit dès l’audience de conciliation. Chaque époux doit alors avoir un avocat. Lorsque l’on choisit cette voie, la rétractation n’est plus possible. Ce divorce est interdit aux majeurs protégés.

Art 234 : c’est un juge qui s’en remet aux conséquences du divorce. Ce divorce est détaché de toute idée de faute.

1. Divorce pour altération définitive du lien conjugal

Remplace le divorce appelé rupture de la vie commune. Divorce provoqué par l’un des 2 époux, il est le plus novateur. Art 237. Un époux qui ne peut pas prouver la faute de son conjoint peut tout de même obtenir le divorce du moment que le couple est séparé depuis au moins 2 ans.

Lorsque l’un des conjoints demande le divorce pour faute et que l’autre demande une demande reconventionnelle pour altération du lien conjugal, si le juge rejette la demande de divorce pour faute, il est obligé de prononcer le divorce pour altération même si le délai de 2 ans ne s’est pas écoulé : art 238 al.2

Clause d’exceptionnel dureté peut être refuse lorsque l’époux délaissé ne souhaitait pas divorcer. Ex : l’époux délaissé estime qu’il est handicapé ou souffre d’une grave aliénation mentale.

Cette innovation permettant à l’un des conjoints de divorcer sans le consentement de son conjoint trouve parfois un contrepoids : versement de dommages et intérêt : l’époux qui obtient le divorce pour altération doit réparer les conséquences d’une particulière gravité que son conjoint subit du fait du divorce : art 266. Peut être également reproché le divorce pour abandon de domicile à ses torts exclusifs.

1. Divorce pour faute

Art 242. Il obéit à une procédure s’appliquant lorsqu’aucun terrain d’entente n’est trouvé entre les époux. Chacun reproche à l’autre un ou plusieurs faits constituant des actions graves ou renouvelées contraire aux obligations du mariage rendant intolérable la vie commune. Il faut alors prouver que ces actes rendent intolérable la communauté de vie.

C’est un divorce conflictuel : loi de 2004 : objectif de pacification 🡪 parlementaires avaient envisagés la suppression de ce divorce. Ce qui rendait ce divorce si conflictuel est que le fautif perdait les libéralités et devait des prestations compensatoire : mais divorce conservé, il faut sanction contre non-respect des devoirs du mariage.

* Faute pouvant être invoquée par le demandeur : manquement à une obligation légale résultant du mariage : fidélité, contribution aux charges, défaut de soin, abandon de domicile, refus de relation conjugales. Il peut s’agir d’une seule faute très grave (dissimulation état de grossesse/grave maladie) ou multitude de fautes légères (propos injurieux, mépris ou indifférence, mutisme délibéré et définitif). Si le conjoint considéré comme fautif est en état d’aliénation mentale, le divorce pour faute ne peut pas aboutir : on ne peut amputer une faute à une personne qui n’est pas consciente.
* Attitude de l’époux défendeur : Dépend de la volonté ou non de divorcer (celui assigné pour faute).
  + Celui qui ne le souhaite pas peut invoquer une réconciliation (art 244) : si réconciliation faite, demande de divorce irrecevable. Cela suppose le maintien ou la reprise de la vie commune et qu’il y ait volonté de pardonner la ou les fautes réclamées par le demandeur.
  + Celui qui souhaite divorcer peut invoquer à son tour une à plusieurs faute du demandeur afin d’atténuer la gravité de la faute reprochée (art 245 al 1). Ex : femme assignée en justice par son mari a dû abandonner le domicile conjugal car victime de coups et blessures.
  + Celui qui ne s’oppose pas mais qui souhaite obtenir un divorce aux torts partagés : non pas à ses torts exclusifs. Cet époux défendeur forme une demande dite reconventionnelle. Si le juge décide que les torts ne sont pas recevables pour l’un, le divorce reste aux torts exclusifs. Même sans demande reconventionnelle, le juge peut examiner les faits et décider d’un divorce aux torts partagés étant donné les découvertes de torts des 2 partis.

Le législateur a voulu faire du divorce pour faute un cas marginal : ne s’en servir que dans des cas extrêmes (actes de violence). Il vaut également que les combats pour l’argent soient découragés. En effet, auparavant l’époux entièrement fautif perdait libéralité et devait verser prestations compensatoires et même parfois dommages et intérêts. Pour décourager cette attitude, la loi a dissocié les conséquences du divorce pour faute de l’attribution des torts 🡪 Le seul qui a commis des fautes peut aujourd’hui néanmoins obtenir des prestations compensatoires.

**Paragraphe 2 : Le divorce par consentement mutuel :**

Comme tout autre divorce, requière l’obligation d’avoir un avocat. L’avocat peut être commun, cela signifie que les époux s’entendent parfaitement et qu’il n’y a aucun souci à régler le divorce par consentement. S’il y a ne serait-ce qu’un seul élément de désaccord, l’avocat commun est impossible : chacun des époux doit faire appel à son propre avocat.

Procédure : à travers les 5 étapes suivantes :

* Constitution du dossier de divorce avec l’avocat 🡪 prendre RDV avec l’avocat qui va réunir un certain nombre de pièces fournies par les époux. Pièces : acte de naissance de chacun, de mariage, dernier avis d’imposition, un justificatif de domicile, acte de naissance des enfants et frais générés par les enfants (parascolaire, cantine, alimentation…). Toutes les pièces doivent être fournies à l’avocat avant le début de la procédure.
* Etablissement de la condition du divorce : l’avocat, sur les demandes des époux, rédigent la condition de divorce. Les aspects devant être réglé sont les époux et les enfants. La convention règle les points suivant : possibilité pour la femme de garder le nom du mari, le lieu de résidence des époux, s’ils sont propriétaire ensemble, à qui sera attribué de manière définitive le logement. L’époux qui garde le logement doit verser une soulte : donne moitié de prix du logement à l’époux qui le quitte.
* Règlement des modalités des prestations compensatoires et la liquidation du régime matrimoniale. Si les époux n’ont aucun bien immobilier, c’est beaucoup plus simple : répartition des biens mobiliers.
* Liquidation du régime matrimonial : Au contraire, si les époux sont propriétaires, la loi impose l’intervention d’un notaire : on parle d’état liquidatif : récapitule l’actif et le passif de la communauté (avoirs bancaires, biens immobiliers et dettes).
* Montant et modalités des dettes communes : frais de procédure sont réglées par la convention.

Maintenant, s’agissant des enfants : les époux doivent mentionner le nombre d’enfants communs, leur âge et s’ils sont majeurs, s’ils sont encore pris en charge par les parents. Il faut décider le lieu de résidence : de manière alternative (15%) ou exclusive. Il faut également décider des droits de visite et d’hébergement de chacun des parents. Enfin, il faut indiquer le débiteur et le montant de la pension alimentaire, ainsi que la durée du versement. Il peut arriver qu’il n’y ait pas de pension alimentaire (résidence alternative).

1. **Dépôt de la requête conjointe au tribunal :**

Dépôt = document par lequel époux déposent formellement leur demande de divorce au TGI du lieu de leur résidence. Il est déposé au greffe du tribunal par l’avocat commun ou les avocats respectifs (art 250 al.1). Pour que la requête soit recevable (examinées), elle doit contenir un certain nombre de renseignements relatif à l’identification des époux et des enfants. La requête doit comprendre en annexe la convention du divorce daté et signé par chacun des époux et les avocats et qu’il y a lieu, elle doit également comporter un état liquidatif notarié relatif aux biens immobiliers. Une fois la demande examinée et recevable, le JAF peut fixer une date d’audience et donne une convocation aux époux au moins 15 jours avant l’audience. Le JAF prévient les avocats

1. **L’audience devant le JAF :**

La réforme de 2005, pour des raisons de simplicité, il n’y a plus qu’une audience afin d’accélérer la procédure. Audience a double but : vérifier que chacun souhaite réellement divorcer et vérifier que les époux sont d’accord sur les dispositions contenues dans leur convention et qu’elle respecte les intérêts de chacun et des enfants.

Pour cela, le juge entend d’abord séparément chacun des époux puis les entend ensemble. Dans une 3ème phase, il fait entrer le ou les avocats. Cette audience dure 10-15 minutes.

* Si à la suite de cet entretien, le juge constate que les 2 époux sont d’accord et que leur convention respecte les intérêts de chaque époux et des enfants, il va homologuer la convention et prononcer immédiatement le divorce. L’audience devient définitive 15 jours plus tard, l’appel de la décision est possible seulement pendant ce délai
* Si le juge constate que l’un des époux ne souhaite pas divorcer (chantage, pression) ou s’il constate que la convention ne préserve pas suffisamment les intérêts de l’un d’entre eux ou des enfants ou bien s’il constate une anomalie (déséquilibre passif/actif) 🡪 Le juge peut refuser la convention : soit il refuse d’homologuer la convention ou alors il l’ajourne (temps supplémentaire) : dans ce dernier cas, les époux doivent présenter une nouvelle convention. Pendant ce temps, une mesure provisoire est mise en place afin d’assurer la vie des époux jusqu’à la décision définitive de justice.

*En quoi consiste la mesure provisoire ?*

Elle concerne les modalités de résidence séparées, l’attribution de la jouissance du logement familial et du mobilier, l’attribution de la garde des enfants, de la pension alimentaire due à la contribution de la charge du mariage mais également au titre de la contribution de l’entretien et de l’éducation des enfants. Enfin, la mesure provisoire agit sur le règlement des dépenses courantes.

Dans le cas où le juge a ajourné le divorce, la demande de divorce devient caduque si les époux ne présentent pas une nouvelle convention dans le délai de 6 mois. La demande devient également caduque si le juge refuse la 2nde demande de divorce et la 2nde convention.

1. **Voie de recours**

Le divorce ne peut faire l’objet d’un appel : le divorce par consentement mutuel est basé sur la convention rédigée par les époux eux-mêmes. Seul un pourvoi en Cassation est possible. En revanche, si le juge refuse de prononcer le divorce ou l’ajourne, l’un des époux ou les 2 peut faire appel dans un délai de 15 jours à compter de la date de la décision du juge. En pratique, ce recours est très rare.

S’agissant du pourvoi en Cassation pour le divorce prononcé : ce pourvoi suppose que la convention a été homologué et le divorce prononcé mais que l’un des époux ou les 2 y voient une irrégularité. Le délai est également de 15 jours. La CK devra alors dire si le juge du divorce a commis une irrégularité 🡪 homologation de la convention en omettant de vérifier que la convention protège suffisamment les enfants mineurs du couple ou encore si l’état liquidatif ne porte pas sur l’ensemble des biens communs des époux.

En règle générale, le pourvoi en Cassation n’a pas d’effet suspensif. En matière de divorce, il y a exception, le pourvoi en Cassation a un effet suspensif 🡪 le mariage subsiste, il est donc impossible de transcrire à l’état civil le jugement de divorce. Cependant, cet effet ne s’applique qu’à certaines dispositions : entretien et éducation des enfants, pension alimentaire.

*Qu’advient-il après le prononcé du divorce ? Est-il possible de remettre en cause la convention de divorce homologuée par le juge ?*

D’après CK depuis 1987, convention et jugement de divorce sont indivisible. Art 279 CC dit que la convention de divorce a un caractère irrévocable. Une fois convention homologuée, elle ne peut plus être modifiée : art 279 al.2. Ex : pension alimentaire fixée dans la 1ère convention homologuée, cette ex épouse estime que le montant n’est pas suffisant : c’est trop tard : art 279. Sauf si une nouvelle convention est conclue entre les époux et que le juge l’accepte. La CK s’oppose systématiquement au recours en révision partielle ou à ce que la convention fasse l’objet d’une annulation pour vice du consentement ou lésion. Ex : 2ème ch. civ., novembre 1991 : épouse lors de la rédaction avait faussement indiquée qu’elle était sans emploi et sans revenus et le mari a ensuite demandé l’annulation à la suite d’un dol 🡪 Refus d’annulation de la convention.

La même solution est retenue en cas de lésion : lorsque l’époux n’a pas reçu la part qu’il devait recevoir. Le partage est annulé s’il y a lésion de plus du quart de la part qui lui revenait en règle générale mais impossible une fois la convention signée.

* Très sévère, spoliation de l’un des époux : impossible réparation

Pour atténuer, en cas d’omission d’un bien ou d’une dette dans l’état liquidatif, à condition de pouvoir apporter la preuve, la CK prévoit un moyen de pourvoi.

CK admet également que l’époux qui se plaint a la possibilité de demander l’application de la sanction du recel et des dommages et intérêts en cas de manœuvre frauduleuse de l’un des époux.

La sanction du recel est prévue seulement quand les époux sont mariés sous un régime de communauté et que l’un des époux a caché un bien commun pour éviter qu’il profite à son conjoint. Sanction du recel (art 1477) : celui qui a recelé un bien de la communauté est privée de sa part. Ex : Un mari avait vendu des actions pour 4,5 millions d’€ et n’avait fait déclaré pour le parage que 2,6 million d’€. En minorant la valeur des actions, il cachait une valeur du régime de communauté. La femme a tout récupéré.

Rq : même si l’on ne peut pas remettre en cause la sanction du divorce, cette impossibilité ne vaut pas en ce qui concerne l’exercice de l’autorité parentale.

* L’avantage des tiers : Seuls les créanciers sont autorisés à faire tiers-opposition 🡪 un tiers fait opposition au jugement dans le délai d’un an. Ils peuvent demander qu’une disposition contenue dans la cause de divorce ne leur soit pas opposable. Ils peuvent contester l’acte de partage la plupart du temps. Ex : Il est prévu dans la convention alors que les époux sont mariés sous un régime de séparation de bien, il est prévu que la prestation compensatoire du mari envers la femme se fera sous la forme d’un bien immobilier. Dans ces conditions, un créancier du mari peut défendre que cette disposition lui cause du tort : le créancier ne pourra plus opérer une saisie de ce bien. S’il s’avère qu’il y a eu fraude, la prestation compensatoire sera annulée.
* Précision : les enfants des époux, communs ou d’un 1er lit, ne peuvent pas contester la convention de divorce.

**Paragraphe 3 : La procédure commune aux autres cas de divorce :**

Tous les autres divorces sont dits contentieux : chaque époux doit avoir son avocat. Celui qui demande le divorce doit fournir certains documents à son avocat pour la constitution du dossier de divorce. Ici, moins de pièces sont réclamées : actes de l’état civil. Le demandeur doit également demander les mesures provisoires qu’il souhaite voir appliquer avant l’instance.

5 étapes :

* Déposition de la requête au TGI. La procédure est introduite par l’avocat la déposant auprès du greffe du TGI puis au JAF. Non nécessaire que la demande indique les motifs du divorce ou les reproches. La requête doit seulement contenir les demandes formées au titre des mesures provisoires et un exposé sommaire des motifs concernant les mesures provisoires. En principal, la requête est demandée. Le greffe envoie ensuite une lettre recommandé à l’époux défendeur, une convocation pour l’audience de conciliation, doit lui parvenir au moins 15 jours auparavant, les avocats sont prévenus.
* Audience de conciliation : obligatoire pour les 3 divorces contentieux : cette audience précède l’audience de jugement/divorce. L’objectif est d’amener les époux à accepter le principe du divorce et à se mettre d’accord sur les conséquences du divorce. Le juge s’entretient avec chacun des époux séparément puis ensemble puis assistés de leurs avocats. La présence n’est obligatoire à ce stade que dans le divorce accepté. La tentative de conciliation peut être suspendue pour accorder aux époux un délai de réflexion (8 jours max). Si cela est insuffisant, le renouvellement est possible dans un délai de 6 mois au plus. L’audience de conciliation se termine soit par une ordonnance de renvoi (époux renvoyé à une autre date) soit par une ONC (ordonnance de non conciliation 🡪 Epoux prêts à divorcer). Dans les 2 cas, le juge fixe les mesures provisoires en tenant compte des accords éventuels (art 254). Ex : proposer aux époux une mesure de médiation, juger les modalités de résidence séparées, désigner un notaire dressant l’état liquidatif concernant les biens des époux… Quand juge rend un ordonnance de non conciliation, il autorise les époux immédiatement à introduire l’instance en divorce, il demande aux époux de se présenter à l’audience de divorce avec un projet de règlement des conséquences du divorce (art 252-3). L’ordonnance rendue par le JAF est susceptible d’appel.
* L’assignation/introduction de l’instance : chacun des époux peut assigner son conjoint par acte huissier sauf s’il s’agit d’un divorce accepté. Chacun des époux dispose d’un délai de 30 mois pour procéder à l’assignation. Mais, dans les 3 premiers mois suivant l’ONC, seul le demandeur peut introduire l’instance. Contenu de l’assignation : fondement de la demande (altération, faute…) 🡪 Art 157-1. L’assignation n’est valable que si elle comporte un projet de proposition de règlement pécuniaire et patrimonial des époux.
* L’audience de divorce : C’est cette phase qui mène au prononcé du divorce ou rejet. Cette issue dépend des éléments de preuves fournies, notamment si le fondement du divorce est la faute ou l’altération définitive.
  + Moyens de preuve : dans l’instance, les faits invoqués par le demandeur et défendeur peuvent être prouvés par tous moyens 🡪 principe de liberté de la preuve (art 259) mais 3 limites :
    - le témoignage des enfants et petits-enfants est interdit car il s’agit de les protéger. Si la déclaration est faite par un enfant lors d’une enquête de police dans un PV, la déclaration ne peut être reprise par l’un des époux à son compte. Application extensive : même les témoignages des conjoints des enfants sont exclus.
    - Un élément de preuve est irrecevable si obtenu par violence ou fraude (art 259-1). Le CPC pose le principe à l’art 9 : chacune des parties doit apporter les éléments de preuve au soutien de sa prétention. Si un mari enregistre de manière clandestine une conversation entre son épouse et un tiers, cet enregistrement sera écarté des débats. En revanche, s’agissant du journal intime de l’un des époux, la CK depuis 1997 décide que le JI obtenu au hasard peut prouver une relation adultère par exemple. Depuis quelques temps, jurisprudence assez libéral : on peut faire la preuve de relations adultères en découvrant des courriels qui ont été adressés par son conjoint.
    - Un constat d’adultère est irrecevable en cas de violation de domicile ou d’atteinte illicite à la vie privée. Constat d’adultère art 145 CPC. On peut constituer la preuve d’un adultère. Pour que le constat d’adultère soit licite, le président du TGI doit avoir autorisé un huissier de justice à en faire le constat.
* Changement du fondement du divorce en cour de procédure : possible par passerelle ou parce que le demandeur se heurte à une demande reconventionnelle.
* Passerelle : divorce pour faute puis finalement par consentement mutuel. Seule condition : époux à même de se mettre d’accord pour régler une convention en accord sur toutes les conséquences du divorce. Permet d’accéder au divorce accepté. Existe également pour passage divorce pour faute à divorce pour altération.
* Heurte à une demande reconventionnelle : le demandeur choisit au départ divorce pour altération mais se trouve confronté à une demande de divorce pour faute de la part du demandeur. Ex : Une épouse infidèle, victime de violence, décide de quitter le foyer conjugal. Cette épouse demande le divorce pour altération, le mari forme une demande reconventionnelle et demande le divorce pour faute. La femme peut décider d’abandonner le divorce pour altération pour le divorce pour faute : changement en cour de procédure.
* Issue de la demande du divorce : Conséquences peuvent être réglées en totalité ou en partie par le juge. D’autres conséquences sont réglées par une convention des époux : possibilité ouvert depuis loi du 26 mai 2004, art 268 CC. Autre issue : le rejet de la demande, 2 raisons peuvent expliquer ce rejet :
  + La demande est fondée sur la faute mais faute non prouvée
  + La demande est fondée sur l’altération définitive du lien conjugal alors qu’à compter de l’assignation, il ne s’est pas écoulé un délai suffisant de séparation (2 ans). Conséquence si rejet de la demande : les époux demeurent mariés mais il est peu probable qu’ils reprennent la vie commune. La justice peut organiser de nouvelles mesures remplaçant les mesures provisoires : la vie séparée des époux en statuant sur la contribution aux charges du mariage ou les modalités d’exercice de l’autorité parentale (art 258). Au bout de 2 années de séparation, le divorce est acquit.
* Voies de recours : Contrairement au divorce par consentement mutuel, il y a difficulté à l’appel
  + Appel : formé par l’époux non satisfait du jugement ou d’une partie du jugement. Délai d’un mois pour faire appel à compter de la signification du jugement. L’appel a un effet suspensif, pendant ce délai, les époux sont considérés comme toujours mariés. Ce dernier peut former un pourvoir si l’appel est rejeté dans un délai de 2 mois après l’arrêt d’appel. Le pourvoi en cassation a également un effet suspensif. La décision de divorce ne peut pas être transcrite sur les actes de l’état civil. Pour les mesures décidés en appel, elles ne peuvent être exécutés immédiatement sauf si elle concerne la pension alimentaire ou à l’entretien et éducation des enfants, de même pour le moyen de résidence des enfants.

Statistiques sur le divorce :

* En 40 ans, les divorces prononcés sont multiplié par 3.
* Depuis 2005, le divorce progresse. 2005 : 130000 divorce, 46% de mariage finissent par un divorce.
* Le divorce le plus utilisé est le divorce par consentement mutuel : 2010 : 54% des divorces.
* 2ème divorce : divorce acceptée (24%).
* Divorce pour faute recule : de 37% à 10%.

**Section 2 : Les conséquences du divorce.**

**Paragraphe 1 : Conséquences extrapatrimoniales**

* Le droit au remariage à partir du moment où le délai de divorce est définitif (fin de délai d’appel et de recours). Après le divorce, chaque époux a la qualité de célibataire. La loi de 2004 supprime le délai de viduité de 300j imposé la femme.
* Disparition des devoirs du mariage : devoir de fidélité, d’assistance, de secours, de communauté de vie. Le divorce entraine la rupture de l’alliance avec les parents de l’ex-époux. Supprime l’obligation alimentaire 🡪 Art 206 : seulement le décès mène à détruire alliance : s’applique au divorce suite à une décision jurisprudentielle. En revanche, les empêchements à mariage ne disparaissent pas (impossible mariage beau-père/belle-fille).
* La cessation du port du nom : art 264 CC : à la suite du divorce, chacun des époux reprend l’usage de son nom. Par dérogation, garder le nom de l’ex conjoint à titre d’usage est possible à condition d’obtenir son accord. Si aucun accord, il faut autorisation du juge. Il faut y prouver un intérêt particulier (s’être fait connaitre dans une activité professionnelle par ce nom, prouver l’intérêt des enfants. Lorsqu’il y a remariage ou changement de circonstance, l’accord du mari ou l’autorisation du juge devient caduque.

**Paragraphe 2 : Conséquences patrimoniales**

La vocation successorale est le droit pour l’un des époux de faire valoir ses droits dans la succession du conjoint. A la date où le jugement devient définitif, le divorce entraine la disparition de la vocation successorale. Si l’un des époux décède avant que le jugement devienne définitif, le conjoint peut faire valoir ses droits successoraux dans la succession « prémourante ».

1. **Dissolution du régime matrimonial**

Avec le prononcé du divorce, le régime matrimonial perd sa raison d’être, chacun des époux a vocation à récupérer ce qui lui appartient. Chacun doit être remboursé de ce qui lui est dû 🡪 il faut évaluer les biens patrimoniaux de chacun des époux 🡪 liquidation du régime. On procède ensuite au partage du régime matrimonial auprès d’un notaire.

Pour déterminer la consistance du patrimoine commun ou indivis, il faut se fixer à une certaine date :

* Date de la dissolution du régime matrimonial : cette date est différente concernant les ex-époux ou les tiers :
  + Dans les rapports entre époux : cette date dépend du type de divorce.
    - Dans le divorce par consentement mutuel, la date de divorce correspond à la date d’homologation du divorce par le juge sauf si la convention prévoit une autre date.
    - Dans les autres cas de divorce : la date de dissolution est la date de l’ordonnance de non conciliation. Mais l’un des époux peut demander à ce que la date soit avancée au jour où ils ont cessé de cohabiter ou collaborer. Intérêt : M. et Mme. Martin ne se supporte plus, marié sous le régime légal, décide de se séparer le 2 janvier. Un mois plus tard, il y a une requête de demande de divorce de Mme Martin. 3 mois après, audience de conciliation et JAF rend ordonnance de non conciliation. Le 1er juin, Mme. Martin assigne son mari et 2 ans après, le jugement est rendu. Entre temps, M. Martin inventeur créé un brevet et le 15 mai, il touche 150 000€. Cette somme ne pourra pas être incluse dans l’acquis post-communautaire car ce n’est pas un bien commun. Si le brevet avait rapporté les 150 000€ encaissé avant le 1er mai, M. Martin aurait dû partager : il s’agit alors de revenus qui sont des biens communs. La seule possibilité pour ne pas partager est de demander au JAF d’avancer la date de dissolution du régime matrimonial. On constate que le jugement de divorce produit un effet rétroactif. La loi n’a pas souhaité alors que les époux sont en instance de divorce, que les biens acquis profitent à son conjoint puisqu’il y a instance de divorce. De plus, l’un des époux ne doit pas nuire à son conjoint. (art 262-2).
  + Dans les rapports avec les tiers : effet rétroactif écarté : le jugement de divorce est opposable aux tiers à partir du jour où il est inscrit en marge du registre d’état civil. La possibilité de saisir les biens communs demeurent jusqu’à la mesure de publicité : jusque-là, ils répondent solidairement aux dettes nécessaire à l’entretien du ménage et des enfants (art 220).
* Liquidation du régime matrimonial : le divorce entraine automatiquement la dissolution du régime matrimonial et sa liquidation : partage des biens dont les époux sont copropriétaires : il peut s’agir de biens communs ou indivis. Pour éviter toute difficulté, en matière de divorce par consentement mutuel, la loi oblige les époux à fournir un état liquidatif avant la comparution devant le JAF. Dans les autres cas de divorce, la liquidation peut intervenir avant et après la liquidation du divorce. Les époux peuvent liquider leur régime matrimonial dès l’audience de conciliation. A défaut de présenter un projet de règlement, la demande n’est pas recevable. Si le projet est établi par un notaire et que néanmoins il y a des blocages, le JAF qui dispose de suffisamment d’éléments peut trancher (art 267). Si les époux ne sont toujours pas d’accord, après la fin de l’audience et que le JAF n’a pas d’éléments suffisants, le régime matrimonial pourra être liquidé avec le jugement du divorce. La CK décide que le JAF, en prononçant le divorce, à défaut de règlement conventionnel, doit ordonner la liquidation et le partage et le cas échéant, désigner un notaire.

1. **Sort des libéralités**

Pas libéralités, on entend donations mais également avantages matrimoniaux (fiscaux).

Avantage matrimonial : faveur faite par un conjoint à l’autre : prévu par le contrat de mariage. Cet avantage vise à procurer un enrichissement à l’un des époux en cas de dissolution du régime matrimonial : ne peut concerner que les biens communs. Cela se fait en régime communautaire. Ce sont diverses clauses dans le contrat de mariage organisant cet avantage.

* La clause de préciput : un prélèvement est fait avant le partage
* La clause de partage inégale : permet d’écarter la règle du mariage par moitié 🡪 clause en cas de communauté universelle : l’intégralité des biens du défunt reviennent au conjoint survivant.

*Quel est le sort des donations et avantages matrimoniaux en cas de divorce ?*

Avant 2007, cette question était considérée soit en considération des torts soit par volonté des époux. L’époux qui était exclusivement fautif perdait les avantages matrimoniaux. Si le divorce était prononcé pour rupture d’intention, l’époux qui avait délaissé perdait ses avantages.

Dans les autres cas de divorce, les époux décidaient eux même s’il convenait de maintenir ou de révoquer les donations des avantages matériels. Cela menait à des rapports conflictuels.

Après 2005, le sort des avantages est détaché de l’attribution et soustraite à la volonté des époux.

Art 265 CC a introduit distinction sur le critère de la date d’effet de la libéralité.

* Les donations et avantages matrimoniaux sont maintenus lorsqu’ils ont pris effet à la date du divorce
* Si la libéralité n’a pas produit son effet à la date du divorce, elle est révoquée automatiquement de plein droit

1. **Donations concernées par le principe du maintien :**

Art 265 CC : donations qui portent sur les biens présents : en 2006, l’art 1096 clarifie qu’il s’agit des donations de biens présent qui prennent effet au cours du mariage. Il faut considérer que les donations qui sont irrévocables sont les

* Don Manuel : meuble corporel (voiture) ou incorporel (somme d’argent).
* Donations indirectes : le mari décide de renoncer à une créance de la part de son épouse. Egalement paiement pour autrui.
* Donations déguisées : une épouse achète un appartement avec les fonds de son mari

Par dérogation, la loi a prévu la révocation dans 2 cas :

* Inexécution des charges : donation faite sous condition (avoir une activité de commerçante).
* Ingratitude : conjoint décide d’attenter à la vie du conjoint donateur

Remarque :

* avant l’entrée en vigueur de la réforme, le principe était la libre révocabilité des donations entre époux : possibilité de reprendre un bien quand on le souhaite. Désormais, c’est le principe de l’irrévocabilité des donations
* Les donations antérieures au 1er janvier 2005 sont toujours révocables.
* Principe de l’irrévocabilité : possible en cas de divorce de reprendre ce que l’on a donné.

1. **Les avantages matrimoniaux :**

Art 265 : il s’agit des avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage. Par conséquent, le divorce est sans effet sur l’enrichissement que l’époux peut obtenir grâce à la composition de la communauté. Ex : Homme riche de 70 ans épouse jeune femme, ils se marient sous régime de communauté universelle : il y a dans le contrat de mariage une clause d’attribution intégrale. 4 ans après le mariage, le couple se sépare. Lors du divorce, la femme obtiendra la moitié du régime matrimonial. Pour éviter d’accorder un avantage trop important au conjoint, une clause peut être insérée : la clause de reprise des apports, autrement clause alsacienne 🡪 Le patrimoine à partager sera moins consistant. Le mari pourra reprendre avant le mariage les biens qu’il possédait avant.

1. **Avantages matrimoniaux révoqués de plein droit :**

Ceux qui n’ont pas encore pris effet lors de la dissolution du mariage et qui visait à protéger l’un des époux dans son existence, notamment en cas de décès de son conjoint. Avec le divorce, la raison d’être de cet avantage disparait.

Ex précédent : La clause d’attribution intégrale disparait de plein droit lors du divorce.

Donations révoquées de plein droit : art 264 : dispositions pour cause de mort à son conjoint par contrat de mariage ou par accord pendant le mariage. Art 1096 : concerne les donations de biens à venir : les legs testamentaires, institutions contractuelles (donation au dernier vivant)

Le souci est d’éviter que plusieurs années après le décès de l’un des époux, son ex conjoint cherche à faire valoir des biens successoraux. Il faut éviter surtout en cas de remariage qu’il y est des difficultés compte tenu des biens concurrent entre ancien et nouveau conjoint.

Malgré le principe de la révocation de plein droit, l’époux qui a consenti une libéralité peut décider de la maintenir (art 265 al.2). Dans ces conditions, cela doit être constaté par le juge dans sa décision.

1. **Sort du logement familial**

La question de ce sort se pose pour le fixer à titre provisoire ou définitif, sauf dans le cas des divorces par consentement mutuel (c’est la convention qui décide). Pendant l’instance, il y a des mesures provisoires sur ce logement afin de savoir quel époux se verra attribuer ce logement. Les mesures provisoires deviennent caduques à partir du moment où le jugement est définitif. A partir de ce moment, le sort du logement dépend soit du choix des époux pendant l’instance soit de la décision du juge. 3 cas de figures :

* Les 2 époux sont propriétaires du logement : dans ce cas, le logement qui est nécessairement indivis peut être
  + Vendu à un tiers
  + Vendu entre époux
  + Le logement peut être maintenu en indivision (art 823) mais cela ne peut excéder 5 ans. L’époux qui va rester dans le logement familial devra à son conjoint une indemnité d’occupation (sorte de loyer). Lorsque l’un des époux est débiteur de l’indemnité d’occupation, il peut être expulsé en cas de non-paiement.
  + Le logement de la famille peut être attribué à l’un des époux qui en demande l’attribution préférentielle : il devra alors une soulte.
  + Le logement peut être attribué à l’un des époux à titre compensatoire : l’époux pourra alors en obtenir l’usufruit.
* Un seul époux est propriétaire : Le logement n’est pas indivis. Pendant l’instance, l’époux propriétaire ne peut pas vendre le logement familiale suite à l’art 215 sauf si autorisation du juge judiciaire (art 217) s’il est endetté 🡪 mesure de sauvegarde de justice. Ici, c’est dans l’intérêt de la famille. L’époux une fois divorcé propriétaire peut prendre la décision de vendre le logement sauf s’il fait l’objet d’un bail forcé ou si le juge décide que ce logement sera attribué à son conjoint à titre de prestation compensatoire.
  + Le bail forcé : art 285-1 : permet au juge de contraindre l’époux propriétaire à consentir à son ex conjoint un bail sur le logement moyennant le paiement d’un loyer. 3 conditions dans cet article :
    - L’époux locataire doit exercer l’autorité parentale sur un ou plusieurs des enfants communs.
    - Les enfants doivent résider habituellement dans le logement familial
    - Cette solution doit correspondre à l’intérêt des enfants.

Durée de ce bail : ne peut excéder la majorité du plus jeune des enfants. Il est possible de résilier le bail si les circonstances nouvelles le justifient : modification de la résidence habituelle des enfants, non-respect par le locataire de ses obligations, colocataires décident de sous-louer le logement, remariage.

* + Attribution à titre de prestation compensatoire : définitive s’il s’agit d’une attribution en plein propriété. La décision peut également être temporaire.
* Les époux sont locataires : la loi prévoit qu’en cas de mariage, les 2 époux sont forcément locataires ensemble (art 1751). A partir du moment où les époux sont co-titulaire, chaque époux peut demander une attribution préférentielle du droit au bail (art 831-2). Art 1751 al.2 : Le juge peut attribuer le droit locatif à l’un des époux en considération des intérêts sociaux et familiaux. Le juge prend sa décision lorsqu’il sait que le logement sert réellement d’habitation. Celui qui n’a pas l’attribution du logement peut recevoir une compensation lorsqu’il a engagé des dépenses sur le logement. Les intérêts sociaux et familiaux sont l’exercice d’une activité professionnel dans les lieux ou le fait que l’un des époux exerce l’autorité parentale sur des enfants mineurs.

En ce qui concerne le paiement du loyer, le principe de la solidarité est maintenu jusqu’à ce qu’il y ait une publicité du jugement de divorce.

**Paragraphe 3 : Conséquences pécuniaires :**

Bien souvent, le divorce entraine bouleversement dans les conditions matérielles des époux, l’un peut être totalement démuni. Voilà pourquoi le législateur annonce des paiements (prestation compensatoire, dommages et intérêts).

1. **Prestation compensatoire**

Pendant le mariage, la différence importante de revenus entre les époux ne se voit pas en raison du devoir de secours. Lors du divorce, il y a fin de cette obligation de contribution.

Egaliser les niveaux de vie.

Prestation compensatoire : prestation en nature ou en argent destinée à compenser autant qu’il est possible la disparité créée par le divorce dans les conditions de vie respectives. Elle a été instituée en 1975. Autrefois, sous la loi Naquet, l’un des conjoints versait à l’autre une pension alimentaire à titre viager (toute la vie). Remplacement par un versement en capital en une fois était possible. Mais échec :

* Difficulté à changer la pratique judiciaire.
* Difficulté voire impossibilité pour le débiteur de faire un versement en capital
* L’époux créancier préfère recevoir une somme mensuelle.
* Régime fiscal : prestation sous forme de rentre peut être déduite de ses impôts.

Système non satisfaisant : dès 2000 (30 juin), la loi instaure un certain nombre de réformes :

* Réaffirme principe de versement en capital : plus possible de verser prestation sous forme de rente temporaire, éventuellement sous forme de rente viagère.
* Elle introduit la possibilité de réviser la prestation compensatoire seulement dans le cas où elle est versée sous forme de rente viagère.

Loi 26 mai 2004 : va plus loin :

* Elle a déconnecté la question de la prestation compensatoire de toute idée de faute.
* A supprimé la transmission automatique de la prestation compensatoire aux héritiers.
* Sur le plan fiscal : réduction d’impôt possible pour celui qui verse en capital.

Nature exacte de la prestation compensatoire : caractère compensatoire et forfaitaire (le montant de la prestation est fixé une fois pour toute). Elle a vocation à réparer la disparité de niveau de vie due au divorce.

Les créances alimentaires sont insaisissables.

1. **Bénéficiaires de la prestation compensatoire**

Etroitement lié auparavant à l’idée de responsabilité 🡪 refusée au conjoint qui était exclusivement fautif. Prestation compensatoire depuis 2005 peut être allouée dans tous les cas de divorce. Ce principe où chacun a vocation à recevoir la prestation compensatoire a pour but de pacifier le divorce. En cas d’annulation du mariage, l’un des époux peut obtenir le mariage putatif. Chacun des époux qui estiment être dans le besoin peut la demander. Le juge saisi d’une demande de prestation compensatoire peut la refuser au nom de l’équité.

2 situations :

* Dans tous les cas de divorce contentieux : Elle peut être rejeté dans tous les cas de divorce si art 271, son octroi serait contraire à l’équité.
  + Critère art 271 : la durée du mariage : plus elle est courte, moins il y a de chance d’obtenir prestation compensatoire. Pour la jurisprudence, la prestation ne peut être allouée si le mariage a duré moins de 5 ans, s’il n’y a pas d’enfants.
  + La durée de la vie commune est également prise en compte : lorsque le mariage a duré 9 ans mais la vie commune que 16 mois : prestation compensatoire doit être refusée. Les juges ne prennent en compte que la période postérieur au mariage.
  + Plus le conjoint demandeur est jeune, plus le juge aura tendance à écarter sa demande 🡪 capacité à faire évoluer sa situation. En revanche, si demandeur gravement malade, difficile de trouver un emploi, plus de change de prestation.
  + La qualification et la situation professionnelle : s’ils ont la même situation 🡪 refus de la prestation.
  + Situation patrimoniale des époux : patrimoine existant et prévisible. Si différence de revenu peu important : prestation refusée.
  + Lorsqu’enfant sont majeurs et travaillent : rejet de la prestation.

Critères subjectif : choix professionnels, personnels ou communs que les époux ont fait pendant le mariage : ils ont des conséquences objectives sur la situation des époux : faiblesse des revenus, ralentissement de la carrière, impossibilité de formation (qualification moindre). S’il apparait que le choix qui a été fait l’a été pour le bien-être de la famille, l’épouse obtiendra une prestation compensatoire. Si la disparité est la conséquence d’un choix individuel du demandeur dicté par une volonté de confort (abandon de sa profession alors que bonne rémunération) n’aura pas de prestation.

* Dans le divorce pour faute : Le juge peut écarter la demande de prestation si compte tenu des circonstances particulières de la rupture, il serait contraire à l’équité d’accorder une prestation compensatoire à l’époux qui est entièrement coupable. Par circonstance particulière, la jurisprudence entend actes de violence, manquement au devoir de fidélité (circonstance exceptionnel permettant de refuser une prestation). Le fait pour le mari d’avoir une liaison avec l’employé de maison et avec laquelle le mari a conçu un enfant, ce dernier ne peut avoir de prestation même si son niveau de vie est plus bas. Même solution si la femme a caché la véritable filiation de l’enfant conçu avec son amant. De même pour un mari qui multiplie les infidélités et a des pratiques sexuels débridés (échangisme). De même pour une épouse qui a délaissé son mari beaucoup plus âgé atteint d’une maladie de peau. De même pour une épouse ayant contracté de multiples crédit.

1. **Conditions d’attribution et évaluation**

Art 270 du CC prévoit la disparité des conditions de vie respectives des ex époux créées par le divorce. C’est l’époux dans le besoin qui a vocation à obtenir une prestation compensatoire. Sur 130000 divorces par an, 13% seulement ont été alloué de prestation compensatoire. 2 raisons :

* Le juge ne tient pas uniquement compte de la disparité, il tient compte de facteurs objectifs ou subjectifs.
* Il y a souvent une renonciation des époux.

S’agissant de l’évaluation, la prestation est fixée selon les besoin du créancier et ressources du débiteur en tenant compte de leurs situations au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible. Ex : Débiteur proche de la retraite : baisse de salaire prévisible.

1. **Formes et modalités**

La prestation compensatoire doit prendre la forme d’un paiement en capital. A titre exceptionnel, elle peut être versée sous forme de rente viagère.

1. La prestation compensatoire en capital.

Donne lieu à un paiement sous la forme

* D’une somme d’argent
* D’une attribution de bien en propriété.
* D’un droit d’usage d’habitation ou d’usufruit temporaire ou viager.

Dans tous les cas, le juge doit préciser le montant de la prestation compensatoire et la valeur du bien attribué. S’il y a une convention, le juge peut imposer une cession de biens au profit de l’époux créancier. Toutefois, la cession forcée d’un bien recueilli par succession ou donation ne peut pas être imposée au débiteur sans son accord. Le conseil constitutionnel a jugé en 2011 que la cession de biens ne doit être utilisé qu’à titre subsidiaire, c’est-à-dire s’il est impossible pour le débiteur de s’acquitter de la prestation compensatoire sous une autre forme.

En principe, le paiement de la prestation compensatoire en capital se fait en une fois. Si le débiteur n’est pas en mesure, le juge fixe les modalités du paiement en capital sous forme de versement périodique indexé selon l’inflation. Ces versements ne peuvent excéder la durée de 8 ans (art 875).

Il est impossible pour le débiteur d’obtenir un délai de grâce car il existe l’art 1244-1 prévoyant que le débiteur en difficulté peut avoir un délai de grâce mais cela n’est pas possible lorsqu’il s’agit de créance à caractère alimentaire, comme c’est le cas pour la prestation compensatoire.

*Une fois la prestation fixée, le débiteur peut-il obtenir la révision de cette prestation ?*

Non, il ne peut obtenir de révision car cette prestation à un caractère forfaitaire. Mais le débiteur peut demander la révision des modalités de paiement et peut obtenir du juge à titre exceptionnel l’autorisation de faire des paiements échelonnés sur une durée total supérieure à 8 ans. Art 275 al.2 prévoit que l’autorisation ne peut être obtenue que si le débiteur prouve un changement important dans sa situation. Ex : Maladie empêchant l’activité professionnel, licenciement, alourdissement des charges (naissance d’un enfant). Seule l’évolution de la situation du débiteur est prise en compte, celle du créancier est ignorée.

Art 275 al.3 : A tout moment, le débiteur peut se libérer du solde du capital : s’il s’enrichie soudainement (Loto), il peut décider de se libérer de l’intégralité du solde en une seule fois. Le créancier peut demander le paiement du solde de la prestation compensatoire à condition de prouver que le débiteur peut s’en libérer (art 275 al.4).

1. La prestation sous forme de rente viagère :

Depuis loi du 30 juin 2000, possibilité de rente temporaire a disparu : la rente est nécessairement viagère, sauf pour le divorce par consentement mutuel où les époux sont libres de décider d’une rente temporaire. Le juge ne peut attribuer une rente viagère que si 2 conditions sont réunies :

* Age ou état de santé du créancier doit l’empêcher de subvenir à ses besoins.
* La décision du juge doit être motivée. Le juge n’est jamais obligé de prononcer cette rente. S’il refuse, il n’est pas obligé de se justifier : caractère discrétionnaire.

Ex : femme de 56 ans sans ressources dont l’état de santé ne lui permet pas de travailler dans des conditions normales. Le mari de 48 ans, maçon, gagne 960€/mois. Compte tenir de l’âge et état de santé de sa femme, le mari devait verser une rente viagère de 200€.

De manière exceptionnel, il peut y avoir une prestation compensatoire mixte : en capital et en rente viagère.

La révision de la rente est-elle possible ? Avant le 30 juin 2000, il fallait prouver que l’absence de la rente aurait pour lui des conséquences d’une exceptionnelle gravité. Depuis la loi de 2000, la prestation sous forme de rente viagère peut être révisée à la demande de l’un ou l’autre des époux mais à condition de justifier d’un changement important dans les ressources ou besoins de l’une ou l’autres des partis : maladie grave du débiteur, baisse de revenu, départ en retraite anticipée, remariage. Lorsqu’il s’agit de la révision de la rente, on prend en compte le double point de vue : ceux des 2 parties. De plus, il peut arriver qu’il y ait fraude de l’un des époux sous forme de dissimulation, dans ce cas la CK dit que cette fraude ne permet pas la révision de la prestation compensatoire (art 276-3). Cependant, il est toujours possible de former un recours en révision sur le fondement de l’art 595 du CPC, sauf pour le divorce par consentement mutuel.

* La révision peut prendre la forme d’une suspension si le débiteur est sans emploi, suspension jusqu’à ce qu’il trouve du travail.
* Peut également prendre la forme de suppression : remariage du créancier avec une personne fortunée.
* Peut également prendre la forme d’une modification du montant à la baisse : Si nouvelles charges ou nouveau conjoint handicapé, ne pouvant travailler.
* Modification à la hausse : suppose que le débiteur ait déjà connu une baisse du montant car le montant ne peut excéder celui qui était prévu initialement.
* Forme d’une substitution de capital à la rente : Peut être demandée et obtenue par le créancier et le débiteur. Le débiteur doit prouver qu’il peut faire montant du solde en se libérant en une seule fois et à condition que l’âge et les conditions de santé ne soit pas un obstacle. Si le juge refuse, il doit alors motiver ce refus.

Depuis 2005, la CK décide que la prestation compensatoire judiciairement révisée prend effet la date de la demande de révision et non pas à la date du jugement 🡪 la décision est rétroactive. Cela permet d’éviter les recours dilatoire (afin de gagner du temps).

1. **Sort de la prestation compensatoire au décès du débiteur**

Autrefois, à la mort du débiteur, la prestation compensatoire passait aux héritiers. Avec la loi du 30 juin 2000, il a été possible pour les héritiers de demander et obtenir la révision de la prestation voire la suppression. La loi du 26 mais 2004 va plus loin : son but est de pacifier le conflit :

* Les héritiers ne sont plus tenus personnellement de la prestation compensatoire : art 280 al.1 prévoit que le paiement de la prestation compensatoire est prélevé sur la succession dans la limite de l’actif successoral.
* Lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme de capital payable par versement périodique, le solde devient exigible (art 280 al.2).
* Lorsque la prestation compensatoire était sous forme de rente viagère, elle est modifiée en capital par substitution (art 280 al.3).
* Par dérogation à ces règles, les héritiers ont la faculté de maintenir les modalités de règlements qui incombait au débiteur défunt 🡪 Il faut un acte notarié : art 281-1.

1. **Prestation compensatoire fixée par convention :**

En cas de divorce par consentement mutuel, ce sont les époux eux-mêmes qui fixent les conditions de la prestation compensatoire. Les ex époux peuvent prévoir un versement en capital, sous forme de rente viagère ou même temporaire. Ils peuvent également se mettre d’accord sur un versement mixte. Ils peuvent prévoir l’arrêt d’un versement par un évènement : en cas de remariage, concubinage. Seul limite : le contrôle exercé par le juge si la mesure est contraire aux intérêts de l’un des époux.

Même dans le cas des divorces contentieux, il est possible de se mettre d’accord sur la question de la prestation compensatoire par convention (art 258). Décision de justice (art 269). Il est impossible de la modifier sauf nouvelle convention entre les époux elle-même homologuée par le juge. De même, il est impossible de demander la révision de la convention aux fraudes de l’un des époux. Il est impossible d’annuler la convention pour erreur, dol ou lésion lors du mariage par consentement mutuel. Toutefois, la loi permet d’insérer dans la convention une clause de révision : chacun des ex époux pourra demander au juge la révision de la prestation compensatoire en cas de changement important dans les ressources ou besoins de l’une ou l’autre des parties (art 279 al.3).

Même si une telle clause n’est pas prévue, un époux peut faire valoir les règles de droit commun sur le fondement de l’art 275 al.2 🡪 versement d’un capital sur une durée supérieure à 8 ans. Sur le fondement de l’art 276-3, la prestation compensatoire est versée sous forme de rente viagère : à condition de prouver changement important. Art 276-4 : Substitution d’un capital à la rente viagère.

Même si la prestation compensatoire est fixée par convention, les règles prévues aux arts 280 et 280-1 s’appliquent : la charge de la prestation compensatoire ne passe aux héritiers par succession.

1. **Dommages et intérêts**

L’un des buts de la prestation est de réparer le préjudice matériel causé par le divorce. Cependant, ce but est très marginal : le but est de compenser la disparité dans les conditions de vie respectives des ex époux. Dans disparité, il n’y a aucune prestation compensatoire.

Or, la victime d’un préjudice doit obtenir réparation : l’un des époux peut alors demander le versement d’une indemnité : les dommages et intérêts : 2 fondements :

* Art 266 : vise à réparer un préjudice particulièrement grave causé par la dissolution du mariage.
* Art 1382 : vise à réparer un préjudice indépendant de la dissolution du mariage.
* **Conditions de l’art 266 : dommages et intérêts que dans 2 cas de divorces :**
* Divorce pour faute : au profit de l’époux qui a obtenu le divorce aux torts exclusifs de son conjoint.
* Divorce pour altération : au profit de l’époux défendeur qui n’a formé lui-même aucune demande de divorce.

Condition de recevabilité de la demande par le juge : doit être faite lors de la procédure du divorce : une fois le divorce prononcé, c’est trop tard. De plus, le demandeur doit prouver un préjudice d’une particulière gravité.

En pratique, le préjudice d’une particulière gravité est souvent moral :

* Epouse de 58 ans abandonnée par son mari, exploitant forain, après 27 ans de vie commune pendant lesquels la femme a travaillé avec son mari sans salaire : amande 5000€
* Epouse d’origine croate suit mari en France et après 25 ans, l’abandonne : mari verse pour préjudice moral 3000€
* C’est souvent le cas pour dépression, tentative de suicide ou perte d’emploi.
* **Fondement de l’art 1382 :**

Un époux peut demander la réparation de tout comportement de son conjoint lui ayant causé un préjudice matériel ou moral. La rupture du mariage n’est pas suffisante pour des dommages et intérêts sur ce fondement.

Il ne faut pas prouver de préjudice d’une particulière gravité. Ici, la demande pet être faite après la procédure de divorce.

La seule condition ici est de prouver un préjudice distinct de la dissolution du mariage : prouver un comportement fautif du conjoint. Ex : CK 1ère ch civile 14 janv 2009 : condamnations à dommages et intérêt de 10000€ car il s’est opposer à ce que son épouse puisse voir leurs enfants communs. Autre le 25 fev 2009 : 5000€ de dommages et intérêts pour manquement au devoir d’assistance.

Art 266 permet donc de réparer un préjudice d’une particulière gravité occasionné par le divorce. Ces dommages et intérêts profitent au conjoint innocent ou délaissé.

Art 1382 répare dans tous les cas de divorce un préjudice causé par le comportement fautif du conjoint. Il ne s’agit pas d’un préjudice causé par le divorce.

**Thème 3 : La séparation de corps :**

**VOIR DOCUMENTS**

**Thème 4 : Le couple hors mariage :**

Le mariage était le seul mode de vie commune reconnu par le droit français. Cet aspect a changé avec une loi du 15 novembre 1999 : définition du concubinage. PACS aux arts 715-1 et suivants.

**Section 1 : Le pacte civil de Solidarité (PACS)**

La loi du 15 novembre 1999 a été adoptée dans un contexte passionnel : l’idée était de créer un statut spécifique pour les couples homosexuels. Aujourd’hui, la plupart des PACS sont des liaisons de couples hétérosexuels.

Le régime du PACS a été modifié en profondeur par la loi du 23 juin 2006. Le succès du PACS s’est considérablement accru depuis sa création. En 2010 : 205 500 PACS alors que le nombre de mariage était d’environ 250 000. En 2010, il n’y avait que 9 143 couple de même sexe pacsé. En 2012 : 160 000 PACS, 96% entre un homme et une femme.

Art 515-1 définit le PACS comme le contrat conclu entre 2 personnes : il n’est pas un contrat institution comme le mariage. Cependant, ce contrat est encadré par des restrictions légales. Il doit nécessairement avoir pour objet l’organisation d’une vie commune et le CC prévoit des empêchements. Il existe également des obligations primaires : contributions aux charges, solidarité pour les dettes de la vie courante.

Définition : C’est un contrat conclu entre 2 personnes majeures de sexe différent ou de même sexe pour organiser la vie commune.

**Paragraphe 1 : Condition de formation**

Il existe des conditions de fond et de forme :

1. **Conditions de fond :**

* D’ordre biologique : une seule condition de fond : être majeur : interdiction pour les mineurs, même émancipé. Aucune dérogation n’est possible. L’altérité de sexe (art 511-1) n’est pas restreinte, de même pour l’état de santé. Depuis la loi du 5 mars 2007, l’interdiction du PACS aux majeurs en tutelle a disparu : il doit être autorisé par le juge ou conseil de famille (art 462). Le majeur en curatelle doit être assisté par son curateur : art 461
* D’ordre sociologique :
  + interdiction sinon nullité absolue du PACS entre parents, entre alliés en ligne direct et collatéraux jusqu’au 3ème degré : art 515-2. Le mariage est donc possible entre cousins germains.
  + Une personne ne peut conclure plusieurs PACS ni se pacser durant un mariage : il doit d’abord divorcer.
* Relative à la validité du PACS de droit commun : condition de validité des contrats : le consentement au PACS doit exprimer
  + un consentement réel et non vicié. SI l’un des partenaires a commis une erreur sur les qualités de son conjoint (erreur sur la substance) 🡪 art 181 du CC : cette erreur pourra entrainer l’annulation du PACS : nullité relative.
  + Il peut également y avoir nullité absolue si la volonté n’est pas réelle : défaut de consentement. Si le but n’est pas la vie commune mais simplement les avantages sociaux ou fiscaux, le PACS est entaché de nullité absolue.

1. **Condition de forme**

Le PACS est un acte solennel : la rédaction et signature d’un écrit est obligatoire : cela tient lieu de convention, sous peine d’irrecevabilité. Cette convention peut être rédigée par un notaire. Cette convention sert à préciser les proportions aux charges de la vie courante, mais aussi les conséquences de la rupture : pension alimentaire

Le PACS doit être déclaré conjointement et enregistré. Le lieu d’enregistrement dépend du pays où les partenaires ont leur résidence commune. Si la résidence se trouve en France, la déclaration de l’enregistrement a lieu soit auprès du TGI dans le ressort de la résidence soit dans l’étude du notaire. Si la résidence est à l’étranger, la déclaration ou l’enregistrement ont lieu au consulat ou à l’ambassade de France. Il n’y a ni cérémonie ni témoin, ils sont simplement tenus de se présenter pour signer l’acte. Les partenaires sont également tenus de tenir une convention et de produire des pièces d’état civil permettant de les identifier ainsi que des attestations sur l’honneur.

Bien que les personnes vulnérables puissent contracter un PACS, elles ne peuvent se faire représenter lors de la déclaration.

Après vérification des pièces par le greffier du TI, si les conditions légales sont remplies, le greffier, le notaire ou l’agent diplomatique enregistre la déclaration. Le PACS doit être publié pour son opposabilité aux tiers. En 2006, pour pouvoir prouver le PACS, à partir du moment où il y a enregistrement du PACS, il est inscrit en marge de l’état civil.

La loi permet aux partenaires de modifier leur contrat à tous moment par un avenant au TI qui a enregistré le PACS, ou encore au notaire ou consul… Dans tous les cas, la convention modifiée doit être enregistrée pour prendre effet. La nouvelle convention est opposable au tiers à partir de la publicité de la nouvelle convention.

**Paragraphe 2 : Effets**

En 1999, le statut personnel des partenaires était comme celui des concubins, c’est à dire quasi inexistant : il n’y a aucune obligation de fidélité, chacun conserve son nom, le PACS ne créer pas de lien familial ni entre partenaires ni vis-à-vis de leur famille. Lorsqu’une femme en PACS tombe enceinte, le partenaire n’est pas présumé père. La loi n’ouvre pas l’adoption plénière aux couples de pacsés. Il n’existe pas d’obligation alimentaire avec les parents du partenaire.

La rupture du PACS est totalement libre, n’a pas à être justifié, elle peut être unilatérale, il faut simplement en informer l’huissier.

Avec la réforme de 2006, le PACS dans sa version nouvelle comporte un minimum d’engagement personnel : art 515-4 prévoit que les partenaires s’engagent à une vie commune ainsi qu’à une aide matériel et une assistance réciproque.

En 2006, la loi a rapproché le PACS du mariage puisqu’il a imposé une obligation d’assistance : apporter un soutien autre que matériel en période de difficulté : soin en période de maladie.

Effets patrimoniaux du PACS : se rapprochent parfois des effets en terme de mariage durant le PACS ou à sa rupture. Cependant, le PACS est nettement moins producteur que le mariage. Les partenaires sont soumis à une obligation d’ordre matériel. Cette obligation est proportionnelle aux facultés respectives des deux parties sauf si une clause de la convention prévoit autre chose (art 511-4). Le partenaire dans le besoin peut demander à l’autre le versement d’une pension alimentaire. Il y a également un devoir de solidarité à l’égard des tiers par rapport aux dettes de besoin de la vie courante (art 515-4). Pas d’obligation pour les dépenses manifestement excessives, non plus à l’égard des achats à crédit sans l’accord de l’autre, de même pour les emprunts sauf s’ils portent sur des sommes modestes nécessaires au besoin de la vie courante. Pas de solidarité au titre des emprunts lorsqu’il y a une pluralité d’emprunts dont le montant cumulé est manifestement excessive. Depuis la réforme de 2006, les partenaires ont le choix entre un régime de séparation des biens ou le régime de l’indivision (proche du régime légal).

Si les partenaires n’ont pas fait de choix sur leur régime, c’est le régime de la séparation qui s’applique, assortie d’une présomption d’indivision à défaut de preuve contraire : chacun est propriétaire des biens personnels acquit avant et après la conclusion du PACS. Si aucun ne peut prouver sa propriété exclusive, le bien concerné est réputé appartenir à chacun pour moitié. La présomption d’indivision ne joue pas sur certains biens pour des raisons logique : biens à caractère personnel : vêtement, instrument de travail et pour les biens acquis aux moyens de sommes reçus par donation ou héritage. Il en est de même pour les revenus perçus qui ne sont pas encore utilisés.

**Par séparation :**

La loi prévoit une exonération des droits de succession du partenaire lorsqu’il est désigné par testament.

Le partenaire survivant bénéficiera du droit au logement temporaire pendant un an : art 763. Il ne s’agit pas là d’un droit d’ordre public : il peut être écarté par testament. Lorsque le logement est loué, la succession devra prendre en charge pendant l’année suivant le décès le loyer : art 763. Il y a un rapprochement entre le mariage et le PACS.

Le régime matrimonial du PACS est beaucoup moins protecteur que celui du mariage. Pendant la durée du PACS :

* Le logement des partenaires n’est pas protégé par l’art 215. Si l’un des partenaires est seul propriétaire, il est le seul à disposer de local : peut expulser partenaire, vendre le bien. Avant loi Alur (2014), le partenaire qui était seul locataire du logement commun pouvait décider de résilier le bail sans l’accord de l’autre : le principe de la co-titularité du bail n’existait pas : art 1751 🡪 Dès le jour du mariage, le conjoint devient automatiquement co-titulaire. Art 1751 modifié et étend cette co-titularité aux partenaires du PACS. La différence est dans le fait que pour les époux la co-titularité est automatique alors que pour les partenaires une demande conjointe doit être effectuée au bailleur.
* En cas de dissolution du PACS, l’insécurité est grande : elle résulte d’une séparation et aucun des partenaires ne peut réclamer une prestation compensatoire. Une indemnité ne peut être envisagée que dans 2 cas :
  + Par contrat de PACS prévoyant l’indemnité.
  + Si la rupture est fautive et cause un préjudice : il n’est pas toujours facile d’obtenir cette indemnité car le PACS est un CDI avec un principe de libre rupture. En elle-même, la rupture ne peut s’analyser comme une faute : il ne peut y avoir rupture fautive que si l’on prend en compte les circonstances de la rupture comme en matière de fiançailles. Le juge peut décider de la rupture fautive car brutale, abandon pendant maladie. Arrêt CA Montpellier 4 janvier 2011 : laisse entendre que la rupture peut être fautive lorsque l’un des partenaires a créé ou placé l’autre dans une situation de dépendance avant de l’abandonner : abandon d’études pour s’occuper du foyer.

Art 285-1 prévoit que l’épouse puisse obtenir du juge lorsqu’elle a l’autorité parentale un bail forcé. *Qu’en est-il pour les partenaires du PACS ?* Autrefois, avant la loi du 24 mars 2014, le non propriétaire des lieux devait les quitter. Depuis 2014, il est prévu que l’un des partenaires peut saisir le juge afin de se voir attribuer le droit au bail du logement : art 1759-1.

**Par décès :**

Lorsque la dissolution résulte du décès, le partenaire survivant se retrouve dans la même situation précaire qu’un concubin : il n’a aucun droit successoral sans testament : seul le conjoint non divorcé survivant est protégé par la loi.

De plus, le partenaire ne bénéficie pas du droit viager d’habitation et d’usage : art 764.

**Paragraphe 3 : Rupture du PACS**

4 causes de ruptures :

* Décès de l’un des partenaires
* Mariage des 2 partenaires ou de l’un des 2
* Résiliation commune du PACS par déclaration conjointe
* Résiliation unilatérale.

Dans les 2 premiers cas, la dissolution se produit immédiatement à la date de l’évènement. L’OEC va en informer le greffier du TI du lieu d’enregistrement du PACS ou le notaire qui a procédé à la rédaction de PACS. Dès que le greffe ou le notaire est informé, il y a une publicité de la dissolution du PACS avec une mention en marge de l’acte de naissance des partenaires.

Dans le cadre d’une déclaration conjointe de séparation, les partenaires doivent adresser leur déclaration soit au greffe, soit au notaire, et l’un ou l’autre va faire procéder aux formalités de publicité.

S’il s’agit d’une décision unilatérale, c’est l’auteur de la rupture qui doit procéder, par voie d’huissier à avertir l’autre (avertir par « exploit huissier »). Pour que la résiliation prenne effet, dans les 2 derniers cas, il faut procéder aux formalités de publicité (mention en marge des actes d’état civil).

Conséquences de la rupture : La dissolution du PACS entraîne, au plan personnel, la fin de l’obligation d’assistance. Tout dépend des clauses du contrat mais il s’agit également de partager les biens indivis. Enfin, pour ce qui est de la pension alimentaire, la loi ne prévoit rien, c’est au contrat de le prévoir, s’il n’y a pas d’accord entre partenaires possible ou si le PACS est muet sur ces questions, il appartiendra au juge de statuer. Depuis 2010, c’est le JAF qui est compétent pour ces questions. Seul ce juge peut être saisi d’une demande de dommages et intérêts pour réparation d’un préjudice 🡪 pas obligatoire, liberté de rupture. Art 1382. Enfin, si les partenaires ont des enfants, le JAF ne peut pas ne pas statuer en cas de désaccord, il doit statuer sur la question de la contribution à l’entretien et à l’éducation des enfants.

**Section 2 : Le concubinage ou union libre**

**Paragraphe 1 : généralités**

Le concubinage n’est définit qu’avec la loi du 15 novembre 1999 en même temps que le PACS à l’art 515-8 : *« C’est une union de fait, caractérisée par une vie commune, présentant un caractère de stabilité et de continuité entre 2 personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple ».* A la différence du mariage et du PACS, la loi considère que le concubinage est une union de fait, différent d’une situation de droit. On considère que le concubinage ne produit aucun effet personnel et patrimonial particulier.

La jurisprudence et la loi ne nient pas l’état de concubinage. L’art 1382 est possible pour les dommages et intérêts.

**Paragraphe 2 : Situation juridique des concubins durant l’union**

Il n’y a aucun devoir légal dans les rapports personnels et pécuniaires des concubins : ils ne sont pas tenus d’une obligation de fidélité. De plus, les concubins ne sont pas tenu d’une obligation d’assistance, il n’y a pas de principe de solidarité sur les dettes. 28 juin 2005 CK : le concubin qui n’a pas signé le bail d’habitation n’est pas obligé de participer au paiement du loyer et des charges. Enfin, il n’y a pas d’obligation de se fournir des aliments ou d’en fournir à leurs parents réciproques : arrêt mars 2006

Remarques :

* Si les concubins ont des enfants, ils doivent participer à l’entretien et l’éducation des enfants mais non en tant que concubins, en tant que parents : art 371-2.
* Le concubinage, comme le PACS, ne créer pas de lien familial entre concubins comme avec les parents : il n’existe pas de présomption de paternité (seulement en matière de mariage) 🡪 art 312 ne s’applique pas.
* Les biens acquis ensemble par les concubins sont présumés indivis : chacun en est propriétaire pour moitié.
* De plus, chacun répons de ses dettes, il n’existe pas de solidarité pour les dettes de la vie courante.
* Lorsque le logement du couple appartient à un seul des concubins, l’autre n’a aucun droit sur le logement en question, le propriétaire pourra le vendre, l’apporter en société, résilier l’assurance…
* La loi offre une certaine protection sociale : le concubins à la charge effective de l’autre a la qualité d’ayant droit et peut bénéficier de la sécurité sociale de son compagnon. La loi s’oppose à ce que les concubins obtiennent une pension de réversion. La cour européenne a été saisi pour discrimination (art 14 CEDH) : le 10 février 2011 🡪 CEDH estime qu’il n’y a pas discrimination.

**Paragraphe 3 : Dissolution du concubinage et conséquences.**

Il n’y a aucune formalité, la dissolution peut avoir lieu du fait de la rupture ou du décès.

1. **En cas de rupture :**

Il n’y a pas de prestation compensatoire mais éventuellement des dommages et intérêts avec l’art 1382. Cet octroi de dommages et intérêts est assez rare : la rupture du concubinage n’est pas une faute. IL faut alors prouver une faute génératrice d’un préjudice indépendant de la rupture, qui excède celui d’une rupture banale. On constate que la jurisprudence prend en compte les circonstances particulières à l’origine de la rupture : l’auteur avait promis le mariage, ne tient pas sa promesse. La jurisprudence prend également parfois en compte les agissements antérieurs à la rupture 🡪 Le concubin ayant incité la compagne à abandonner son activité professionnelle et qu’il subviendrait à ses besoins. Enfin, elle peut prendre en considération le comportement répréhensible de l’auteur de la rupture : celui qui a délaissé sa compagne pour aller vivre avec la propre fille de celle-ci (CK 2008).

Cependant, rien n’interdit aux concubins de rédiger un contrat réglant la question des dommages et intérêts et les conséquences de la rupture de l’union. Les clauses seront valables sous réserve de l’ordre public : les dispositions ne doivent pas être contraires à des règles impératives.

En cas de séparation conflictuelle, le concubin quia la propriété exclusive du logement du couple peut contraindre l’autre à quitter ce logement : l’art 285-1 prévoyant la possibilité de bail forcé est impossible.

En principe, chaque concubin peut reprendre ses biens s’il peut prouver qu’il en est le propriétaire exclusif.

* En matière mobilière, la preuve peut se faire par tout acte écrit : factures… En matière d’union libre, la possession de bien libre peut être un obstacle redoutable : CK 24 octobre 2012 : le mari s’était accaparé du véhicule, la concubine défend l’idée que le véhicule lui appartient : elle l’a totalement financé 🡪 Les juges ont estimés que le véhicule devait revenir au concubin : art 2276 : *« En fait de meuble, possession vaut titre ».* Le seul fait d’être en possession du meuble fait présumer que le possesseur du bien en est le propriétaire. La solution n’aurait pas été applicable en matière de mariage : art 2276 inapplicable, de même pour le PACS. En matière de concubinage, il n’existe pas d’obligation légale de participation aux dépenses communes du couple, par conséquent, s’il n’y a pas de contrat de concubinage ou de reconnaissance de dette, la jurisprudence n’admet pas l’existence d’une créance de remboursement.
* En matière immobilière : la preuve de la propriété se fait à partir d’un acte notarié, il vaut titre de propriété. Par conséquent, lorsqu’il y a une difficulté concernant un bien immobilier, il suffit de consulter l’acte d’achat pour être fixé.

A défaut de preuve, en matière mobilière ou immobilière, on considère que les biens sont acquis en indivision. Le partage des biens acquis est fait en fonction des quotes-parts dans le titre de propriété. Cette règle s’applique même s’il s’avère que seul l’un des concubins a financé la totalité des biens. 2 cas typiques s’enrichissement sans cause :

* Quand l’un a collaboré bénévolement à l’activité professionnelle de l’autre sans être rémunéré
* L’un a participé financièrement à l’achat d’un bien ou encore à la construction d’un bien qui appartient à l’autre

La jurisprudence s’est durcie sur les demandes de partage de société créé de fait qui permet à chacun d’obtenir une part des profits géré par l’activité commune ou d’obtenir le partage d’un bien réputé appartenir à l’autre.

Entre concubins, si l’on admet une société créée de fait, on admet un partage des biens des concubins. Il faut prouver

* L’existence d’apport
* L’affectio societatis : intention de s’associer pour une entreprise commune, intention de collaborer sur un pied d’égalité à la réalisation d’un projet commun.
* L’intention de partager les bénéfices et pertes de l’activité.

La CK considère que pour qu’il y ait société de fait entre conjoint, il ne suffit pas de prouver une simple participation financière à la réalisation d’un projet commun (avoir construit ensemble un logement familial). On constate aujourd’hui que l’intention de s’associer fait souvent défaut pour admettre l’existence d’une société de fait. Le 20 janvier 2010, la 1ère ch. Civile a estimé qu’une concubine ne peut pas invoquer l’existence d’une société créée de fait pour obtenir la moitié du prix de vente du pavillon qui avait été construit sur le terrain appartenant à son conjoint.

Lorsque la demande est rejetée, la plupart du temps, le conjoint fait une demande à titre subsidiaire sur le fondement de l’enrichissement sans cause.

Lorsque le patrimoine d’une personne s’est enrichi et donc a appauvrie corrélativement une autre personne sans justification juridique, l’appauvrie a le droit à une indemnité. L’enrichissement est justifiée, n’est pas sans cause si entre les intéressés il y a une intention libérale (volonté de donner). Les juridictions apprécient souverainement s’il y a lieu d’indemniser. La CK admet l’enrichissement sans cause lors d’une activité bénévole dans l’activité professionnelle de l’autre, à condition que cette collaboration excède une simple collaboration aux charges de la vie commune : à partir du moment où l’in des concubins s’est investi démesurément en apportant un service à l’autre, il y a dépassement des limites qui, normalement, sont celles des dépenses qu’imposent la vie courante. La CK admet que s’il y a financement de dépenses d’amélioration ou de construction d’un bien appartenant au concubin, lorsque les dépenses excèdent les limites des dépenses aux charges de la vie commune.

La demande d’indemnités sur le fondement de l’enrichissement sans cause sera refusée si les juges estiment que :

* L’assistance apportée par l’un des concubins à la bonne marche de l’entreprise créée par l’autre n’excède pas une simple entraide.
* Les travaux réalisés, les frais engagés par le concubin dans l’immeuble constituent sa participation normale aux charges de la vie commune.
* Lorsque les travaux effectués l’ont été dans une intention libérale.
* Les travaux sont la contrepartie d’un avantage dont le concubin a bénéficié.

1. **En cas de décès :**

Le droit français ne reconnait pas au concubin la qualité d’héritier. Si l’un des concubins ne fait de l’autre son héritier par testament, le conjoint survivant ne pourra demander de succession. S’il bénéficie de legs testamentaires, il devra payer un droit de succession très élevé : 60%.

S’agissant du logement, la loi prévoit que le concubin survivant ne bénéficie d’un droit à continuer à habiter les lieux que si le concubinage date d’au moins un an à la date du décès.

**Titre 2 : La filiation :**

**Avant-propos : définition et évolution :**

1. **Qu’appelle-t-on filiation ?**

La filiation est le lien qui unie un enfant à ses parents, on dit qu’il définit l’état de l’enfant. Ce lien se subdivise en 2 branches : le lien paternel et le lien maternel. Bien souvent, la filiation est biologique : l’enfant conçu est rattaché à celui qui l’a conçu : filiation par le sang. En réalité, la filiation est une donnée juridique complexe : c’est un lien de droit. Le lien entre le géniteur et l’enfant n’existe que sous certaines conditions définies par la loi. La filiation peut être exclusive de toute donnée biologique et reposer sur des facteurs sociaux : la volonté d’intégrer l’enfant à la famille qui l’élève : adoption, dans l’intérêt de l’enfant.

1. **Les différents types de filiation**

3 sortes de filiations : la filiation légitime, naturelle et adoptive. Les 2 premières correspondent à un lien biologique alors que la dernière dépend d’un acte de volonté.

On parle de filiation légitime lorsqu’il s’agit d’un couple marié ensemble.

L’enfant naturel est celui né hors mariage de son père et de sa mère

L’enfant adoptif est rattaché à ses parents adoptifs, mariés ou non. Cette filiation est sans procréation

Ordonnance du 4 juillet 2005 🡪 Les filiations par le sang mènent à abandonner la distinction entre filiation légitime et naturelle.

1. **L’évolution historique du fondement de la filiation**

La filiation fondée sur les liens par le sang n’a jamais été une règle absolue surtout en matière de paternité. Dans la Rome antique, seul la maternité reposait sur les liens du sang. Au contraire, la paternité dépendait d’un acte de volonté.

Dès IIème siècle ap. J-C, pour éviter une recrudescence des enfants abandonnés, non reconnus par le père, il y a la création de la présomption de paternité lorsqu’il y a mariage. La paternité est alors imposée.

Dans le CC, ce fondement est maintenu. En ce qui concerne la paternité naturelle, le CC de 1804 suppose une volonté du père. C’est en 1912 que le législateur rend possible l’action en recherche de paternité.

Dans le droit actuel, le fondement du lien de filiation s’effectue principalement par le sang. Il existe des filiations totalement indépendantes : adoption, procréation artificielle avec tiers donneur : la loi considère que le tiers donneur n’est pas le père des enfants.

1. **L’évolution du droit de la filiation :**

Pendant longtemps, en faveur de la chrétienté, les effets juridiques de la filiation ont été hiérarchisés, en raison d’une faveur du mariage. Le CC de 1804 ne reconnaissait que la famille fondée sur le mariage : l’enfant né hors mariage bénéficiait d’un statut défavorable.

A partir de 1930, des situations sont posés en jurisprudence. En 1972 (3 janvier), il y a une réduction de l’importance de la faveur faite au mariage. Cette loi a introduit 2 grands principes : l’égalité des enfants avec une réserve : l’enfant adultérin et le principe de la recherche de la vérité dans la filiation : un enfant adultérin peut établir sa véritable filiation.

L’ordonnance du 4 juillet 2005 et la loi du 16 janvier 2009 : apporte un véritable bouleversement du droit de la filiation. 3 éléments caractéristiques de cette ordonnance :

* Elle a supprimé les notions de filiation légitime/naturelle.
* Etablissement automatique de la filiation maternelle par indication du nom de la mère dans l’acte de naissance de l’enfant
* Simplification des règles en matière de filiation et unification du régime des actions relatives à la filiation.

**Thème 1 : le droit non contentieux de la filiation**

Règles qui s’appliquent en dehors de tout procès.

**Section 1 : Les dispositions générales relatives à la filiation**

Art 310-1 à 311-24

**Paragraphe 1 : Les principes fondamentaux du droit de la filiation**

Art311-19 et 311-20 : PMA.

Art 311-19 : interdiction d’un lien de filiation entre l’enfant et le tiers donneur.

Art 311-20 : tout action en contestation de la filiation ou en réclamation d’état est interdite après que les époux, les concubins ou encore les partenaires d’un PACS ont donné leur consentement devant un juge ou notaire. L’enfant ne peut pas réclamer en justice l’établissement de sa véritable filiation. Exception : ouverte dans 2 cas :

* L’un soutient que l’enfant n’est pas issue de la PMA
* Le consentement donné à la PMA a été privé d’effet en raison de l’un des évènements suivants : décès, dépôt d’une requête en divorce ou séparation de corps, cessation de la communauté de vie, révocation par écrit du consentement.

L’art 311-20 ajoute que celui qui après avoir donné son accord ne reconnait pas l’enfant engage sa responsabilité 🡪 vise le père le plus souvent.

Principes fondamentaux posés par loi du 3 janvier 1972 : égalité et vérité.

1. **L’égalité des filiations**
2. **Le principe d’égalité**

Art 310. Les enfants entrent dans la famille de leurs pères et mères. Tous les enfants sont rattachés à leurs pères et mères. Auparavant, l’enfant adultérin n’avait pas les mêmes droits successoraux que les autres. La CEDH dans l’arrêt Mazureq du 1er février 2000 a condamné la France pour discrimination sur la naissance. Par conséquent, en 2001, loi du 3 décembre 2001 a supprimé les restrictions limitant les droits successoraux des enfants adultérins.

1. **Les limites**

L’égalité des enfants ne peut être absolue : un enfant né en mariage ne peut pas établir sa filiation comme un enfant né hors mariage. En effet, l’enfant en mariage bénéficie de la présomption de paternité (art 312). Il lui suffira de montrer son acte de naissance pour montrer ses filiations. Hors mariage, la présomption de paternité ne joue pas, il faut que le père le reconnaisse. Même si l’union est stable et ancienne, la présomption de paternité ne joue pas. L’acte de naissance ne peut prouver que la reconnaissance maternelle.

En cas d’inceste absolue (sans aucune dispense possible), la loi a toujours interdit l’établissement du double lien de filiation. Conséquence, le lien de filiation ne peut être établi qu’à l’égard de l’un des parents.

1. **La recherche de la filiation véritable**

Edité en 1972 pour lutter contre la pratique antérieure pouvant légitimer les enfants né hors mariage voire adultérins 🡪 refus de voir la vérité en face pour préserver paix des familles. Aujourd’hui, la jurisprudence donne une large place à la vérité biologique. Il est possible grâce au progrès de la science et des tests ADN de déterminer avec quasi-certitude la véritable filiation. En 2000 (28 mars) la CK a posé comme règle de droit que l’expertise biologique est de droit en matière de filiation 🡪 Dans un procès concernant filiation, le test est de droit.

Même si une large place est donnée à la recherche, il y a des limites :

* Par dérogation, la filiation peut reposer sur la possession d’état (fait ou ensemble de fait faisant présumer l’existence d’un lien de filiation). Dans ces conditions, l’enfant est rattaché à ceux qui le traitent comme leur enfant.
* La loi interdit dans certains cas de rechercher le véritable lien de filiation : art 311-20 🡪 AMP.
* La loi interdit d’établir la filiation biologique d’un enfant placé pour une adoption plénière (art 352).
* La loi laisse une place à la filiation sociologique, basée sur l’affectif. La vérité de la filiation est une vérité juridique

**Paragraphe 2 : Les preuves et présomptions en matière de filiation**

Le CC consacre 3 articles : art 310-3, 311, 311-1 et 311-2

1. **Les preuves non contentieuses**

Avant la réforme de 2005, les preuves non contentieuses variait selon que la filiation soit légitime ou naturelle. Pour l’enfant légitime, l’acte de naissance fait preuve. Pour l’enfant naturelle, c’était la reconnaissance qui établissait le lien de filiation. A défaut de reconnaissance, c’est la possession d’état qui avait pour effet de créer le lien de filiation. Avant cette réforme, on ne parlait pas de reconnaissance pour un enfant né en mariage.

Depuis la réforme de 2005, plus de distinction dans le CC. Art 310-1 : mode de preuves non contentieuses sont

* L’acte de naissance
* L’acte de reconnaissance
* L’acte de notoriété constatant la possession d’état.

Il faut souligner qu’en ce qui concerne l’acte de naissance, il ne peut pas prouver la paternité hors mariage.

C’est une opinion fondée sur les indices/apparence (art 1349-2). La conception est un acte inconnu mais en se fixant sur la date de naissance on peut déduire la date de conception. Les rédacteurs de CC ont créées plusieurs présomptions : concernant la conception et fondée sur la possession d’état.

1. **Les présomptions relatives à la filiation**
2. **La présomption relative à la conception**

Conception classique, avait pour but d’identifier le père en remontant à la date de la conception. En effet, l’art 311 dit que la loi présume que l’enfant a été conçu pendant la période qui s’étend du 300ème jour au 180ème jour inclusivement avant la naissance 🡪 entre le 9ème et le 6ème mois précédant sa naissance. On parle de période légale.

Cette présomption est simple et non irréfragable : elle est considérée comme dépassée car permet seulement de dire que l’enfant X n’est pas issu de M. Y : présomption négative : si le père était hospitalisé, incarcéré, en voyage… Egalement dépassé car aujourd’hui, on dispose de preuves scientifiques.

1. **La présomption fondée sur la possession d’état.**
2. Qu’est-ce que la possession d’état :

C’est un fait ou ensemble de fait qui semble faire exister l’existence d’un lien juridique. On s’en sert lorsque dans tous les cas, une meilleure preuve n’est pas possible.

Depuis la loi de 1982, la possession d’état est un mode de preuve direct, général et autonome de la filiation. Art 311-1 du CC : pour qu’il y ait possession d’état, il faut une réunion suffisante de fait.

1. Faits constitutifs de la possession d’état

Art 311-1 :

* Le traitement (tractatus) : fait pour une personne d’être traité comme l’enfant de tel homme ou de telle femme et le fait pour cette même personne de les traiter comme ses père et mère : prise en charge des faits d’entretien de l’enfant.
* La réputation ou commune renommée (la fama) : fait pour une personne d’être reconnue comme l’enfant de tel autre personne que ce soit dans la famille ou dans la société.
* Le nomen : fait pour l’enfant de porter le nom de la personne qui s’occupe de lui ou encore le nom du couple dont on le dit issu.

Remarque :

* Depuis 2011 : il est possible de prendre en compte des faits de possession d’état antérieure à la naissance 🡪 Le compagnon a accepté la grossesse et a fait savoir qu’il allait être le père d’un enfant (CK 2006).
* Pour qu’il y ait possession d’état, il faut une réunion suffisante de fait : faisceau d’indice. Mais, dans la pratique, la jurisprudence n’applique pas cela à la lettre : elle considère que le faisceau n’est pas indispensable.
* Lorsqu’il y a des faits, les juges les apprécient souverainement, ils peuvent décider qu’il y a absence de possession d’état car les faits invoqués ne sont pas suffisamment révélateurs. Ils peuvent également obtenir d’autre indice que ceux visés à l’art 311-1.

1. Quel caractère doit avoir la possession d’état pour faire preuve de filiation

Réponse art 311-2 : pour que la possession d’état soit constitutive de la filiation, il fait qu’elle soit continue et d’autre part qu’elle soit paisible, publique et non équivoque.

* Possession d’état continue : les faits doivent s’inscrire dans la durée, sur la majeure partie de la vie de l’enfant. Mais la CK n’a jamais appliqué ce principe de manière rigoureuse : les faits de possession d’état ne sont pas dus à une condition de durée. Si les faits invoqués ont été de courte durée ou ont été constitués peu avant le décès du parent prétendu ou se sont constitué très tardivement (après plusieurs années) ou encore s’ils se sont constitué avant la naissance de l’enfant, le lien de filiation est possible.
* Possession d’état paisible, publique et non équivoque : seulement si les faits ne sont pas constitutifs de violence, fraude ou que les faits soient contradictoires, ambigus ou conflictuels 🡪 S’il y a séquestration d’un enfant pour ne pas voir le père biologique, possession d’état non reconnue. Un jugement ou acte de notoriété est obligatoire pour reconnaitre la possession d’état. Acte de notoriété : donné par juge des tutelles, acte gracieux

L’acte de notoriété reconnaissant la possession d’état fait foi jusqu’à preuve du contraire, c’est pour cette raison que la filiation par cette acte est mentionné à l’état civil. Avant toute contestation, il est possible de demander au juge des tutelles l’acte de notoriété.

1. **Etablissement non contentieux de la filiation :**

Reconnaissance, volonté tacite, filiation maternelle

**Paragraphe 1 : l’établissement de la filiation par l’effet de la loi**

1. **La filiation maternelle**

Avant réforme 2005, tout dépendait de si parents mariés ou non : si père et mère mariés ensemble, l’indication du nom de la mère dans l’acte de naissance suffisait à établir indivisiblement la filiation à l’égard des 2 parents. En revanche, si père et mère non mariés, l’indication du nom de la mère n’établissait pas la filiation maternelle car il fallait une reconnaissance expresse.

Loi 3 janvier 1972  et 2005 : l’indication du nom de la mère dans l’acte de naissance valait reconnaissance si l’enfant avait possession d’état de la mère.

Depuis la réforme de 2005, l’art 311-25, la filiation est établie à l’égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l’acte de naissance. Cependant, la loi n’impose pas cette inscription dans l’acte de naissance. L’art 311-25 rend la reconnaissance de la mère inutile.

1. **La filiation paternelle**

Il ne peut y avoir de règle commune, la filiation paternelle établie par la loi est celle de l’enfant né en mariage (art 312) : l’enfant conçu et né pendant le mariage à pour père le mari. Existe depuis le droit romain. Autrefois, la paternité avait un caractère quasi-irréfragable.

Depuis 1972, le principe est la recherche de la vérité : la présomption de paternité est devenue une présomption simple

1. **Domaine de la présomption de paternité**

Avant réforme 2005, les enfants soumis à la présomption de paternité étaient les enfants conçus pendant le mariage.

Depuis la réforme de 2005, le principe s’applique aux enfants nés ou conçu pendant le mariage (art 312 modifié). Si l’enfant est né plus de 300j après la dissolution du mariage,

1. **Les cas d’exclusion de la présomption de paternité :**

Ancien, depuis 1972, 2 cas d’exclusion : Paternité peu probable compte tenu des circonstances :

1. Enfants conçu pendant la séparation légale

La séparation légale est différente de la séparation de fait. Séparation légale lorsqu’époux en instance de divorce ou séparation de corps et que le juge a autorisé les époux à résider séparément par décision de justice. Art 313 dispose que la présomption de paternité est écartée dans ces conditions lorsque l’enfant est née plus de 300j après la date de la séparation légale. S’applique même si le nom du mari est inscrit à l’état civil de l’enfant.

Pont de départ des 300j : différent selon le divorce : contentieux ou non.

Il peut y arriver qu’il y ait réconciliation des époux ou que le juge rejette le divorce, dans ce cas, la présomption de paternité persiste mais à l’expiration d’un délai de 180j après la remise en couple.

1. Enfant déclarés sans indication du mari

Loi 16 janvier 2009, 2 conditions devaient être réunis pour écarter la présomption de paternité :

* Absence d’indication du nom du mari dans l’acte de naissance
* Absence de possession d’état de l’enfant envers le mari.
* Conditions cumulatives.

Depuis 2009, il suffit que l’acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père pour que la présomption de paternité soit écartée. Même s’il n’y a pas son nom, il peut y avoir un rétablissement automatique.

1. **Le rétablissement de la présomption de paternité :**

Malgré l’omission du nom du père, il est possible que le mari soit le père : avant la réforme de 2009, le rétablissement pouvait se faire de plein droit mais uniquement au profit de l’enfant conçu pendant la période de séparation légale.

Depuis 2009, le rétablissement est possible dans tous les cas, pour tous les enfants quelles que soit les situations. Mais à 2 conditions :

* Possession d’état de l’enfant envers le mari
* Absence d’une filiation paternelle déjà établie

Si un tiers a reconnu l’enfant avant sa naissance, le rétablissement de la paternité suppose une action en justice.

**Paragraphe 2 : L’établissement par la reconnaissance :**

En droit, la reconnaissance est un acte volontaire par lequel un parent déclare être l’auteur de l’enfant et veut établir le lien de filiation.

1. **Modalités et formes de la reconnaissance**

La reconnaissance peut se faire à tout moment à partir de la conception de l’enfant : art 316. Il peut être reconnu de manière post natale, de manière prénatale ne produisant son effet qu’à la date de naissance de l’enfant né et viable et quel que soit l’âge de l’enfant, y compris après son décès 🡪 reconnaissance posthume.

La reconnaissance est toujours reconnue comme un acte solennel et authentique.

* Déclaration à l’état civil d’une mairie quelconque.
* Dans l’acte de naissance lui-même.

La reconnaissance peut également être un acte séparé : ce n’est pas l’acte de naissance : acte de décès. Celui qui déclare le décès et déclare être le parent du défunt : il est reconnu comme parent

* La reconnaissance peut également être un acte notarié
* Déclaration en justice : aveu judiciaire, concilié par greffier.

La reconnaissance écrit sous seing privé est nul de nullité absolue mais peut pêtre utilisé comme possession d’état.

1. **Caractère de la reconnaissance**

Reconnaissance est un acte personnel, en aucun cas le père ou la mère de l’enfant ne peut reconnaitre un enfant à sa place. Un enfant mineur ou majeur aliéné ne peut se faire représenter.

C’est un acte facultatif, nul n’est obligé de reconnaitre son enfant : il ne peut pas traduire en justice son parent qui ne l’a pas reconnu. Le parent qui lance une PMA s’engage à reconnaitre un enfant.

Elle a un caractère subsidiaire depuis la réforme de 2007. Pour la paternité hors mariage, reconnaissance obligatoire pour établir filiation.

Dans les autres cas, la filiation est établie par l’effet de la loi : pour la mère, il faut son nom dans l’acte de naissance.

1. **Effets de la reconnaissance**

A un effet unilatéral : la reconnaissance ne créer le lien de filiation qu’à l’égard de son auteur : art 316 al.2.

A un effet déclaratif : les effets de la reconnaissance remontent au jour de la naissance.

Est irrévocable : aucune rétractation n’est possible. Il faut saisir le juge pour pouvoir annuler la reconnaissance. Elle peut être annulée que s’il s’agit d’une reconnaissance de complaisance : fausse reconnaissance ou encore si la reconnaissance est entachée d’un vice du consentement.

Effet de la reconnaissance d’une femme mariée : lorsqu’il y a mariage, il y a présomption de paternité. Lorsque la reconnaissance est faite par l’amant, on présume que le mari est le père. Avant la loi de 2005, solution radicale : primauté de la filiation légitime. Toute reconnaissance était nulle lorsque l’enfant avait une filiation légitime des parents 🡪 art 334-9 afin d’éviter l’éclatement du couple. CK 2006 : Possession d’état envers le mari peut être constitué dès la naissance car il connaissait la grossesse et avait manifesté sa volonté.

Loi 16 janvier 2009 (ratification 2005) n’a pas choisi de donner la primauté à la filiation établie par la filiation de paternité. Principe de chronologie : la filiation établie en 1er est celle qui l’emporte sauf si elle a été contestée et annulée.

Aujourd’hui, art 316-1 du CC : la loi prévoit qu’il y a conflit de filiation : l’enfant est potentiellement rattaché au mari mais également au tiers auteur de la reconnaissance. Le ministère public (procureur) doit saisir le TGI pour trancher le conflit de filiation.

**Paragraphe 3 : L’établissement par la possession d’état :**

Avant 2005, il était admis que les éléments de pur fait étaient suffisants pour prouver le lien de filiation. Désormais, pour que la possession d’état puisse constituer la filiation, il faut qu’elle soit constatée dans un acte de notoriété ou dans une décision de justice.

L’acte de notoriété est délivré par de juge des tutelles demandée par parents ou enfants. L’acte de notoriété fait foi jusqu’à preuve du contraire. Il faut la déclaration de 3 témoins et le juge peut demander des documents supplémentaires s’ils les estiment nécessaires.

L’acte de notoriété ne peut être demandé que dans un délai de 5 ans à compter de la cessation de la possession d’état ou à compter du décès du parent prétendu. Si le délai de 5 ans est dépassé la possession d’état ne peut être constatée que par décision devant le TGI : action en constatation de la possession d’état dans un délai de 10 ans (art 330).

Remarque :

* La demande de l’acte de notoriété est réservée aux parents et à l’enfant mineur. Les héritiers de l’enfant ne peuvent pas demander l’acte de notoriété. Si un enfant estime que son parent avec la possession d’état de celui qu’il considère comme son grand père, il doit introduire une action en constatation.
* Ni l’acte de notoriété, ni le refus d’en délivrer un n’est susceptible de recours
* Ceux qui contestent la filiation constaté par l’acte de notoriété ont la possibilité de saisir le TGI d’une action en contestation dans un délai de 10 ans (art 335).
* La filiation dans l’acte de notoriété est mentionnée en marge de l’acte de naissance de l’état civil.

**Thème 2 : le droit contentieux de la filiation :**

2 catégories :

* Etablir le lien de filiation
* Contester les liens de filiation

1. **Règles communes :**

Ces règles concernent la recevabilité de l’action mais également le fond du litige et le jugement.

**Paragraphe 1 : règles de recevabilité**

Il faut qu’elle concerne un enfant né viable (art 318)

1. **Compétence juridictionnelle**

Seul le TGI est compétent pour les actions en filiation (art 318-1). Pour la compétence territoriale, la compétence est dans le ressors du domicile du défendeur. L’instance se déroule en chambre du conseil, jugement en audience publique.

L’enfant est représenté par son père ou sa mère ou encore un administrateur ad-hoc.

1. **Prescription**

Traditionnellement, les actions d’état étaient imprescriptibles. En 1972, la prescription est possible pendant 30 ans. En 2005, on ramène la prescription à 10 ans.

Art 321 : délai à partir du jour où la personne a été privée de l’état qu’elle réclame.

Pour l’action en réclamation d’état, le point de départ du délai est en principe la date de naissance. La date peut également être postérieure à la naissance, c’est le cas lorsqu’il y a possession d’état.

Pour l’action en constatation de la possession d’état, on attend que l’enfant soit séparé de son parent

Pour les actions en contestation, le point de départ est la date d’établissement de la filiation : date de naissance, de l’acte de reconnaissance, de l’acte de notoriété et du jugement constatant la possession d’état.

Il y a une suspension de la prescription au profit de l’enfant mineur. Le délai de 10 ans est donc rallongé au profit de l’enfant mineur, lorsque c’est lui qui agit. Le délai court à partir de sa majorité.

Délai de 10 ans mais il y a une exception : dans le cas où l’enfant bénéficie d’une possession d’état conforme à son titre : lorsque possession d’état conforme avec acte de naissance : il y a de grandes chances pour que la filiation soit conforme, le délai est alors de 5 ans. Art 333 : ministère public, existence d’une fraude.

Filiation conforme :

* Enfant né ou conçu en mariage : enfant déclarée à l’état civil sous les 2 noms
* Enfant élevé par le couple marié.

Depuis 2005, la loi permet de contester de contester cette filiation dans un délai de 5 ans. L’enfant majeur ne pourra exercer l’action en contestation. Même s’il y a conformité, la loi a rendu possible de la contester dans un délai de 5 ans sauf s’il s’agit du ministère public.

La CEDH, arrêt Pascaud : un homme âgé de 40 ne peut établir sa véritable filiation paternelle, c’est une atteinte à sa vie privée et familiale.

Aujourd’hui, la plupart des actions sont réservés l’enfant :

* actions tendant à l’établissement (possible également par ses parents ou son parent, même mineur) : action en recherche
* exception : l’action en constatation de la possession d’état est ouverte à toute personne qui y a intérêt (art 330).
* Action en contestation ouvertes à tout intéressé dans 2 cas :
  + Lorsque la possession d’état n’est pas conforme au titre.
  + Lorsque la filiation est établie seulement par possession d’état.

La situation des héritiers de l’enfant dont la filiation est en cause. Traditionnellement, ils ne pouvaient exercer d’action relative à la filiation car personnelle et intransmissible. Loi du 3 janvier 1972 : permet aux héritiers d’exercer l’action lorsque leur auteur est décédé en cours d’instance.

Ordonnance de 2005 : abandonne le principe de l’intransmissibilité de l’action : les héritiers peuvent exercer les actions relatives à la filiation tant que le délai de restriction n’est pas atteint (art 322).

1. **Titulaires des actions relatives à la filiation**

**Paragraphe 2 : règles de fond :**

1. **Principes de règlement des conflits de filiation**

Avant réforme 2005, jurisprudence donne place importante aux conflits de filiation. Dans de nombreuses situations, lorsqu’il y avait litige, l’enfant pouvait être rattaché à 2 pères potentiels. Cela devait être tranché par la filiation la plus vraisemblable.

Aujourd’hui, le droit positif donne la primauté au principe de chronologie 🡪 art 330. A partir du moment où la filiation d’un enfant est déjà établie, la filiation ne peut être l’objet de conflit. Cela est fait pour mettre l’enfant à l’abri de conflit traumatisant pour l’enfant, de plus, le législateur a voulu tenir compte du progrès technique permettant la véritable filiation.

Le principe de chronologie n’évite pas toujours les conflits de filiation :

* Si la filiation repose uniquement sur la possession d’état. Incertitude de la date de filiation de la possession d’état.
* Il peut arriver qu’un tiers reconnaisse ce même enfant : difficulté en fonction des dates.
* Lorsqu’un tiers reconnait l’enfant issu d’une femme marié alors que l’enfant bénéficie de la présomption de paternité (reconnaissance prénatale).

Art 336-1 : le procureur de la République saisi le TGI qui devra trancher le conflit.

1. **Régime de la preuve**

Liberté des preuves, peut être faite par tout moyen depuis 2005. Aujourd’hui, la preuve se fait souvent par expertise biologique, voire sanguine. Pour obtenir la preuve scientifique, la CK pose pour règle que l’expertise biologique est de droit (arrêt 28 mars 2000) sauf s’il existe un motif de ne pas y procéder. Motifs :

* Irrecevabilité de la demande : prescription, hors délai
* Impossibilité matérielle de procéder à l’exercice : impossible de localiser le prétendu père ou l’auteur de la reconnaissance.
* Le demande a un caractère dilatoire, sert seulement à gagner du temps
* S’il existe une preuve de paternité particulièrement forte.
* Intérêt supérieur de l’enfant. Arrêt CK 30 septembre 2009 : l’enfant a vu sa filiation contestée par son demi-frère lors du décès de son père pour l’évincer de la filiation : la CK a répondu qu’une expertise mènerai à un caractère déstabilisateur et que de plus, la demande était causée par un intérêt strictement financier
* Possible de refuser l’expertise lorsqu’il s’agit d’une action en constatation de la possession d’état.
* Lorsqu’il y a décès du père prétendu ou encore lorsque c’est le grand-père qui fait l’action en contestation et que l’action concerne son fils défunt. Il considère que son fils n’est pas le père. Ici, le décès est un obstacle car l’art 16-11 al.2 interdit de procéder à une expertise génétique post mortem. Sauf si le défunt a autorisé cette mesure de son vivant. Sauf si la famille du défunt donne son accord.

La CEDH été saisi à 2 reprise pour savoir s’il est conforme d’interdire l’exhumation du corps du défunt pour un test ADN. La CEDH reconnait aux tiers (famille) le droit de s’opposer aux tests ADN 🡪 reconnu en 2009 pour la législation espagnole.

CEDH 13 juillet 2006 : CEDH dit à Suisse que l’inhumation n’est pas un motif légitime de refuser l’expertise, compte tenu en l’espèce d’absence d’enjeu successoral.

Lorsque le juge ordonne une expertise biologique et que le défendeur refuse de s’y soumettre ? Le CC souligne que le consentement est toujours nécessaire avant de procéder à un prélèvement sur son corps, le consentement est donc nécessaire 🡪 intégrité physique. En cas de refus de se soumettre à une expertise, l’art 11 du CPC permet au juge d’en tirer souverainement sa conséquence. Le juge en tire un aveu implicite de la part de l’auteur du refus. Arrêt 9 février 2011 : Si aucun motif sérieux ne justifiait le refus du père prétendu, surtout qu’il résidait avec la mère pendant la période de conception. Mais, selon la CK, le refus peut être justifié si le demandeur n’apporte aucun commencement de preuve. La CK exige que le demandeur puisse prouver des relations intimes pendant la période de conception entre lui et le défendeur. Il peut arriver également que l’enfant qui mène au conflit refuse l’expertise : un couple marié, 3 enfants, la filiation du dernier est contestée par l’amant. L’enfant refuse de se soumettre au test biologique 🡪 En l’absence d’expertise du fait de l’opposition de l’enfant, il n’est pas possible de prouver que le mari n’est pas le père de l’enfant : le tiers est alors débouté de son action (10 juillet 2010). En sens contraire, 24 octobre 2012 : Contestation de paternité du mari sur le 3ème enfant, l’enfant refuse l’expertise : aucun motif légitime d’autant plus que l’enfant déclare voir régulièrement l’amant de sa mère qu’il savait être son père.

1. **Effet des jugements relatifs à la filiation**

Le jugement a un effet déclaratif, un effet rétroactif, affirme une situation préexistante existant depuis la naissance. C’est pourquoi l’homme versant des pensions alimentaires à un enfant pendant des années et fini par ne pas être considéré comme le père : a le droit à un remboursement.

Un jugement relatif à la filiation a autorité absolue de la chose jugée : le jugement est vrai pour tout le monde : la famille mais aussi la société entière (Différent d’autorité relative).

Pour qu’un tiers puisse s’opposer à un jugement relatif à la filiation par la voie de la tiers opposition, il faut que ce tiers puisse exercer l’action relative à la filiation. Opposition n’est pas possible pour la recherche en paternité pour autres personnes que les concernés (action attitrée). Si l’action n’est pas attitrée, le délai pour une action aux tiers est de 10 ans.

Art 324 al.2 : dérogation : le juge peut ordonner d’office que tous les intéressés relatifs à l’action de la filiation soient convoqués au procès.

1. **Les actions aux fins d’établissement**

3 actions communes : actions en recherche (maternité ou paternité), action en rétablissement de la présomption et l’action en constatation de la possession d’état.

**Paragraphe 1 : L’action en recherche de paternité ou de maternité**

1. **L’action de recherche de paternité**

Pendant longtemps interdite. Sous la Révolution et dans le CC, il était impossible d’exercer une action de recherche. Il n’y a que dans l’hypothèse de la disparition de la mère que la recherche était possible. Sinon, la recherche était celle de la paix des familles.

En 1912, pour la 1ère fois, la recherche en paternité est possible, il existait des cas d’ouverture. La voie est étroite.

En 1993, l’action en recherche de paternité a été ouverte plus largement mais il fallait prouver des indices suffisamment graves. Ordonnance 2005 : La recherche en paternité est largement ouverte. La preuve peut se faire par tous moyens. Pour que l’action soit recevable, il ne faut pas que l’enfant ait une filiation paternelle déjà établie par titre ou possession d’état. Si la filiation est déjà établie, il faut la contester.

1. **L’action en recherche de maternité**

Action exercée par un enfant qui prétend établir que telle femme qui a accouché le jour de sa date de naissance est sa mère. Cette action est admise depuis 1804. Cette action est très rare : accouchement sous X. Il ne faut pas que la filiation soit déjà établie par titre ou possession d’état. Il faut d’abord dans ce cas la contester pour en obtenir l’annulation.

1. **Régime procédural des actions**

L’action en recherche est une action attitrée à l’enfant (art 327). Mais en pratique, l’action est exercée par :

* Un parent par lequel l’enfant mineur est rattaché, même si le parent est lui-même mineur 🡪 Art 328 al.2
* Par le tuteur de l’enfant après autorisation du conseil de famille : il ne faut pas de parents.
* Par l’enfant lui-même à partir de sa majorité : art 321.
* Par les héritiers de l’enfant après décès. Possible soit si le décès a eu lieu en cours d’instance soit si le délai de l’action n’est pas expiré. Le délai est de 10 ans à partir de la naissance mais suspendu pendant minorité.

L’action en recherche est lancée contre le parent prétendu ou ses héritiers. La recherche est également possible contre l’Etat s’il n’y a pas d’héritiers ou qu’ils ont refusés.

L’accouchement sous X est une possibilité reconnue pour une femme qui peut abandonner son nouveau-né au service de l’Etat sans responsabilité 🡪 La meilleure façon de préserver le santé de la mère et de son enfant pour éviter les infanticides. La possibilité française est ancienne, existait au XVIIème siècle.

En 1993, la loi a consacré le droit pour toutes les femmes la possibilité de recourir à un accouchement sous X. Code de l’action sociale et des familles prévoient la possibilité de laisser des informations non identifiables et même que la femme puisse lever le secret si elle le souhaite. Depuis 2002, une commission nationale pour l’accès aux origines permet à ces enfants de retrouver leur mère. Réforme 2009 : action en recherche de paternité n’est plus fermée.

Les accouchements dans l’anonymat ne sont-ils pas contraire à la CEDH ? Arrêt Audièvre, CEDH dit que l’intérêt général est en jeu pour éviter les accouchements clandestins 🡪 la législation est conforme à la convention. Le Conseil constitutionnel a également jugée en 2012 que l’accouchement sous X n’est pas contraire à la constitution.

Un homme a-t-il le droit de rattacher une enfant à lui si l’enfant est né dans l’anonymat de la mère ? Affaire Benjamin : CK statue avec arrêt Benjamin 7 avril 2006 🡪 le secret de la naissance de l’enfant ne doit pas empêcher l’établissement de la filiation maternelle.

Les grands-parents peuvent-ils revendiquer l’enfant ? La CK s’y est d’abord opposé, finalement, la CK 2009 estimait qu’ils n’avaient pas qualité à agir car il n’y avait pas de lien de filiation entre leur fille et l’enfant. Aujourd’hui, remis en cause 🡪 plusieurs décisions de juges du fond ont admis la possibilité pour les grands-parents de contester l’arrêté d’admission de l’enfant en qualité de pupille de l’Etat. TGI d’Angers 8 octobre 2009 : souligne que la mère avait eu une attitude ambigüe. La CA confirme le jugement en 2011 : l’enfant doit être confiée aux grands parents en ouvrant une tutelle.

Enfin, le Conseil constitutionnel a rendu une décision en 2012 compromettant le secret de la naissance pouvant remettre en cause la législation autorisant l’accouchement sous X. Le conseil constitutionnel saisi d’une QPC a estimé que la législation actuelle concernant l’adoption des enfants nés sous X doit être annulée sur un point : en effet, la législation prévoit que tout personne souhaitant s’opposer à l’arrêté du président du conseil général déclarant l’enfant comme pupille de l’Etat : cet arrêté serait illégal car une disposition prévoit qu’un recours contre cet arrêté doit intervenir dans les 30 jours. Mais rien ne prévoit que l’arrêté doit être notifié aux intéressés. Désormais, dès l’arrêté, il faut que les personnes susceptibles de recours soient informées.

**Paragraphe 2 : L’action en rétablissement de la présomption de paternité**

Recevabilité de l’action par chacun des époux durant la minorité de l’enfant. Peut également être exercé par l’enfant lui-même pendant les 10 années suivant sa majorité. L’action est attitrée à l’enfant, aucune tierce opposition n’est possible. Pour que la présomption de paternité soit rétablit, il faut que le demandeur prouve la paternité du mari : art 329. L’issu dépendra souvent d’une expertise biologique.

**Paragraphe 3 : L’action en constatation de la possession d’état**

Action créée par la jurisprudence et consacrée par la loi dans la réforme de 2005 🡪 Art 330. L’action en constatation de la possession d’état peut être exercée par le TGI, si le juge délivre l’acte de notoriété ou si les délais requis pour obtenir l’acte de notoriété sont expirés. Cette action en constatation a vocation à s’exercer surtout à l’égard du père non marié qui a élevé l’enfant et qui est décédé sans l’avoir reconnu. Pus rarement, cette action peut être exercée pour rétablir la présomption de paternité. L’action a pour but de consacrer une réalité sociale affective. A la différence des autres actions, une action en constatation ne repose pas sur la recherche biologique.

1. **Régime procédural**

Les titulaires :

* Toutes personnes ayant un intérêt légitime. L’action peut être formée devant le TGI soit après que le juge ait refusé la délivrance d’acte de notoriété.
* Cette action peut être formée par père et mère de l’enfant
* Par l’enfant lui-même
* Par les grands-parents

L’action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers et à défaut d’héritiers contre le ministère public.

Pour que l’action soit recevable

* L’enfant ne doit pas avoir un lien de filiation concurrent déjà établi : l’enfant peut avoir déjà fait une action en recherche mais irrecevable car prescrite. Une action n’empêche pas par la suite une action en possession d’état car il n’y a pas d’identité d’objet et d’identité de cause.
* L’action ne doit pas être prescrite : 10 ans à partir de la cessation d’état (décès) et non pas naissance.

Le demandeur doit simplement prouver la réunion de faits constitutifs d’une possession d’état continue, publique, paisible et non équivoque (art 311-2). Il ne s’agit pas ici de prouver la filiation biologique mais sociologique, la preuve biologique n’est donc pas de droit (arrêt 6 décembre 2007, CK). En 2011, la CK affirme qu’en matière que constatation de la possession d’état, il ne peut avoir lieu de prescription d’expertise biologique.

1. **Effet de la constatation judiciaire de la possession d’état**

Le jugement constatant la possession d’état est déclarative et a autorité de chose jugée. Le jugement est rendu dans le cadre d’une action ouverte à tout intéressé : elle peut donc faire l’objet d’opposition par ce que l’on appelle la tiers-opposition. La loi prévoit que le juge peut convoquer d’office tous les tiers pouvant s’opposer afin de rendre par la suite le jugement inattaquable.

Si le délai de 10 ans est expiré, aucune contestation n’est possible. Si le délai de 10 n’est pas expiré, l’opposant devra prouver soit l’absence de possession d’état soit le caractère vicié de la possession d’état. Ou encore la non-conformité de la filiation vécue avec la filiation biologique, en demandant une expertise médicale.

1. **Les actions en contestation**

**Paragraphe 1 : L’action en contestation de maternité**

Cette action vise à démontrer que telle femme qui est officiellement la mère de tel enfant ne l’ait pas en réalité. L’action est très rare. Art 332 al.1 : Prouver que la mère n’a pas accouché de l’enfant. Il existe 3 situations :

* Si le nom de la mère figure dans l’acte de naissance de l’enfant, il faudra prouver par tous moyens qu’il y a eu supposition (fait d’attribuer la maternité d’un enfant à une femme qui n’en a pas accouché) ou substitution d’enfant (volontaire ou involontaire). Si cela concerne une femme marié, s’il y a annulation de la filiation maternelle, il y a annulation automatique de la filiation paternelle.
* Un acte de reconnaissance a créé le lien de filiation : il faut prouver le caractère mensonger ou nul (ex : reconnaissance de la mère d’un enfant né sous X après 2 mois).
* Si la possession d’état a créé le lien de filiation matérielle, il faut prouver que la possession d’état n’est pas caractérisée ou qu’elle est viciée ou encore que la mère prétendue n’a pas accouché de l’enfant, ce qui suppose une expertise biologique.

**Paragraphe 2 : L’action en contestation de paternité**

Cette action (art 332 al.1) vise à démontrer que tel homme n’est pas en réalité le père de l’enfant bien qu’il soit le mari de la mère de l’enfant ou bien qu’il ait reconnu l’enfant ou alors même s’il traite l’enfant comme le sien. La preuve peut être faite par tout moyen, notamment expertise biologique pour contester la présomption de paternité di mari ou la reconnaissance souscrite par l’auteur de la reconnaissance ou l’acte de notoriété délivré par le juge des tutelles.

**Paragraphe 3 : régime procédural commun au deux actions**

Les deux actions de contestations sont soumises au même régime. Mais les titulaires et les délais de l’action sont différent suivant que la filiation est établit par un titre, une possession d’état ou une concordance entre titre et possession d’état.

1. **Titre et possession d’état conforme**

Il est normal de restreindre la possibilité de contester la filiation de cet enfant. Avant 2005, On ne pouvait contester cette filiation.

Les titulaires sont peu nombreux (art 333) réserve action à l’enfant, à ses père et mère, à celui qui se prétend véritable parent de l’enfant Depuis 2009, le ministère public peut également agir en action en contestation.

Le délai de l’action suppose la réunion de 2 conditions :

* La durée de la possession d’état doit être inférieure à 5 ans. Ex : Condition réunit si enfant a 3 ans quand son père est décédé.
* L’action en contestation doit être exercée dans un délai de 5 ans à compter de la fin de la possession d’état ou du décès du parent. Ce délai est un délai de prescription : suspendu pendant minorité de l’enfant. L’enfant qui a perdu son père avant l’âge de majorité, l’enfant pourra agir en contestation jusqu’à l’âge de 23 ans.

L’action en contestation est irrecevable lorsque la possession d’état conforme au titre a duré 5 ans depuis la naissance. Si le père a reconnu l’enfant lorsqu’il avait 3 ans, dès les 8 ans, la contestation n’est plus possible.

Exception en 2009 : au profit du ministère public : il peut agir en contestation pendant 10 ans : mère porteuse. Il arrive que l’action en contestation est recevable après 5 ans s’il apparait que la possession d’état est remise en cause par des faits postérieurs 🡪 CK 15 mai 2013 : la paternité du mari était contestée après le divorce du couple et la possession d’état avait duré plus de 7 ans. Il se trouve que l’enfant a eu des doutes sur sa filiation dès l’âge de 8 ans et que la rumeur s’était propagé 🡪 possession d’état contestable.

1. **Titre sans possession d’état conforme**

La filiation repose sur une ambiguïté, la loi ouvre alors plus largement l’action en contestation. Art 334 : l’action en contestation peut être engagée par tout intéressé. Le délai est de 10 ans à compter du jour où l’acte de naissance est dressé ou à compter du jour de la naissance en cas de reconnaissance prénatale. Enfin, le délai de 10 peut compter à la date de la reconnaissance si elle est intervenue après l’acte de naissance.

1. **Filiation établie pas la possession d’état**

Pas de titre ici. Si la possession d’état est constaté par jugement, les jugements est contestable par tous, mais la filiation peut être contestée par la voie de la tierce opposition. Si la possession d’état est constatée par acte de notoriété (art 335), la filiation peut être contestée pendant 10 ans, c’est ensuite impossible.

Celui qui conteste la possession d’état doit prouver par tout moyen l’absence de la possession d’état, il doit prouver soit que les faits de possession sont insuffisants, soit que la possession d’état est viciée.

**Paragraphe 4 : Complément sr les actions en contestation**

1. **Rôle du ministère public**

Depuis 2005, le rôle du ministère public a été accrue : il peut contester toute filiation, qu’elles soient confortés ou non par la possession d’état. Si des indices rendent la possession invraisemblable ou en cas de fraude à la loi, c’est pourquoi le ministère public peut contester

* La reconnaissance paternelle d’un transsexuel de sexe féminin à la naissance.
* La trop petite différence d’âge entre celui qui reconnait et l’enfant : il faut qu’il y ait au moins 12 ans d’écart
* S’il y a eu un grand nombre de reconnaissance frauduleuse émanant d’une même personne.
* La reconnaissance prénatale d’un enfant né à l’étranger à l’issu d’un processus de GPA.

Le ministère ne peut contester que lorsque l’ordre public est en cause, ce n’est pas le cas des reconnaissances mensongères ou de complaisance.

1. **Effet de l’action en contestation en cas de succès**

* Mène à une annulation rétroactive du lien de filiation et à une mention du jugement dans l’acte de naissance.
* Il y aura une disparition des droits et obligations du défendeur dont la parenté a été contestée et annulée.
* Aucune obligation d’entretien et d’éducation de l’enfant
* Annulation de la présomption de paternité
* Changement de plein droit du nom de l’enfant mineur. S’il est majeur, il peut préserver le nom s’il le souhaite depuis 1993.
* Droit au maintien des relations avec le parent dont la filiation a été annulée : droit de visite, d’hébergement, de correspondance.

En cas d’échec de l’action en contestation, le demandeur peut éventuellement être condamné à des dommages et intérêts si le défendeur prouve un préjudice.

1. **Cas particulier des enfants conçus d’une PMA ou d’une GPA à l’étranger**

La GPA est une méthode de procréation destinée à remédier à l’infertilité d’une femme causé à l’absence ou la déformation de l’utérus. Une autre femme est nécessaire pour que cette femme puisse accueillir un enfant. Cette femme portera l’enfant conçu par la femme infertile et son mari ou compagnon. Cette femme remet ensuite l’enfant à la naissance au couple infertile. La mère sera la mère biologique sauf si le couple a eu recours à un don d’ovule.

Il y a une différence entre la GPA et la PMA. La PMA est une création avec des gamètes. Aujourd’hui, certains couples d’hommes homosexuels ont recours à la GPA.

Le CC interdit la GPA (art 16-7). Depuis 1991, la CK considère en arrêt d’assemblée plénière que les conventions de GPA sont nulles pour atteinte à l’ordre public. Le CP prévoit des sanctions pour les personnes qui réalisent un acte d’entremise entre une mère porteuse et un couple stérile. Possible en Inde, Russie, Californie, Belgique…

Effets de la GPA en France pratiquée à l’étranger : pour CK : la jurisprudence refuse que la filiation de l’enfant soit établie envers la femme qui l’a accueilli et qui l’élève : la mère d’intention. Il est impossible de transcrire l’acte étranger constatant l’acte de filiation sur les registres de l’état civil français. La femme ne peut adopter l’enfant même s’il est rattaché à son mari.

En 2011, la CK a fait remarquer que le lien de filiation ne peut pas être établit pas la possession d’état.

En 2013, la CK a estimé que même la filiation paternelle ne peut être reconnue en France s’il y a GPA.

Difficultés :

* On se trouve face à des parents ne pouvant exercer l’autorité parentale.
* Sans nationalité française car n’ont pas de lien de filiation.

Pour la CEDH, pour des enfants conçus avec des gamètes ou ovocytes d’une donneuse, condamne la jurisprudence française sans se prononcer en faveur de la légalisation de la GPA. 🡪 Affaire Ménesson. L’arrêt est motivé par 2 éléments :

* Intérêt supérieur de l’enfant. Le refus des autorités de la filiation porte atteinte à l’identité d’être humain de l’enfant : filiation et nationalité.
* Il y a une atteinte aux droits du père biologique contraire à la CEDH.

CE le 12 décembre 2014 : *« La seule circonstance que la naissance d’un enfant à l’étranger ait pour origine une convention de GPA entachée d’une nullité, ne peut pas conduire cette enfant à obtenir la nationalité française à laquelle il a droit lorsque sa filiation avec un français est établi ».*

*Faut-il admettre la demande en vue d’adoption plénière faite par la conjointe de la mère d’un enfant, enfant conçu à la suite d’une PMA pratiquée à l’étranger ?*

L’adoption n’est possible que si le couple est marié. La jurisprudence est divisée sur cette question, la loi n’ouvrant la possibilité de la PMA qu’aux couples hétérosexuels 🡪 art L-2141-2 du CSP. Certains tribunaux ont estimé qu’il faut répondre par l’affirmatif : la PMA, contrairement à la GPA ne heurte pas l’ordre public. D’autre part, certains tribunaux (TGI de Versailles, 4 décision en 2014), refusent l’adoption.

Compte tenu de l’absence de parti pris, la CK a été saisi pour avis : saisine pour avis. 26 septembre 2014 : condamne la position retenu par le TGI de Versailles : *« Le recours à la PMA sous la forme d’une insémination avec donneur anonyme à l’étranger ne fait pas obstacle au prononcé de l’adoption par l’épouse de la mère de l’enfant né de la PMA dès lors que les conditions légales de l’adoption légale sont réunies et qu’elle est conforme à l’intérêt de l’enfant »*.

1. **L’action de subsides**

Comporte une particularité : ce n’est pas une action d’état concernant la filiation. C’est une action reposant sur la possibilité de paternité et non par sur la preuve. Le but est souvent d’obtenir le versement d’une pension alimentaire d’une personne qui est le père potentiel. Il s’agit de réclamer une contribution à celui qui a eu des relations intimes avec la mère pendant la période légale de conception. Ce n’est pas une action d’état mais une action indemnitaire.

Cette action est créée en 1972, c’est le prolongement de l’action alimentaire de 1955 pour venir en aide aux enfants adultérins.

Dans le cadre de la réforme de 2005, l’action est maintenue pour 2 raisons :

* Il y a des cas où la mère peut souhaiter légitimement que le père n’exerce pas l’autorité parentale 🡪 viol
* Le rattachement forcé d’un enfant à un homme n’est pas toujours possible 🡪 enfant incestueux.

**Paragraphe 1 : Exercice de l’action**

L’action de subsides est assimilée à une action relative à la filiation : c’est le TGI qui est compétent. Au point de la compétence territoriale, il peut saisir le TGI de son domicile ou celui du défendeur. Condition de l’art 342 et suivant :

* La filiation paternelle de l’enfant ne doit pas être légalement établie. Action possible dans tous les cas où l’enfant est sans père 🡪 enfant né hors mariage non reconnu, adultérin, incestueux. Enfin l’enfant sans possession d’état à l’égard du mari.
* Existence de relations sexuelles entre la mère et le défendeur pendant la période légale de conception. Cette preuve peut se faire par tout moyen y compris par expertise biologique.

Si le défendeur refuse une expertise biologique, le juge peut en déduire un aveu implicite de paternité et dans ces conditions, il devra verser une pension alimentaire même si l’objet de la demande n’est pas d’établir la paternité.

L’action est réservée à l’enfant sans père et est exercée par la mère lorsque l’enfant est mineur. A défaut, l’action sera exercée par l’enfant une fois majeur durant 10 ans suivant sa majorité. L’action est dirigée contre l’homme qui a eu des relations intimes avec la mère pendant la période de conception. La mère peut assigner plusieurs hommes. Dans ce cas, le juge peut prononcer une décision in solidum : tous les hommes sont tenus de verser la pension alimentaire.

**Paragraphe 2 : Effets de l’action subsides**

En cas de succès de l’action, le jugement produit des effets limités : en effet, l’action est sans incident sur le lien de filiation. Cette action ne confère aucun lien successoral. L’action reste sans incidence sur le nom de l’enfant. Il n’y a pas non plus d’incidence sur l’exercice de l’autorité parentale.

Le seul effet de ce jugement est de condamner le défendeur à donner une somme d’argent dite pension alimentaire, fixée selon les besoins de l’enfant et les ressources du défendeur et sa situation familiale.

Néanmoins, le jugement a des effets sur les empêchements à mariage : il est possible que le débiteur soit le père de l’enfant donc empêchement entre le débiteur et l’enfant. Egalement empêchement entre le conjoint du débiteur et l’enfant. Egalement entre les parents du débiteur et l’enfant.

Le jugement de condamnation n’a pas un effet déclaratif mais constitutif : il prend effet à la date où il est rendu.

Par la suite, il est possible d’obtenir un lien de filiation : l’autorité de la chose jugée n’interdit pas une reconnaissance postérieure de l’enfant par le débiteur. L’enfant peut lui-même exercer une action en recherche de paternité. Si l’action en recherche est lancée et qu’il n’est pas en réalité le vrai père, le débiteur sera libéré du versement. La CK a refusé que celui qui versait les pensions et qui n’est pas le vrai père ait une action en restitution.

Lorsqu’il y a décès du débiteur de la pension alimentaire, la charge est transmise aux héritiers. Le montant sera prélevé sur l’actif successoral. Si le prélèvement sur la succession n’est pas possible, les héritiers sont tenus personnellement de verser la pension.

**Thème 3 : La filiation sans procréation ou l’adoption**

L’adoption est une situation créant un lien de filiation sans procréation. Elle repose sur un acte de volonté créant un lien de filiation condition qu’un jugement intervienne pour conforter cette situation. Elle est présentée comme une institution humanitaire afin de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. Il s’agit de remplacer la filiation biologique par une filiation fictive.

L’adoption est devenue une manière d’accueillir un enfant au sein d’un couple infertile et de mener un projet au sein d’un couple homoparental.

Plusieurs réformes durant tout le XXème siècle et aujourd’hui, les règles de l’adoption sont stables.

1. **L’adoption plénière :**

C’est une adoption ou l’enfant adopté est légalement assimilé à l’enfant biologique de l’adoptant. C’est le cas lorsque 2 époux recueillent un enfant abandonné. C’est également le cas lorsque l’un des époux adopte l’enfant mineur de son conjoint.

**Paragraphe 1 : Conditions**

1. **Conditions de fond requises de l’adoptant**

Celui ou ceux qui adoptent. Il y a des conditions relatives à l’âge et à la situation familiale. Lorsque l’enfant est pupille de l’Etat ou lorsque l’enfant est confié à un organisme autorisé pour l’adoption (OAA) ou lorsqu’il s’agit d’un enfant étranger. Cette enfant ne peut être adopté que par des époux non séparés de corps, marié depuis plus de 2 ans ou âgé chacun de plus de 28 ans.

Elle est également possible pour les personnes seules de plus de 28 ans. Il peut s’agir d’une personne célibataire, d’une personne mariée qui agit seule ou encore d’une personne veuve. Enfin, l’homosexualité de l’adoptant n’est pas un obstacle.

Les adoptant doivent avoir au moins 15 ans de plus que les enfants qu’ils veulent adopter mais ce n’est pas une règle absolue : l’existence de juste motif permet de déroger à cette règle.

Remarque :

* On constate que la loi accorde une faveur aux personnes mariées : on estime que le mariage offre une meilleure stabilité pour l’enfant. L’adoption est fermée aux couples non mariés (concubins, PACS), mais ils peuvent adopter séparément. Art 12 de la CEDH : droit de fonder une famille : CEDH répond qu’il n’y a pas de discrimination.
* L’adoption peut concerner l’enfant du conjoint : aucun âge minimum n’est requis pour l’adoptant et la différence d’âge est réduite à 10 ans avec dérogation possible. L’adoption de l’enfant du conjoint ne vise que le couple marié. La jurisprudence s’oppose à ce qu’une femme adopte l’enfant de sa concubine (art 346). Depuis 2013, les concubines ont le mariage pour sauter l’obstacle.
* Il y a des limites à l’adoption de l’enfant du conjoint :
  + L’époux ne peut adopter l’enfant du conjoint si cet enfant à une double filiation légalement établie. L’adoption sera toutefois possible si l’autre parent s’est vu retiré l’autorité parentale
  + Si l’un des parents est décédé sans laisser de grands-parents ayant des liens affectifs avec l’enfant. Même s’il y a des grands-parents, l’adoption est possible s’il est possible de prouver qu’ils se sont manifestement désintéressés du petit enfant.
* On peut recourir à l’adoption en présence de descendants. Depuis 1976, il n’est plus interdit à un enfant ou à un couple qui a déjà un ou plusieurs enfant d’adopter. Toutefois, le juge peut s’y opposer si l’adoption est de nature à compromettre la vie familiale 🡪Cour de Paris en 1985 s’est opposée à ce qu’un homme divorcé ayant déjà une fille de 12 ans adopte le fils de sa nouvelle épouse qui avait 13 ans : cela risquait de traumatiser sa propre fille.
* L’existence d’un lien de parenté ou d’alliance entre l’enfant et l’adopté n’est pas un obstacle à l’adoption plénière. Ainsi, CA de Paris en 1998 : une sœur peut adopter son jeune frère (13 ans d’écart). Normalement, la différence d’âge doit être de 15 ans. Un grand-père peut adopter son petit-fils, un beau-père son gendre
* L’adoption posthume : après le décès de l’adoptant. La condition est que le décès survienne après que le défunt ait recueilli l’enfant.

1. **Conditions de fond requises de l’adopté**

Conditions d’âge et concernant l’accueil au foyer de l’adoptant.

* Pour adoption plénière il faut avoir moins de 15 ans et qu’il soit accueilli au foyer de l’adoptant depuis au moins 6 mois. Par dérogation, il peut être adopté jusqu’à l’âge de 20 ans, c’est possible dans 2 situations :
  + L’enfant a été recueilli avant 15 ans mais les adoptants ne remplissaient pas les conditions légales pour qu’il puisse être adopté.
  + L’enfant a fait l’objet d’une adoption simple avant 15 ans qui s’est transformé en adoption plénière plus tard (avant 20 ans).
* Il faut un consentement à partir de 13 ans sur son adoption par acte authentique (notaire). Le consentement peut être rétracté jusqu’à l’adoption : art 345.
* Enfin, l’enfant doit avoir la qualité d’enfant adoptable : possible que s’il ne fait partie d’une catégorie définie par la loi d’enfant adoptable : art 347 :
  + Enfant dont les parents ont consentis à l’adoption : art 348 CC : hypothèse où le lien de filiation existe avec le ou les parents mais il y a une manifestation des parents ou du conseil de famille qui rend l’enfant adoptable. Le consentement des familles ou du conseil de famille doit se faire par acte authentique. Le plus souvent, il est reçu par le service de l’ASE. Loi a prévention pour éviter trafic d’enfant :
    - le père et la mère doivent consentir à l’adoption lorsque la filiation de l’enfant est doublement établie.
    - Le père, la mère ou le conseil de famille n’ont pas le choix de l’adoptant.
    - Le consentement des enfants en très bas âge (moins de 2 ans) : n’est valable que si remis aux services de l’ASE ou à une OAA.
    - S’il s’agit d’une adoption intrafamiliale (art 348-5)
* le consentement n’est pas irrévocable : il peut être rétracté dans le délai de 2 mois à condition que l’enfant n’ait pas été placé.
  + Enfant déclaré abandonné par décision de justice (art 350) : il s’agit d’enfant de l’ASE confié à une famille d’accueil, ils sont également placé au titre d’assistance éducative. Pour que ces enfants soient adoptables, il ne faut plus qu’il y ait de lien avec leurs parents. Pour que l’enfant puisse être adoptable, il faut qu’il soit saisi d’une demande d’abandon de l’enfant, émanant du procureur de la République ou du président du conseil général. Un enfant sera déclaré abandonné si le juge constate un désintérêt manifeste et volontaire de la part de ses parents pendant un délai d’un an précédant la demande : aucune visite à la famille d’accueil, aucun contact téléphonique.
  + Enfant pupille de l’Etat (né sous X) : un enfant confié ou recueilli par l’ASE depuis plus de 2 mois a la qualité de pupille de l’Etat : pour enfant nés sous X, père et mère qui l’abandonne, orphelins, parents faisant l’objet d’un retrait total, enfant dont parents ont consentis à l’adoption. L’adoption posthume d’un enfant défunt est possible si l’enfant est décédé après avoir été recueilli (art 353)

1. **Conditions relatives à la procédure**

L’adoption comporte 2 phases : préparatoire et judiciaire.

* **Phase préparatoire** : se caractérise pour l’adoptant par la nécessité de l’agrément. Du côté de l’adopté : le placement.
  + **L’agrément** : autorisation légale d’adopter délivré par le conseil du département. Elle est donnée après avis d’une commission quand enfant pupille de l’Etat, enfant confié à une OAA ou enfant étranger. L’agrément n’est pas nécessaire lorsqu’il s’agit d’une adoption intrafamiliale : parent jusqu’au 6ème degré. Le but de l’agrément permet de vérifier un certain nombre de garanties : matérielles, éducatives, affectives… l’agrément peut être refusé : si c’est le cas ou qu’il est accordé pour une durée de 5 ans, la décision doit parvenir au postulant dans les 9 mois. S’il y a refus, il doit être motivé et une nouvelle demande peut être faite dans un délai de 30 mois.
  + **Placement**: pas ASE ou par OAA. Le placement est une pré-adoption. Dès qu’il y a placement, l’enfant ne peut être restitué à sa famille d’origine. L’enfant ne peut non plus faire l’objet d’une reconnaissance ni l’objet de recherche en paternité.
* **Phase judiciaire**: il ne peut y avoir d’adoption sans décision de justice depuis 1939. Une requête doit être déposée devant le TGI de domicile qui doit statuer dans un délai de 6 mois en principe. Le TGI doit vérifier si les conditions posées par la loi sont remplies, si l’adoption est conforme aux intérêts de l’enfant et enfin si l’adoption n’est pas de nature à compromettre la vie familiale. Si la requête en adoption est rejetée, le jugement est susceptible d’appel. Pour éviter que la famille d’origine remette en cause l’adoption, la tierce opposition n’est pas possible sauf s’il y a eu un dol ou une fraude à la loi (art 353-2) Ex : si l’adoption est cachée aux grands-parents qui voulaient s’en occuper.

**Paragraphe 2 : Effets**

1. **Création d’une nouvelle filiation exclusive**

Confère à l’enfant une nouvelle filiation qui vient se substituer à sa filiation d’origine, les liens avec la famille biologique sont rompus. Un nouvel acte de naissance est établi et l’acte initiale est détruit (art 354 al.3)

L’autorité parentale est exclusivement dévolue aux parents adoptifs. Il perd le nom de sa famille d’origine et prend le nom des adoptants (art 357). Les prénoms peuvent également modifier les prénoms.

Pour l’obligation alimentaire, l’adopté ne doit des aliments qu’à son ou ses parents adoptifs. En matière successoral, l’enfant adopté bénéficie des mêmes droits que les enfants biologiques et il est exclu de la succession de ses parents biologiques. Il existe 2 exceptions :

* Adoption de l’enfant du conjoint. Il y a dans ce cas coexistence entre famille d’origine et famille nouvelle.
* Pour des raisons morales, il y a maintien des empêchements à mariage entre l’adopté et sa famille biologique.

1. **Irrévocabilité de l’adoption**

L’adoption plénière est en principe définitive. A partir du moment où le jugement a autorité de la chose jugé, on ne peut revenir en arrière afin d’éviter que l’annulation de cette filiation créé pour l’enfant un vide de filiation. Autrefois, lorsque l’enfant avait fait l’objet d’une adoption plénière, il ne peut plus faire l’objet d’une autre adoption. Mais depuis 1996, la mesure s’est assoupli pour motif grave : une adoption simple est possible, les liens avec la famille adoptive

1. **L’adoption simple**

Il y a adoption simple lorsque l’adopté est officiellement rattaché à 2 familles. Peu utilisé. Adoption à des fins successorales ou fiscales. Autorisé au couple de même sexe.

**Paragraphe 1 : Conditions**

Pas de différences entre adoption plénière et simple : ouverte à un couple d’adoptant marié, conditions d’âge (au moins 28 ans), différence d’âge de 15 ans, agrément mais il existe certaines particularités :

* L’adoption simple est possible quel que soit l’âge de l’adopté et même s’il est majeur. Seul le consentement de l’adopté est alors exigé.
* L’adoption simple de l’enfant mineur du conjoint est permise même s’il a déjà une filiation établie à l’égard d’une personne de même sexe que l’adoptant mais à condition que l’autre parent y consente.
* En matière d’adoption simple, il n’est pas nécessaire que le futur adopté soit placé et recueilli dans la famille de l’adoptant : il n’y a pas de pré-adoption.

**Paragraphe 2 : Effets**

1. **Création d’une nouvelle filiation complémentaire**

Le double lien de filiation produit des conséquences :

* L’enfant porte un double nom : celui de sa famille d’origine et celui de la famille de l’adoptant. Il faut un consentement pour l’adopté majeur. Art 363 : le tribunal peut décider qu’il ne portera que le nom de l’adoptant sur demande de ce dernier.
* L’obligation alimentaire : l’enfant est tenu à une obligation alimentaire envers les 2 familles. Les parents biologiques ne sont tenus d’obligation alimentaire que de manière subsidiaire.
* Les empêchements à mariage : entre l’adopté et les membres de la famille biologique subsiste. De nouveaux empêchements apparaissent compte tenu de l’insertion de l’enfant dans une nouvelle famille mais ils sont réduits : aucun empêchement entre l’adopté et les ascendants. Art 366
* Droits successoraux : il en bénéficie dans les 2 familles. Quand il y a adoption simple, l’enfant ne peut pas hériter de son grand-père ou de sa grand-mère (art 368)
* Autorité parentale : elle est exercée exclusivement et intégralement par les parents adoptifs. Seul exception : lorsque l’adoption simple concerne l’enfant du conjoint, c’est alors le parent biologique qui exerce l’autorité parentale.

1. **Absence de caractère définitif de l’adoption**

La révocation est possible et il est possible de transformer l’adoption simple en adoption plénière

* **Révocation possible**: possible à la demande de l’adoptant à condition que l’adopté ait plus de 15 ans. Elle peut également être révoquée par l’adopté. S’il est mineur, la demande est faite par le ministère public ou par les parents biologiques. Dans tous les cas, la révocation ne peut être prononcée que par jugement et si des motifs graves le justifient. En cas de révocation, tous les effets de l’adoption disparaissent à l’exception (art 370-2) à l’exception de la modification des prénoms. Dans la famille nouvelle, les empêchements à mariage restent maintenus pour un critère moral
* **Transformation d’adoption simple en adoption plénière**: à la demande de l’adoptant et si la famille d’origine est d’accord. Ne concerne qu’un enfant ayant fait l’objet d’une adoption simple avant d’atteindre l’âge de 15 ans.

Remarques : loi 17 mai 2013 :

* Art 1 du 17 mai 2013 : ouvre aux couples homosexuels l’adoption. Concrètement, même si l’adoption est ouverte, seul 2 modalités sont envisageables : l’adoption d’un enfant étranger au couple, soit l’adoption par l’une d’elle de l’enfant de son conjoint.
* L’adoption est le seul moyen de créer un lien de filiation entre un enfant et les deux membres du couple de même sexe. En effet, même s’il y a mariage, un tel couple ne peut se prévaloir de la présomption de paternité (art 6-1)
* Cette loi veut permettre à une personne adoptant seul de faire également adopter cet enfant par son conjoint.
* Le jurisprudence devra évoluer compte tenu des nouveaux textes : avant la loi de 2013, la CK s’était opposé aux adoptions successives concernant une même personne et notamment à ce que la concubine adopte l’enfant de sa compagne.