

Table des matières

1	Introduction Générale du droit de la famille	2
I	Les couples	3
2	Les couples mariés	5
2.1	Le mariage	5
2.1.1	La validité du mariage	5
2.2	Les devoirs et obligations du mariage	16
2.2.1	L'article 212	17
2.2.2	Les articles 214 et 215 du C.Civ	18
3	Le divorce	21
3.1	Les différents types de divorce	21
3.1.1	Les divorces consentis	21
3.1.2	Les divorces subis	24
3.2	Les effets du divorce à l'égard des époux	29
3.2.1	L'usage du nom patronymique	29
3.2.2	L'attribution du logement familial	29
3.2.3	Les effets pécuniaires du divorce	30
II	Les enfants	33
4	La filiation charnelle	34
4.1	L'établissement initial de la filiation charnelle	34
4.1.1	La date de la conception	34
4.1.2	L'établissement de la filiation par l'effet de la Loi	34

Chapitre 1

Introduction Générale du droit de la famille

Pour parler d'un droit de la famille, il faut d'abord parler de la famille : on pourra voir la famille dans l'histoire, dans la sociologie, ou encore dans l'affectif. Est-ce que la famille contemporaine est la même que la famille du Moyen-âge ? La notion de famille a infiniment évolué.

Au moment où on promulgue le Code Civil en 1804, la famille est un couple d'un homme et d'une femme mariés. L'idée du mariage est proche de l'idée religieuse : on se marie pour la vie et au delà. Le divorce est peu ancré et apparaît définitivement en 1884 dans le Code Civil. On parle d'enfants légitime quand les parents sont mariés. Pour les autres, le code parlera d'enfants naturels.

Aujourd'hui, le mariage existe encore certes, mais concerne les couples hétéro comme les couples homos. De plus, d'autres modèles conjugaux se sont créés : le PACS notamment mais aussi le concubinage qui a été introduit dans le Code. Le divorce existe bien sûr, mais a été fortement facilité. La distinction enfant légitime/naturel a été supprimée. Ensuite, devant la facilité à se marier et à divorcer, c'est devenu de plus en plus courant de ne pas passer sa vie avec une seule personne (entre 40 et 50% des mariages finissent par un divorce). Des familles recomposées sont aussi apparues.

Il y a donc aujourd'hui beaucoup de possibilités de famille. Certains parlent péjorativement de "plat à la carte". Il y a donc pluralité de situations : l'enjeu de la loi est donc de cadrer le champ des possibles, il n'y a pas de modèle. La fonction du législateur serait donc de veiller à ce que il n'y ait pas de situations déséquilibrées. Le législateur cherche donc à encadrer les champs de liberté pour pas qu'il y ait de situations désavantageuse pour quelqu'un.

Le droit de la famille est un droit vivant, mais aussi très technique. Parler du droit de la famille à notre époque, c'est surtout parlé des couples et donc aussi de leurs enfants si ils en ont.

Première partie

Les couples

Aujourd'hui, il y a trois types de couples : les couples mariés, les couples Pacsés, ainsi que les couples en concubinage.

Chapitre 2

Les couples mariés

2.1 Le mariage

2.1.1 La validité du mariage

Les conditions de validités

§1. Les conditions de fond.

Les conditions relatives à l'État des personnes :
Éléments d'ordre individuel : le sexe et l'état de santé.

Dans la version de 1804, on ne dit pas explicitement que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Le mariage est cependant l'union d'un homme et d'une femme : c'est évident car malgré la révolution française, malgré la laïcisation du Droit Civil (et donc du droit de la famille), le mariage dans la conception du Code Civil est pratiquement la résultante de la conception religieuse catholique. Puisque les choses sont implicites, l'article 144 ancien du C.Civ nous dit "L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter mariage", c'est le seul qui nous permettent de deviner que le mariage a la conception d'une union d'un homme et d'une femme.

La loi du 17 Mai 2013 est une loi qui va aboutir à écarter l'idée que le mariage repose sur la différenciation des sexes. Depuis cette loi, l'union peut être d'un homme et d'une femme, de deux hommes ou deux femmes. Le Conseil Constitutionnel a dû vérifier la loi ; dans sa décision du 17 Mai 2013 dit que si les lois avant 2013 voyaient le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle ne peut constituer un principe fondamental de la République au sens du préambule de 1946. Le sexe est donc indifférent.

Concernant l'état de santé, jusqu'à la loi du 20 Décembre 2007 (loi relative à la simplification du Droit), les futurs époux avaient obligation de produire en vu du mariage un certificat prénuptial (ce certificat avait été instauré pendant le régime de Vichy) et qui apparaissait dans l'ancien article 63, alinéa 2 du C.Civ. Si l'un des époux a un problème de santé important et le dissimule à l'autre, alors si l'on considère que l'autre conjoint n'aurait pas accepté le mariage en connaissance de cause, celui-ci peut invoquer l'article 180, alinéa 2.

Concernant l'âge, en 1804, le mariage était autorisé à 15 ans pour une femme et 18 ans pour l'homme (art. 144 ancien, voir ci dessus). Il faut attendre la loi du 4 avril 2006

pour qu'on modifie ce principe. Cette loi est intéressante car elle avait pour objectif de renforcé la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs donc contre les mariages forcés (à l'égard des femmes mineurs). L'âge est donc de 18 ans, peu importe le sexe.

Cependant, l'article 145 pose une exception en cas de motifs graves. Il faut une dispense d'âge accordée par le procureur de la République. Il faut obtenir, à côté de la dispense d'âge, l'autorisation des parents du futur époux mineur. On remarquera que la Loi ne précise pas les motifs graves, le procureur apprécie donc ceux-ci. Traditionnellement, on considère comme motif grave le fait qu'une femme soit enceinte, mais il est à précisé que le procureur sera très vigilant.

I- Les éléments d'ordre familial

1. Les autorisations au mariage

a. Le mariage d'un mineur incapable

Le mineur en droit français est celui ou celle qui a moins de 18 ans. Cependant, il faut distinguer les mineurs émancipés. À partir de 16 ans révolus, avec le consentement parental, le mineur peut être considéré comme un mineur émancipé. La conséquence de cet état est donné à l'article 413-6, alinéa premier "Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. § Il doit néanmoins pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que si il n'était point émancipé".

Pour le consentement parental, le C.Civ prévoit toute une série d'hypothèse. Le point de départ est donné à l'article 148 du C.Civ. Même article qui pose la première hypothèse du C.Civ : si les parents ne sont pas d'accord, le consentement est donné. Si l'un des parents est mort ou incapable de manifester sa volonté, on voit l'article 149 qui dit que le consentement de l'un suffit.

Si les deux parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ce sera aux aïeux de donner leur accord (art. 150). Un aïeul est un ascendant en ligne directe paternelle ou maternelle au deuxième, troisième et quatrième degré de parenté.

Si il n'y a ni père, ni mère ni aïeux pouvant exprimer leur volonté, on fait appel au conseil de famille et obtenir son consentement.

b. Le mariage d'un majeur incapable

Il faut partir de l'art. 425 du C.Civ. Toute personne dans l'incapacité d'exprimer sa volonté bénéficie d'une protection juridique.

Trois variantes de protection juridique : sauvegarde de justice ; curatelle ; tutelle.

La sauvegarde de justice est prévu par les article 433 et suivants du C.Civ. Cette sauvegarde de justice va permettre de protéger la personne en question sans la dessaisir de ses prérogatives juridiques. Par exemple une personne très âgée, légèrement fragilisée, va pouvoir continuer d'agir comme elle le veut mais pourra obtenir des annulations de vente par exemple ou des meilleures conditions contractuelles. En matière de mariage, cependant, la sauvegarde de justice n'impose ni ne donne rien de plus à la personne.

Lorsque l'on a une personne placée sous curatelle, elle est altérée légèrement de ses capacités mentales. Les articles 440 et suivants du C.Civ dispose de la curatelle. La personne sous curatelle a besoin d'être assistée ou contrôlée dans les actes importants de la vie civile. L'article 460 du C.Civ dispose que le mariage d'une personne sous curatelle ne se fait que sur autorisation du curateur ou à défaut, du juge des tutelles.

Lorsqu'une personne est placée sous tutelle, la personne souffre de troubles graves affectant son discernement et ses capacités intellectuelles. Cette personne, nous dit le C.Civ à l'article 440, a besoin d'être représentée dans les actes de la vie civile. Le tuteur va

représenter la personne. Le mariage d'une personne en tutelle, n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille si il a été constitué. Même si par principe, rien ne fait obstacle au mariage, en pratique, une difficulté va se poser : se rendre compte si oui ou non la personne placée sous tutelle prend conscience de la portée de son engagement.

2. Les prohibitions au mariage

a. La bigamie

Dans un dictionnaire, la bigamie se définit comme "l'état d'une personne qui, étant engagé dans les liens du mariage, en a contracté un autre avant la dissolution du précédent". La polygamie, au même titre que la bigamie est prohibée en droit français.

Il faut se reporter à l'art. 147 du C.Civ qui dispose "on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier". La polygamie est poursuivie sur le terrain du pénal : art 433-20 du Code Pénal : "le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent est puni d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amendes". La loi pénale punit l'officier public qui aurait, en toute connaissance de cause, procédé à un tel mariage, des mêmes peines.

b. L'inceste

L'inceste, dans le dictionnaire juridique Cornu, désigne tout à la fois une union prohibée et des relations sexuelles entre proches parents.

Dans certaines situations, en particulier quand l'un des partenaires est majeur et l'autre mineur, le code pénal envisage des poursuites.

Sur le mariage entre proche civil, il faut distinguer deux zones : une première zone où il y a inceste absolu (zone d'horreur) et une deuxième zone, dit inceste relatif (zone d'accommodement).

L'article 161 dispose que les ascendants et descendants ne peuvent pas se marier. C'est la zone d'horreur.

Le C.Civ pense à tout car prohibe aussi le mariage en ligne collatéral (art. 162).

Concernant le droit de la filiation si il y a un enfant incestueux, il faut regarder l'article 310-2 qui dispose que l'on ne peut pas établir de filiation qui ferait apparaître publiquement l'origine incestueuse. Une filiation est une reconnaissance car en reconnaissant l'enfant, on établit un lien de filiation. Si dans le cadre d'un inceste, on laisserait les deux parents reconnaître l'enfant, on aurait la preuve publique apparente que l'enfant est né d'un inceste. L'enfant sera donc condamné juridiquement à n'avoir qu'un seul parent.

Il y a deux cas dans la zone d'accommodement, un premier où l'on revient à l'article 161 du C.Civ. Le PR peut autoriser des mariages pour des causes graves en alliés de ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée (art 164).

À partir du moment où il y a un mariage, il y a une famille avec laquelle on a un lien car alliance. Ce sont juridiquement des alliés. Il y a des liens d'alliance direct (beaux-parents) et des alliés à différents degrés. Le mariage avec les alliés direct est interdit sauf quand la personne qui a créée l'alliance est décédée et que le PR a donné son autorisation. Si la personne qui a formé l'alliance n'est pas décédée, le PR ne peut pas donner sa dispense à cette règle.

Le législateur a voulu donner une certaine souplesse au nom de ce qu'on appelle la paix des familles.

La deuxième situation d'accommodement est entre un oncle/tante et le neveu/nièce où le Président peut donner son consentement en cas de causes graves.

II. Les conditions relatives au consentement

A. Consentement intègre

1. Chacun des époux a-t-il consenti au mariage ?

Le point de départ est l'article 146 du C.Civ : "Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".

Lors d'une célébration, l'officier public pose la question de prendre ou non pour époux la personne présente. Le "oui" rituel donné par les époux est donc la preuve du consentement. Une fois que l'officier a ce double consentement, il les déclare unis par les liens du mariage. Pour les personnes sous tutelle ou sous curatelle, c'est qu'elles ont une atteinte quant à leurs facultés mentales. Il leur faut donc un consentement particulier que nous avons vu plus haut. Cependant, reste un problème : est-ce que, au moment où l'officier public pose la question, la personne aura assez de discernement pour répondre ?

Une première série de difficulté peut être levée si l'officier de l'état civil se rend compte de quelque chose. Si une des deux personnes n'est pas en état d'exprimer son consentement comme être sou/drogué voir autres. Si c'est apparent, l'officier de l'état civil peut refuser le mariage.

La difficulté persiste si le consentement n'est que d'apparence. Il y a deux règles qui doivent nous aider lorsqu'il y a problème. Il y a problème une fois la cérémonie faite et que quelqu'un demande la nullité du mariage car il n'y a pas eu consentement. Si il y a défaut de consentement, le mariage peut être purement et simplement annulé.

Il y a deux règles jurisprudentielles : c'est à celui qui conteste la validité du mariage d'apporter la preuve du défaut de consentement. Ce ne sont donc pas aux personnes mariées de prouver qu'ils avaient toute leur lucidité. Cela résulte d'une jurisprudence constante rendu par la Civ 1ère le 2 Décembre 1992. Deuxième règle donnée le 30 Novembre 1965 : une fois que la preuve est apportée, les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation souverain.

Deuxième série de difficulté : le mariage in extremis, aux portes de la mort, le mariage d'un mourant.

On peut se demander si la personne en fin de vie consent effectivement à un mariage. Le C.Civ parle de cette situation, mais seulement au niveau de la célébration si l'un des époux est mourant. L'article 75, en assouplissant les règles de célébration pour un mourant, autorise implicitement le mariage d'un mourant.

La difficulté dans ce mariage in extremis est que, puisque la personne est mourante, elle aurait réellement des problèmes à exprimer ses volontés. Dans une décision du 22 Janvier 1968, la C.Cas nous dit : "Si, lors de la cérémonie du mariage, l'un des époux ne peut parler, il appartient au juge de relever et d'interpréter les signes (larmes, regards, attitude), par lesquels cet époux a entendu affirmer sa volonté".

2. Chacun des époux a-t-il consenti librement au mariage ?

Maintenant, l'hypothèse est différente. Si quelqu'un, pour n'importe quel raison, force une personne à se marier : le consentement est d'apparence mais est néanmoins forcé.

On doit donc consentir au mariage de façon totalement libre. Lorsque l'on pense au consentement libre, il faut se référer à deux articles : d'abord, le 146, mais aussi l'article 180.

Deux affirmations nous intéressent : si il n'y a pas de consentement libre, le mariage peut être attaqué. Et si il y a eu contrainte, le mariage est nul.

Le consentement qui n'a pas été obtenu librement est un consentement qui a pu être obtenu avec violence, ou par contrainte. On entend violence, violence physique ou violence morale, la contrainte morale.

La crainte révérencielle est une vieille notion, qui existait déjà en droit romain : le père avait droit de vie ou de mort sur les enfants dans la Rome antique. La crainte révérencielle vient donc du respect pour ses ascendants, le respect dû (voir art. 371).

La personne qui s'est mariée par crainte de décevoir ses parents peut faire annuler son mariage, ce qui n'était pas le cas avant la loi du 4 Avril 2006 et ce qui n'est toujours pas le cas dans les contrats (art. 1114).

B. Un consentement réel

Si il n'y a pas de violence, de pression, et si il y a lucidité, la vie pourrait être belle, mais on va être confronté à deux types de problèmes.

Premier type de problème : si deux personnes disent oui mais sans se comporter en époux, pour, par exemple, bénéficier d'un avantage, et font donc, semblant d'être époux.

Deuxième type de problème : les époux se marient et l'un des deux épouse l'autre car il y a chez l'autre un élément déterminant de son consentement qui finalement est faux.

1. Le cas du mariage simulé

On parlera de mariage simulé dès l'instant où le mariage est, certes, célébré (il y a consentement intègre) mais il n'existe pas de réel intention matrimoniale : le fait de se marier réellement avec l'intention de respecter et de mettre en oeuvre les règles inhérentes au mariage.

Dans la pratique, on a deux expressions. Elles sont intéressantes car nous montre deux hypothèses. On parle parfois de mariage blanc, ou encore de mariage gris dans le langage courant.

Le mariage blanc évoque cette situation de mariage simulé avec accord des deux époux : les deux sont d'accord pour simuler le fait d'être mariés. En revanche, dans le mariage gris, l'un des deux a l'intention de se comporter en conjoint, l'autre conjoint n'en a pas l'intention et le cache.

Dans la situation du mariage blanc, la jurisprudence considère que dans certains cas, il y a possibilité d'annuler le mariage, quand les deux époux ont été d'accord pour simulé. L'on peut rajouter dans l'interprétation de l'article 146 : "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement simulé".

La jurisprudence nous dit que ce qui est important lorsque les époux consentent au mariage, c'est de savoir quels sont les buts véritables qu'ils poursuivent. Si le but véritable poursuivi par les époux est de ne pas se comporter en personnes mariées, de créer une communauté de vie et de résidence : et bien il y aura nullité du mariage sur la base de l'article 146 du C.Civ.

Si les époux ont comme but à la fois de se comporter en époux mais aussi un autre but : donner la nationalité à un des époux par exemple ; cela ne pose aucun problème pour les juges.

La question essentielle est donc, pour le juge, si les époux veulent se comporter comme tel. Cette question est appréciée souverainement par les juges du fond : Civ. 1ère, 12 Novembre 1998 "La détermination des buts véritables poursuivis par les époux relève de l'appréciation souveraine des juges du fond".

Dans la situation du mariage gris, il faut se dire que dans cette situation, contrairement à la situation précédente : il y a un conjoint coupable et un conjoint innocent. La victime va donc essayer d'obtenir la nullité du mariage ; la société peut la demander aussi.

Le conjoint innocent pourra invoquer deux articles : l'article 146 mais aussi l'erreur visé à l'article 180.

2. Le consentement donné par erreur

En partant de l'exemple du mariage gris, lorsque l'époux innocent a consenti au mariage, il était fondamentalement important pour lui que les règles soient respectées et le mariage mis en oeuvre.

Dans la mesure où celui-ci a été trompé par le conjoint coupable, il peut se poser la question si l'époux innocent a commis une erreur. Si il avait connu les intentions réelles, il ne se serait pas marié : voilà pourquoi on peut parler d'erreur. Quand l'erreur est admise, elle entraîne la nullité du mariage.

Si il y a eu erreur sur la personne ou dans les qualités essentielles de celle-ci, il peut y avoir annulation (art. 180).

L'art. 180 va aboutir à des situations où l'erreur sera prise en compte.

a. L'erreur indifférente

Une erreur indifférente est une situation où, certes, il y a erreur, mais elle n'est pas admise par les tribunaux.

La difficulté provient du fait que lorsque l'on parle de mariage, on parle d'amour donc de séduction. Il y a des personnes franches et d'autres qui ne le sont pas vraiment voir pas du tout. Il existe une formule datant de la fin du XVIe et début du XVIIe, formule de Loysel (1536-1617) qui rédigeait les coutumes et essayait de rédiger des formules plus facile à retenir. Il dit donc "On fait de mariage trompe qui peux". Dans certains cas, cette formule garde toute sa pertinence.

Il existe donc de nombreuses erreurs qui ne sont pas suffisamment graves pour annuler un mariage. Tout ce qui relève donc de la séduction ne ont pas des erreurs suffisantes pour annuler un mariage.

En revanche, il existe des situations qui vont à l'encontre de la formule de Loysel où un époux a trompé l'autre sur des qualités qui sont considérées comme importantes.

b. Les erreurs prises en compte

Si il y a erreur dans la personne ou sur une des qualités fondamentales de la personne, le mariage peut être annulé. C'est ce que nous dis l'art. 180, alinéa 2.

Depuis la loi du 11 Juillet 1975, on distingue deux types d'erreur dans le mariage : d'une part, l'erreur dans la personne, d'autre part, l'erreur de qualité sur la personne.

Dans la version de 1804 ou dans la version de 1975, on parle d'erreur dans la personne. Mais ce n'est que depuis 1975 que l'on parlera d'erreurs sur les qualités essentielles sur la personne. La loi de 1975 a donc augmenté le nombre de cas où l'on pouvait annuler le mariage.

La jurisprudence ancienne est une jurisprudence basé sur l'ancien alinéa 2 de l'art. 180, c'est à dire, basé uniquement sur la notion d'erreur dans la personne. Lorsque l'on parle d'erreur dans la personne, on envisage l'erreur sur l'identité physique : la substitution d'une personne à une autre (jumeaux/jumelles) ; Carbonnier dit "La substitution d'une femme à une autre, femme sous le voile".

Erreur sur l'identité civile : c'est de se donner un état civil qui ne correspond pas à la réalité, notamment où la fausse identité civile est flatteuse pour celui qui l'utilise (quand on s'attribue une qualité de noble par exemple). Autre hypothèse : un des deux conjoints utiliserait un nom pour faire croire qu'il est d'une famille illustre (fils d'un grand sportif, d'un chanteur etc.).

L'affaire Berthon est une affaire célèbre. Mr Berthon avait, à 17 ans, été condamné pour complicité d'assassinat à 15 ans de travaux forcés. Pour bonne conduite, il fut libéré

12 ans plus tard, donc à ses 29 ans. Il rencontre là une demoiselle Zoé avec qui il se marie. Berthon n'a jamais dit à Zoé qu'il était bagnard. Celle-ci l'apprend un peu plus tard et veut donc engager une action en nullité du mariage.

Il va y avoir un très long procès : deux passages devant la C.Cas et donc un arrêt rendu en assemblée plénière (les Chambres réunies à l'époque), le 24 Avril 1862,¹ cette décision va aboutir au final à refuser de prononcer la nullité du mariage invoqué par l'épouse. En effet, celle-ci, considérait que l'erreur qu'elle avait commise était d'avoir épousé sans le savoir un ancien bagnard, pouvait entraîner la nullité car celle-ci disait avoir commis une erreur dans la personne.

La C.Cas ne l'entendra pas ainsi. Elle va s'appuyer sur l'ancien art. 180 du C.Civ et va interpréter restrictivement l'alinéa 2 ancien. Ce n'est pas une erreur dans la personne car ce n'est ni une erreur sur l'identité physique, ni une erreur sur l'identité civile. "Attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personnes au moment de la célébration ; attendu que si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartient un autre, cette erreur n'est admissible qu'autant qu'elle a pour résultat d'amener l'une des parties à épouser une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir".

En l'espèce, la C.Cas va considérer qu'il n'y a pas d'erreur sur l'identité physique, ni sur l'identité civile. L'application est donc très restrictive.

Avant que la loi du 11 Juillet 1975, les tribunaux vont, petit à petit, commencer à parler d'erreur sur les qualités essentielles sur la personne. L'article 180, alinéa 2 dans sa nouvelle rédaction est donc le fruit d'un changement de jurisprudence. La loi du 11 Juillet 1975 va donc consacrer l'erreur sur la sur les qualités essentielles de la personne.

On a plus d'exemples concernant des juridictions de première ou seconde instance que de la C.Cas concernant les erreurs sur les qualités essentielles. La situation dans laquelle un époux avait épousé une prostituée a été une cause de nullité de mariage, car si l'époux avait su qu'il épousait une prostituée, il ne l'aurait pas épousé. Cela découle d'une décision donnée par le TGI de Paris le 13 Février 2001.

Autre exemple : nullité si impossibilité d'avoir des relations sexuelles normales ; nullité si erreur sur la qualité de l'état de santé (séropositivité) etc.

En revanche, n'a pas été considéré comme qualité essentielle la virginité de l'épouse alors même que cela avait revêtu un caractère important pour l'époux et que l'épouse avait menti à cet égard avant le mariage (CA Douai, 2008).

Lorsqu'un juge a à se prononcer sur la nullité du mariage pour erreur au sens de l'alinéa 2 de l'article 180, l'erreur sur l'identité civile : l'arrêt Berthon l'explique très bien ; sur les qualités essentielles, elle peut jouer un rôle mais il faut ajouter des conditions : il faut que l'erreur soit déterminante du consentement. Cela signifie que celui qui souhaite annuler le mariage n'aurait pas consenti au mariage en ayant connaissance de cette qualité. Deuxième condition : l'erreur doit être excusable par le juge : ce n'est pas parce que je considère que telle qualité est essentielle que je n'ai pas moi même à faire des vérifications de base. Il faut que celui qui consent au mariage procède à un minimum de vérifications. L'annulation fait que le mariage n'est jamais censé avoir lieu.

Dans certains cas, à côté de l'erreur, il y aura aussi le divorce, ce que parfois on obtient pas sur le terrain de l'annulation, on l'obtiendra sur le terrain du divorce.

1. DP 1862, I, p.53

§2. Les conditions de forme

I. Les aspects de publications liés au mariage (publication des bans)

A. Formalité avant la publication

La publication du mariage est subordonné à l'accomplissement de certaines formalités : il s'agit de constituer le dossier de mariage.

C'est l'article 63 alinéa 2 qui évoque ces formalités. Il faut les copies intégrales des actes de naissance, des documents d'identité de chacun des époux et l'indication des noms, prénoms, domicile et profession des témoins. Dans certains cas, l'officier de l'état civil peut demander à auditionner les deux futurs époux. Si il n'y a aucun doute particulier, on dispensera les futurs époux de cette audition.

B. La publication

La publication se fait à la mairie du lieu de mariage (article 63 alinéa premier), cette publication se fait pendant 10 jours et le mariage ne peut pas être célébré avant la fin de la publication (premier jour non compris).

Cette publication énoncera les noms, prénoms, professions, domicile des futurs époux ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré.

C. La dispense de publication

Il faut envisager l'exception de l'article 169 du C.Civ où le procureur de la République peut dispenser de la publication des bans ou alors il peut dispenser du délai de 10 jours pour causes graves.

En première cause grave, on peut imaginer une personnalité publique se mariant.

II. La cérémonie de mariage

A. Les formes de la cérémonie

1. Les formes

D'après l'article 165, le mariage sera célébré publiquement. Les portes de la mairie doivent donc être ouvertes.

La cérémonie est républicaine et célébré par l'officier de l'état civil de la commune. La notion de cérémonie républicaine a été rajouté lors de la loi pour le mariage pour tous pour rappeler que le mariage est laïque et fait au nom de l'État.

2. Les dates et lieu

Pour la date, le mariage se tient au minimum 10 jours après publication des bans (premier jour non compris).

Pour le lieu, il faut voir l'article 74 du C.Civ, le mariage est célébré par principe dans la commune où l'un des époux habite (depuis au moins un mois) ou dans la commune où leurs parents habitent.

L'exception est donnée à l'article 75 alinéa 2 in limine. En cas d'empêchement grave, le procureur peut requérir l'officier de l'état civil du lieu du mariage pour aller célébrer la cérémonie dans la résidence de l'un des époux ou des parents. L'art. 75 considère aussi l'exception en cas de mariage in extremis.

3. La cérémonie

Voir article 75.

Les sanctions des conditions de validité

§1. L'opposition à mariage

I. Les conditions de l'opposition

A. Quels sont les personnes qui peuvent faire opposition à mariage ?

Il faut se reporter aux articles 172 à 175-1 du C.Civ. On voit que le législateur a bâti une liste de personnes pouvant faire opposition. Il y a quatre séries de personnes pouvant faire opposition.

L'article 172 est dans l'hypothèse de la bigamie. Le conjoint qui découvrirait que son conjoint veut se marier avec un autre peut faire opposition.

L'article 173, alinéa premier dispose que le père ou la mère peut faire opposition à un mariage. À défaut de père et de mère, ce sont les aïeuls qui peuvent former une opposition au mariage de leurs descendants. L'opposition est possible même si les contractants au mariage sont majeurs.

L'article 174 dispose que si et seulement si il n'y a pas d'ascendant, on va voir les collatéraux : frères, soeurs, cousins, etc. Les collatéraux ne peuvent former opposition que dans deux cas : si le consentement du conseil de famille est requis (art. 159) et qu'il n'a pas été obtenu ; si le futur époux a un problème psychologique lui empêchant de donner un consentement libre.

L'article 175-1 dispose que le ministère public peut former opposition mais seulement dans les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.

On notera que l'opposition vise à empêcher la célébration du mariage, la nullité vise à annuler un mariage déjà célébré.

B. Quelles formes prends l'opposition ?

Pour faire opposition, il faut faire "acte d'opposition" et il faut donc nécessairement faire appel à un huissier de justice. Cet acte est un acte authentique. Cet acte doit être signifié (signification d'huissier) par l'huissier, ce qui veut dire que cet acte va être porté à la connaissance des futurs époux, mais il va être aussi signifié à l'officier de l'état civil où le mariage doit être célébré.

L'acte d'opposition doit contenir, d'après l'article 176, alinéa premier, les motifs de l'opposition et le texte de loi sur lequel le motif repose. Si nous sommes dans l'hypothèse où un des futurs époux doit obtenir une autorisation des parents plus une autorisation du procureur, les parents peuvent faire opposition ou le procureur si une des deux autorisations manquent.

II. Les effets de l'opposition

L'objectif premier d'une opposition est d'empêcher la célébration d'un mariage.

A. Temps 1 : le mariage ne peut être célébré

En cas d'opposition, le mariage ne peut pas être célébré, voir article 68 du C.Civ, avant qu'on lui ait remis la mainlevée. Si l'officier d'état civil passe outre et marie quand même les époux en question, sur le plan civil, l'officier peut être condamné à payer une amende ainsi que des dommages et intérêts.

B. Temps 2 : la demande de mainlevée de l'opposition

Soit les futurs époux renoncent, devant l'opposition, à leur projet de mariage, l'objectif de l'opposition a été atteint.

Soit les époux contestent le bien fondé de l'opposition. Si ils le conteste, ils doivent donc intenter une action en mainlevée. Cette demande en mainlevée doit être formée devant un TGI. L'article 177 dispose que le TGI a 10 jours pour statuer. Si il y a appel, là aussi la Cour d'Appel doit statuer dans les 10 jours.

Il y a deux possibilités : soit la mainlevée est accordée, soit elle est refusée. Si elle est accordée, le mariage peut avoir lieu, on dit qu'il y a eu jugement ou arrêt de mainlevée. Si il y a jugement de mainlevée, alors l'opposition était infondé, si il y a préjudice lié à cette opposition, les futurs époux peuvent engager une action en responsabilité civile contre ceux qui ont fait opposition. On distingue deux situations : une première dans laquelle même si il y a préjudice, les époux ne peuvent pas demander de dommages et intérêts et une autre où ils peuvent. Tout dépend de la catégorie qui a fait opposition.

Si l'opposition provient des parents dans le sens strict (des ascendants) ou si l'opposition provient du ministère public, il ne peut y avoir de dommages et intérêts. Si l'opposition provient des collatéraux, ils peuvent payer dommages et intérêts. Tout cela est prévu à l'article 179, alinéa premier.

Si il y a eu une première opposition, et que cette première opposition des ascendants a été levée, l'article 173, alinéa 2, nous dit que le jeu est terminé "Aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration".

§2. La nullité

I. La mise en oeuvre

La nullité, à la différence de l'opposition est encore plus redoutable, car si l'opposition empêche un mariage, l'action en nullité quand elle aboutit, conduit à un effacement pur et simple du mariage.

A. La distinction nullité relative et nullité absolu

1. La nullité absolu

La nullité absolu intervient quand un intérêt général d'ordre public a été transgressé. La nullité absolu sanctionne donc un comportement grave attentatoire aux intérêts supérieurs de la société.

Le comportement de nullité sanctionne ce qui est considéré comme le plus grave. À ce qui est le plus grave correspond un régime juridique particulier.

Quand on parle de nullité absolu, toute personne qui a intérêt peut engager une action, c'est souvent le parquet, visant à anéantir l'acte ou la situation juridique.

Quand on est en matière de nullité absolu, on peut intenter une action pendant 30 ans. On dit, en d'autres terme que lorsqu'il y a action en nullité absolu, l'action est prescrite au bout de 30 ans.

Un acte nul de nullité absolu ne peut pas être confirmé (refait).

2. La nullité relative

Elle est considérée comme une sanction moins grave que la nullité absolu alors même que la conséquence est identique. Lorsqu'il y a nullité relative, il y aussi effacement rétroactive de la situation juridique.

La nullité relative va mettre en jeu la violation d'un intérêt, mais pas d'un intérêt collectif, mais la violation d'un intérêt individuel.

En matière de nullité relative, le cercle des personnes qui peuvent agir est beaucoup plus limité que le cercle qui peuvent agir en nullité absolu. En nullité relative, ne peut agir que les personnes dont l'intérêt particulier est protégé par la Loi ; il n'y a pas de procureur de

la République qui peut agir.

La durée de prescription de la nullité relative est généralement de 5 ans. Mais il peut être raccourci.

Quand on est sur le terrain de la nullité relative, il faut toujours regarder ce que dit la Loi.

En matière de nullité relative, on peut confirmer le contrat nul.

Ne pas faire une formalité peut entraîner la nullité relative du contrat.

B. Les cas de nullité

Il y a 10 cas de nullité. Il y a 7 cas de nullité absolue et 3 cas de nullité relative.

1. Les cas de nullité absolue

5 cas relatifs à la violation d'une règle de fond (règle substantielle). 2 cas relatifs à la violation d'une règle de forme.

1. Mariage où l'un des époux n'est pas pubère (art. 184 et 144, attention à l'interprétation) ;
2. Défaut total de consentement (quelqu'un qui ne serait pas en état d'exprimer vraiment son consentement), mariage simulé (mariage blanc et gris) ;
3. Défaut de présence (on ne peut pas se marier par procuration) (art. 146-1) ;
4. Inceste, absolu (art. 161, 162), et relatif (art. 163) sans autorisation ;
5. Bigamie (art. 147) ;
6. Défaut de célébration publique (on parle de mariage clandestin) (art. 191), il doit y avoir volonté de fraude ;
7. Défaut d'officier d'État civil compétent (art. 191), compétence territoriale et compétence matérielle (parler de compétence matérielle, c'est se demander si la personne qui agit, peut agir matériellement, a-t-elle la possibilité juridique d'intervenir en ce domaine ?).

Les époux, le ministère public ou toute personne ayant intérêt peuvent demander la nullité d'un mariage devant le TGI (TGI qui a compétence exclusive du mariage).

L'attaque du mariage doit se faire dans les 30 ans après la célébration de celui-ci. Quand le délai pour intenter une action est dépassé, on dit que l'action est éteinte ou que l'action est prescrite.

Dans l'article 191, on rajoute les ascendants comme pouvant attaquer un mariage.

Un arrêt de la C.Cas, Civ. 7 Aout 1883, est l'arrêt dit de l'affaire des mariages de Montrouge, où un officier d'État civil qui avait procédé au mariage n'avait pas eu délégation du maire en bonnes formes. Formellement parlant, l'officier n'avait pas valable délégation. La question était de savoir si juridiquement parlant, l'officier avait la compétence. La C.Cas a tranché que l'incompétence matérielle de l'officier d'État civil ne constitue qu'un cas de nullité facultative laissé à l'appréciation des juges.

Le juge n'a donc pas annulé le mariage car si la délégation n'était pas formellement bonne, il n'y avait pas d'intentions de fraudes.

À contrario, lorsque le défaut de compétence matérielle cache une volonté délibérée de fraude, le juge ne peut que prononcer la nullité absolue.

2. Les cas de nullité relative

Premier cas : défaut de consentement libre. Sur ce premier cas, on se rapporte à l'article 146 mais surtout l'article 180 du C.Civ. N'est pas libre le consentement qui a été donné

sous la contrainte, ou la crainte révérencielle.

Dans cette hypothèse, les époux peuvent agir devant le TGI ou bien le ministère public. L'action peut se faire dans les cinq ans à compter de la célébration du mariage.

Deuxième cas : l'erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne (art. 180).

Dans ce cas, seul l'époux victime de l'erreur peut agir devant le TGI dans les 5 ans à compter de la célébration du mariage.

Troisième cas : le mineur qui se marie sans obtenir les autorisations nécessaires (parents, ascendant, conseil de famille) (art. 182).

Dans ce cas, ceux dont le consentement était nécessaire peuvent attaquer le mariage ainsi que l'époux qui avait besoin de ce consentement.

Le temps de prescription est là aussi 5 ans. Il y a la mise en oeuvre de l'article 183 qui vise à restreindre d'une certaine manière le délai où on a les possibilités d'agir en nullité. Si les parents acceptent tacitement le mariage ou si il s'est écoulé 5 ans, ils ne peuvent plus agir en nullité. Concernant l'époux, il doit s'écouler 5 ans à partir du moment où il n'a plus besoin du consentement (à partir de sa majorité donc).

II. Les conséquences

A. Les conséquences ordinaires d'une action en nullité

La conséquence principale d'une nullité prononcée par le juge est ce qu'on appelle l'anéantissement rétroactif du mariage. Le mariage est réputé ne jamais avoir existé. On parle d'effacement rétroactif. Pour le Droit, le symbole est fort car les motifs sont graves. Si, par les faits de la nullité, le mariage n'est censé ne jamais avoir existé dans le passé, alors les conséquences seront différentes d'un divorce.

B. Les conséquences extraordinaires en cas de mariage putatif

Dans un mariage gris, il y a un époux de bonne foi et un autre coupable. Le conjoint innocent, de bonne foi est dans une situation de mariage putatif. On parlera de mariage putatif dès l'instant où on fera intervenir la notion de bonne foi. Un mariage de bonne foi des deux époux est donc aussi putatif.

Le C.Civ tire les conclusions du mariage putatif sans le nommer. Les principaux articles sont le 201 et le 202.

L'article 201 envisage l'hypothèse où un seul des époux est de bonne foi (mariage gris) : pour l'époux qui a été de bonne foi, le mariage ne sera pas effacé (ce sera comme si il avait eu un divorce en sa faveur), ce qui ne sera pas le cas pour le conjoint coupable.

La deuxième hypothèse envisagée est si les deux époux sont de bonne foi. Alors même que le juge prononcera la nullité, le mariage ne sera pas annulé rétroactivement.

On se reporte à l'article 202 pour les effets sur les enfants. Pour que les enfants ne soient pas victime, on considère à leur égard qu'il y a toujours mariage putatif, que les parents soient de bonne ou de mauvaise foi. Pour ces enfants, la nullité du mariage sera toujours assimilée à un divorce.

2.2 Les devoirs et obligations du mariage

Les devoirs et obligations sont contenus dans les articles 212, 214 et 215 du C.Civ.

2.2.1 L'article 212

"Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance". De 1804 à 2006, le texte n'était pas exactement le même, le respect n'apparaissait pas expressément dans la Loi. Jusqu'en 2006, on disait que la fidélité était le premier des devoirs dans le mariage. Or, avec les violences conjugales, le législateur a décidé de mettre la notion de respect en premier des devoirs des époux.

Le respect

On peut et l'on doit considéré qu'il est tout à fait normal que lorsqu'on se marie, on parte de l'idée que le respect est une idée fondamentale dans la relation du mariage. Depuis la Loi du 9 Juillet 2010, il existe des dispositifs légaux que l'on peut mettre en place pour protéger un conjoint victime de violence. Cette loi a mis en place ce que l'on appelle l'ordonnance de protection prévu à l'article 515-9 du C.Civ. L'article 515-11 dispose de ce que peut contenir l'ordonnance de protection.

Dans une décision rendue par la Civ. première le 23 Mai 2006, a considérée "que des disputes réciproques, intenses, accompagnées de violences verbales traduisent un manque de respect de chacun des époux envers l'autre et justifie le divorce aux torts partagés". La notion de respect est donc comprise de manière large.

Fidélité

La fidélité était le premier des devoirs jusqu'en 2006 : le mariage était basé sur le principe de la "filiation légitime". Il existe une évolution importante concernant le négatif de la fidélité. Quand on parle d'infidélité, on évoque d'abord l'adultère : l'infidélité physique de l'un des deux conjoints à l'égard de l'autre. Sur cette question, le droit a évolué.

Si l'on remonte loin, au Moyen-Age, dans le droit coutumier, il y avait des sanctions liés à l'infidélité qui frappait surtout la femme.

En 1810, dans le Code Pénal, l'adultère est un délit pénal mais c'est un délit à géométrie variable, à sévérité variable selon que ce soit le mari ou l'épouse qui est adultère. Art. 337 du C.Penal de 1810, la femme convaincu d'adultère "subira l'appel de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera le maître l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme". Concernant le mari adultère, on se reporte à l'article 339 du C.Pénal de 1810 "Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui en aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de 100 francs à 2000 francs".

De 1804 à 1975, quand le C.Civ admettait le divorce, et qu'il y avait adultère, il y avait cause péremptoire de divorce au tort exclusif de celui qui a commis l'adultère. L'adultère était une cause automatique (péremptoire) de divorce.

Avec la Loi du 11 Juillet 1975, on a deux conséquences majeures.

Premièrement, l'adultère n'est plus un délit pénal. Deuxièmement, l'adultère n'est plus une cause automatique de divorce. Ce n'est pas parce que ce n'est plus une cause de divorce automatique que celui-ci n'est pas grave. L'adultère reste une faute eu égard de l'article 212 et 242. L'adultère serait même une violation grave pouvant rendre intolérable le mariage à l'égard de l'époux innocent.

La jurisprudence va nous enseigner une différence : la C.Cas va nous dire que dans certains

cas, l'adultère perdra son caractère de gravité. En effet, les juges pourront considérer que certaines circonstances peuvent enlever à l'adultère son caractère de gravité : l'adultère sera "excusé" par le juge et l'auteur de l'adultère n'encourra pas l'application de l'article 242 du C.Civ.

Secours et assistance

I. Le devoir d'assistance

Parler du devoir d'assistance, c'est évoquer comme le disait le doyen Carbonnier : "Il existe entre époux un devoir d'aide et de soins, d'aide dans le travail, soins dans le cas de maladie ou d'infirmité". L'aide et le soin, c'est, pour le doyen Carbonnier le devoir d'assistance.

Derrière l'idée d'un couple, derrière l'idée conjugale, il y a une idée d'entraide mutuelle. La Loi ne demande pas non plus d'être des héros par les illustrations que donnent la jurisprudence. Si ce devoir d'assistance n'est pas respecté et si il n'y a pas de circonstances "excusant" le manque d'assistance, le conjoint qui n'a pas bénéficié de ce devoir d'assistance va pouvoir se retourner sur le terrain de l'article 242 du C.Civ.

II. Le devoir de secours

Lorsque l'on parle du devoir de secours, il faut faire attention au contresens. On pourra penser que c'est un terme synonyme à l'assistance. Le devoir de secours, c'est considéré que lorsqu'il y a entre époux qui ne s'entendent plus très bien, un conjoint qui a des moyens financiers importants, l'autre conjoint, beaucoup moins de moyens ; celui qui a des moyens doit assurer à l'autre un minimum vital, aussi bien en terme de nourriture, de soins de base, de vêtements etc.

2.2.2 Les articles 214 et 215 du C.Civ

L'article 214 et le devoir de contribution aux charges du mariage

On parle dans cet article de contributions aux charges du mariage. Il y a deux hypothèses : les époux dans une convention matrimoniale ont, par avance, réglé la proportion de l'engagement de ce qu'ils paieront ou, deuxième hypothèse, il n'y a pas de contrat de mariage et les époux contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

Dans ce devoir de contribution, on tient compte du niveau social.

Lorsque les époux s'entendent, il n'y a pas de difficulté particulière.

Si le couple ne s'entend pas, si l'un des deux ne veut pas contribuer aux charges du mariage, on est dans l'antichambre du divorce et celui-ci s'expose à ce que son conjoint demande le divorce contre lui en considérant que la faute résulte dans le non paiement de sa part dans la charge du mariage.

Si l'un des deux ne veut pas payer sa contribution et l'autre ne veut pas divorcer, dans ces cas là, l'époux qui paye seul la contribution au mariage peut demander au JAF de fixer une pension à l'encontre du conjoint fautif pour lui faire payer sa part.

L'article 215, alinéa premier et deuxième

I. La communauté de Vie

"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie". Le mariage implique donc une communauté de vie, et oblige donc les époux à vivre ensemble et donc aussi, à partager son lit. Loysel disait "Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble". Cette coutume garde en quelque sorte sa valeur, pas sous cette forme, mais le fond reste le même.

Les relations intimes et sexuelles sont inhérentes au mariage. Il faut ajouter deux tempéraments : ce n'est pas parce que les relations sexuelles sont inhérentes au mariage que l'un des époux peut forcer l'autre époux à avoir une relation ; certes, le mariage sous entend des relations sexuelles, mais, si l'un des époux est d'accord pour avoir des relations avant mariage mais refuse après, l'époux lésé peut demander divorce ou annulation. Bien sûr, les époux peuvent faire le choix conjointement, de vivre un mariage chastement.

II. Communauté de résidence

A. L'obligation de résidence commune

Il y a eu une évolution depuis le Code Civil de 1804. Dans l'ancien article 214, le législateur disait : "La femme est obligé d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Le mari est obligé de la recevoir".

Petit à petit, le C.Civ a pris une tournure beaucoup plus égalitaire entre l'homme et la femme, et, depuis la loi du 11 Juillet 1975, la résidence de la famille est choisi d'un commun accord entre les époux.

On peut se demander si l'on peut parler de vie commune même si les époux ou l'un des deux, a un domicile distinct. La réponse découle du C.Civ et a fait l'objet de la jurisprudence. Tout d'abord, la C.Cas nous dit dans une décision la Civ.1ère le 12 Février 2014 (point 1 de jurisprudence), "Pour des motifs d'ordre professionnel, les époux peuvent avoir un domicile distinct, sans qu'il soit pour autant porté atteinte à la communauté de vie".

Dans la plupart des cas, la communauté de vie implique communauté de résidence. Mais à titre exceptionnel, l'on peut imaginer qu'il y ait un des époux qui ait un domicile différent. Simplement, dans ce cas là, il faudra qu'il y ait quand même une communauté de vie.

Civ 1ère, 8 Juin 1999, "Si les époux peuvent avoir temporairement des domiciles distincts notamment pour des raisons professionnels, l'intention matrimonial implique la volonté d'une communauté de vie".

L'article 108 du C.Civ dispose que les époux peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit porté atteinte à la communauté de vie.

B. La dispense de l'obligation d'une communauté de résidence

Il faut distinguer ici deux situations particulières : une qui résulte d'époux en situation de divorce en cours. Normalement, tant que le divorce n'a pas force de chose jugée, les époux restent mariés et si ils restent mariés, ils doivent respecter les conditions du mariage et doivent, en théorie, continuer à vivre ensemble. Cependant, le législateur a permis une dispense judiciaire de communauté de résidence seulement dans les cas de procédure de divorce. Dans le cadre de l'article 257, le juge peut prendre des mesures d'urgence pour les dispenser de la communauté de résidence.

Dans un cadre où l'on ne demande pas au juge son autorisation et si les époux ne sont pas d'accord pour vivre ensemble, ce que nous apprend la jurisprudence à posteriori (après que l'époux soit parti), c'est qu'il existe une solution médiane, comme l'adultère. La C.Cas, comme dans l'adultère, admet des situations dans lesquels on peut excuser que l'un des époux ait cessé de respecté la communauté de vie, de résidence.

Civ 2ème, 30 Novembre 2000, "mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation souverain des preuves que la Cour d'Appel énonce que le comportement du mari à l'égard de son épouse ne justifiait pas la décision de celle ci de quitter le domicile conjugal et que ce départ constituait ainsi une faute de sa part".

C. La sanction en cas de manquement à cette obligation

Si l'un des époux est parti, et que l'autre conjoint n'engage pas de procédure de divorce, le droit a évolué, et on ne peut pas saisir le JAF pour obliger le conjoint qui est parti à revenir au domicile familial. La seule possibilité qu'il y a, c'est, pour l'époux qui est laissé seul dans la résidence commune d'engager la procédure de divorce pour faute.

Chapitre 3

Le divorce

Le divorce a été introduit en droit intermédiaire, le divorce va apparaître dans le code civil puis sera supprimé à la restauration puis sera ré-introduit ensuite, et sera réformé en 1975 et en 2004 (Loi du 26 Mai 2004).

En Droit positif, depuis la Loi de 2004, il existe deux catégories de divorce. Il existe ce qu'on appelle les divorces consentis (consentement des deux époux), et les divorces subis (par celui qui ne veut pas divorcé, défendeur dans une action en divorce).

3.1 Les différends types de divorce

3.1.1 Les divorces consentis

Le divorce par consentement mutuel

La caractéristique essentielle de cette catégorie de divorce est basée sur l'accord des époux tant sur le principe que sur les effets. On pourrait dire que c'est l'accord dans le désaccord.

A. Les généralités et conditions

Il faut se reporter à l'article 230 du C.Civ. Le divorce par consentement mutuel doit être demandé conjointement par les deux époux. Cette demande repose sur un double accord : un accord sur le fait de mettre fin au mariage, ainsi que sur ses effets (effets matériels, financiers, mais aussi tout ce qui concerne les enfants).

Cet accord sur les conséquences se matérialisent dans ce qu'on appelle une convention qui doit être approuvée, homologuée par le juge aux affaires familiales (JAF).

Cette forme de divorce appartient à la catégorie de ce que l'on appelle des divorces gracieux (dans le sens gratuit du terme, gracieux s'oppose à contentieux).

L'article 247 crée une passerelle entre les trois autres types de divorces et le consentement mutuel. Cette passerelle existe car le législateur préfère ce type de divorce.

B. La procédure de ce type de divorce

En se plaçant sous le terrain de l'article 250 alinéa premier du C.Civ, on va parler de la demande en divorce faite par les deux époux qui veulent engager le divorce par consentement mutuel. Les articles 1070 et suivants du Code de Procédure Civile détaillent la

procédure (ils sont reproduits en annexe après l'article 309 d'un Code Dalloz).

L'article 1089 du C.Pro.Civ dispose que la requête du divorce est unique. Il peut y avoir un ou plusieurs avocats. Cette requête, d'après l'article 1090 du C.Pro.Civ et 1091, doit contenir un certain nombre de renseignements très précis. Il doit y avoir une annexe qui comporte le règlement complet des effets du divorce (effets patrimoniaux concernant les époux). Cette requête doit aussi contenir des éléments concernant les enfants.

La première étape est la requête initiale. La deuxième est la convocation-audition.

On regarde l'article 1092 du C.Pro.Civ pour la convocation-audition. Une fois la requête initiale reçue, le juge convoque chacun des époux par courrier en fixant une date de convocation qui respecte au moins 15 jours.

Le jour de la convocation, on va passer à l'audition. "Le juge examine la demande avec chacun des époux", séparément donc. Il les reçoit ensuite ensemble, puis appelle enfin les avocats. Le juge veut avoir la certitude que les époux ont un réel consentement de divorce, il veut s'assurer aussi que les époux sont conscients de ce à quoi ils se sont engagés. L'article 1099 du C.Pro.Civ, alinéa premier "Le juge s'assure que le consentement des époux est libre et éclairé et appelle leur attention sur l'importance des engagements pris par eux, notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale". Le juge va donc vérifier tout cela, et ce qui est le plus important est le consentement libre et éclairé.

La troisième étape est la décision du juge. Le juge a deux possibilités, soit il homologue, soit il refuse d'homologuer.

Si il homologue la convention, deux articles vont s'appliquer, le 232 du C.Civ qui dispose que le juge prononce le divorce si il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et le 250-1 qui dispose que si les conditions légales sont réunies, le juge homologue la convention et prononce le divorce.

Le juge peut refuser d'accorder le divorce pour la raison qu'il aura le sentiment que l'un des époux n'est pas tout à fait d'accord pour divorcer. Le juge va refuser de prononcer le divorce parce qu'il considère que la convention qu'il doit homologuer "préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux", voir art. 232, alinéa 2 du C.Civ. Cette situation est particulière car les époux sont d'accords pour divorcer mais le juge considère que la convention ne protège pas suffisamment les intérêts des enfants ou d'un époux qui se situera dans un affaiblissement patrimonial à la suite du divorce. Dans ce cas, la loi laisse la possibilité aux époux pour qui la convention n'est pas homologuée de re-présenter dans les six mois une nouvelle convention (art. 250-2 du C.Civ) : le juge est dit pédagogue car doit expliquer pourquoi il refuse l'homologation. Les époux peuvent donc corriger la convention, engager une autre procédure de divorce ou bien abandonner le projet tout court.

Si, au bout de 6 mois à compter du refus de la convention initiale, les époux n'ont pas présentés une nouvelle convention, par application de l'art. 250-3 du C.Civ, la demande en divorce est caduque (quand on dit qu'une action est caduque, c'est que la demande s'est éteinte, elle n'est plus valable, la procédure est terminée, mais rien n'empêche les époux d'en recommencer une nouvelle).

Les époux peuvent se mettre d'accord sur des mesures provisoires au cas où le juge refuserait l'homologation. Ces mesures vont durer jusqu'à ce que le divorce ait force de chose jugée. Ces mesures provisoires, le juge a la possibilité, lorsqu'il refuse l'homologation, de les valider. Dans les mesures provisoires possibles sont à l'art. 255 (résidences séparées etc.). Les mesures provisoires qui ont été décidées par les époux ne font objet d'un contrôle par le juge que quand elles concernent les enfants, et si elles ne sont pas dans leur intérêt, le juge peut les invalider.

La quatrième étape pourrait être les recours.
Si le JAF ne prononce pas le divorce car il a refusé d'homologuer la convention. Le JAF est un juge de première instance, donc un premier degré de juridiction, qui est le niveau du TGI, l'appel est donc possible dans ce cas (et non dans le cas d'un divorce prononcé) (art. 1102 du C.Pro.Civ) sous 15 jours à compter du refus du JAF.
Si la CA rend un arrêt confirmatif, les époux peuvent former un pourvoi en cassation sous deux mois.
Si la CA rend un appel infirmatif, le divorce est prononcé.

Si le JAF prononce le divorce en homologuant la convention, l'appel est impossible (art. 1102 du C.Pro.Civ), en revanche le pourvoi en cassation est possible sous 15 jours (Art 1103 du C.Pro.Civ). Le divorce a donc un caractère définitif. Si l'on admet, à titre exceptionnel, un pourvoi en cassation, le motif ne pourra pas être un changement d'avis ou une convention déséquilibrée. La seule hypothèse qui vaille serait la fraude d'un des époux : que l'un des époux ait caché du patrimoine ou une autre hypothèse serait l'erreur technique, matérielle (mais erreur rarissime, il existe des procédures pour cela).

Le divorce accepté

I. Les généralités

Un époux, ou les deux, peuvent demander le divorce (art. 233). Qu'il soit demandé par l'un ou les deux, il y a une nécessité qu'il n'y ait non pas un avocat mais deux avocats (art. 253 du C.Civ.). Le divorce accepté repose sur le consentement des deux époux alors même que ce type de divorce n'ait été demandée que par un époux. La différence avec le divorce par consentement mutuel, c'est que ce ne sont pas les époux qui décident des effets du divorce tant entre eux qu'à l'égard des enfants via une convention, c'est le juge qui décide.

Sur le consentement des époux, comme dans le divorce par consentement mutuel, les époux ne font pas état des éléments pour lesquels ils veulent divorcer.

Si le juge a acquis la conviction que chacun des époux souhaite divorcer, il prononce le divorce (art. 234 du C.Civ) et va ensuite statuer sur les conséquences.

A. Premier temps : la constatation judiciaire des époux pour divorcer

Première remarque : il existe une "petite passerelle" à l'article 247-1 du C.Civ qui permet de passer du divorce pour faute ou du divorce pour altération du lien conjugal au divorce accepté (la "grande passerelle" étant celle qui permet de passer de tout type de divorce au divorce par consentement mutuel).

Art. 233 du C.Civ, alinéa 2, l'"acceptation n'est pas susceptible de rétractation même par la voie de l'appel".

B. Deuxième temps : le JAF prononce le divorce et statue sur les conséquences

La Loi ne dit pas que le juge doit statuer immédiatement. Il va considéré comme acquis le fait qu'il va prononcer le divorce mais il va se passer un certain temps pour statuer sur les conséquences entre époux et à l'égard des enfants.

Dans un aspect pratique, le divorce par consentement mutuel va très vite. Ici, en divorce accepté, on sait que divorce il y aura, mais le juge prendra un certain temps pour traiter le dossier : c'est donc un peu plus long.

Un divorce accepté est dans un cadre de nature mixte : gracieuse et contentieuse.

C. Particularités procédurales

Lorsque l'on est dans le cas d'un divorce accepté, la procédure générale de saisine du JAF est la même que pour saisir le JAF pour divorce pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal.

Il y a possibilité de mesures provisoires dans le cadre d'un divorce accepté car le juge va constater l'accord des époux pour divorcer mais doit statuer ultérieurement, il va donc devoir prendre des mesures provisoires dans l'attente des mesures qu'il a à prendre.

3.1.2 Les divorces subis

Le divorce pour fautes

I. Le Divorce pour faute

A. Le contenu de l'article 242 du C.Civ.

Ce qui est très important pour appliquer cet article, c'est de faire attention au contenu précis de cet article. En effet, on pose dans cet article les conditions légales de l'existence d'un divorce pour faute. Les conditions légales sont d'une application stricte et rigoureuse : le juge respecte la lettre de l'article en l'interprétant.

Le divorce peut être demandé lorsque sont en cause des faits constitutifs d'une violation grave ou des faits constitutifs d'une violation renouvelée. Il faut donc une violation des devoirs et obligations du mariage. Il y a soit violation grave soit violation renouvelée (sous entendu moins grave mais renouvelée).

Il y a une deuxième condition cumulative, les faits constituant cette violation des devoirs et obligations du mariage doivent rendre intolérables le maintien de la vie commune. Le mot "intolérable" a un sens très fort.

Le juge va donc vérifier si ces deux conditions sont remplies.

Ces conditions cumulatives, la C.Cas de jurisprudence constante est très stricte : la C.Cas n'hésite pas à casser des arrêts de Cour d'Appel qui ne respectent pas la double condition de l'article 242 du C.Civ (point 4 de jurisprudence).

On ne peut donc pas ignorer les devoirs et obligations du mariage.

B. L'application de l'article 242

1. Le problème de la preuve de la faute

Dans la mesure où selon l'article 242, la violation des devoirs et obligations du mariage est constitué au travers de certains faits concrets et matériels, ce sont les faits que le demandeur au divorce va présenter au juge. Ces faits vont avoir un rôle très important car ils vont constituer les preuves apportées au juge pour qu'il prononce le divorce aux torts exclusifs du conjoint défendeur.

Avant la loi de 1975, le régime des preuves n'était pas très satisfaisant. En 1975, le législateur a décidé de mettre de l'ordre dans le domaine des preuves pour divorce pour fautes. La philosophie d'action du législateur en 1975 repose sur deux éléments : considérer que tous les coups ne sont pas permis (la fin ne justifie pas les moyens) ; il ne faut pas que la procédure de divorce accentue la crise familiale.

La matière est prévue par les articles 259 et suivants du C.Civ. Tout moyen de preuve est accepté. Cependant, in fine de l'article 259 existe une limite ayant pour but de protéger la paix familiale : "Les descendants ne peuvent jamais être entendu sur les griefs invoqués par les époux".

La jurisprudence a étendu l'application de cet article 259. En effet, la prohibition de cet article 259 va s'étendre au conjoint (divorcé ou non) du descendant, au concubin du descendant, ou du partenaire du descendant (point 1 de jurisprudence). Les propos tenus par des descendants et étant relatés par des ascendants sont mis à l'écart. Civ 1ère, 3 Novembre 2004.

Autre exception : un époux ne peut utiliser une preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude (art. 259-1). C'est à l'époux qui invoque la fraude ou la violence d'apporter la preuve de cette fraude ou de cette violence.

Un huissier ne peut établir un constat d'adultère que si et seulement si, un juge, au préalable, en a donné l'autorisation.

Une décision rendu le 17 Juin 2009 par la Civ 1ère, a admis la preuve qui résultait de textos. C'est une décision de cassation car "attendu que pour débouter l'épouse de sa demande reconventionnelle et prononcée le divorce à ses torts exclusifs, la CA énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne, qu'en statuant ainsi, sans constater que les mini messages avaient été obtenus par violence ou fraude, la CA a violé les article 259 et 259-1 du C.Civ".

Dans le même ordre d'idée, la CA d'Aix En Provence a admis le 6 Mai 2010 que l'analyse du disque dur de l'ordinateur qui se trouvait dans la chambre du mari qui avait quitté le domicile conjugal et analysé par un huissier qui avait établi des fautes était valable parce que l'époux n'apportait pas la preuve qu'il y avait fraude ou violence.

2. Exemples jurisprudentiels de faute reconnu par les tribunaux

Civ. 1ère, 23 Février 2011. "Attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits constituant une cause de divorce que la CA a estimé que le fait, imputable à l'épouse, de rendre le domicile conjugal inhabitable par la prolifération d'animaux constituait une violation grave ou renouvelé du devoir du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune et justifiant le prononcé du divorce aux torts partagés".

Civ. 2ème, 3 Mai 1995. La décision est antérieure à la loi de 2004 et n'a donc pas changé à cet égard. Lorsque des époux sont dans une procédure de divorce, ils doivent continuer de respecter les devoirs et obligations du mariage, notamment l'obligation de fidélité, mais aussi de résidence commune, à moins que le juge ait autorisé la résidence séparée.

Civ. 2ème, 25 Janvier 1978. Une épouse qui faisait partie des témoins de Jéhovah, le mari n'étant pas d'accord avec l'engagement religieux, a demandé le divorce. La C.Cas va rendre un arrêt de rejet et validé la position de la CA.

Dans un premier temps, la C.Cas va rappeler par principe qu'aucun des époux ne peut "sous peine de porter atteinte à la liberté de conscience de l'autre, interdire à ce dernier de pratiquer une religion".

Dans un deuxième temps, la C.Cas va dire "les juges du fond, pour prononcer le divorce à ses torts, peuvent relever le zèle excessif touchant la pratique de la religion lorsque ce zèle est source de perturbations dans la vie familiale".

CA Douai, 12 Octobre 1984. Cette décision pourrait être transposé sur le plan politique, associatif. "Des activités syndicales particulièrement absorbantes, entraînant des

absences prolongées, peuvent constituer une faute au sens de l'article 242 du C.Civ. En effet, si il y a des absences prolongées, il y a une atteinte à la communauté de vie".

3. La réconciliation

Nous sommes dans une hypothèse dans laquelle un des deux époux a commis une faute au sens de l'article 242 du C.Civ et va bénéficier d'une sorte de pardon de l'autre. Ce pardon, c'est la réconciliation et il faut regarder l'art. 244 du C.Civ.

La conciliation, le pardon du conjoint offensé, aboutit à une sorte de neutralisation de la faute initiale. Si il y a réconciliation, l'époux offensé ne peut plus utiliser la faute de l'autre et la demande en résultant serait donc irrecevable.

L'alinéa 2 dispose qu'une nouvelle demande peut être formée "en raison de faits survenus ou découvert depuis la réconciliation". Cette demande peut être appuyé par les faits anciens qui étaient pardonnés.

Parler de notion de réconciliation, c'est simple et compliqué à la fois. On sait ce que veut dire la conciliation. L'article 244, alinéa 3 va préciser l'articulation entre reprise de la vie commune et réconciliation.

Si la reprise ou le maintien de la vie commune résulte d'une nécessité, d'un effort de conciliation ou pour le besoin des enfants, on ne considérera pas qu'il y a réconciliation. TGI Seine, 12 Mars 1965. "La réconciliation suppose non seulement le maintien ou la reprise de la vie commune, mais encore la volonté chez l'époux offensé de pardonner en pleine connaissance de cause les griefs qu'il peut avoir contre son conjoint, ainsi que l'acceptation par ce dernier de ce pardon." Point 2 de jurisprudence sous l'art. 244, C.Civ Dalloz, 2016. Le maintien ou la reprise de la vie commune, c'est donc la condition nécessaire mais elle n'est pas suffisante, il faut en plus la volonté de pardonner en toute connaissances de cause et l'acceptation du pardon.

II. La procédure du divorce pour faute

Il y a six temps dans la procédure pour fautes. Cela concerne aussi bien le divorce pour faute que le divorce accepté ou encore le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

1. La requête initiale

Il faut voir en parallèle le C.Civ et le C.Pro.Civ. Il faut voir l'article 251 du C.Civ et l'article 1106 du C.Pro.Civ.

La requête est une demande. C'est la requête que fait un époux demandeur par l'intermédiaire obligatoire d'un avocat. La requête ne précise pas, pour l'époux demandeur, les motifs sur lesquelles repose la demande de divorce. Cette requête contient des demandes formées au titre des mesures provisoires tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants (art. 255 et 256 du C.Civ renvoyant aux article 371 du C.Civ).

2. La tentative de conciliation

L'objectif de la tentative de conciliation qui a lieu dans une audience particulière (l'audience de conciliation) est, en 1975, d'aboutir à la réconciliation des époux. Avec la loi de 2004, le but est désormais différé. Désormais, la loi assigne au JAF à l'article 252 une conciliation tant sur le divorce que sur ses effets.

a. La phase de conciliation en audience

Cela commence par la convocation (art. 1108 du C.Pro.Civ) des époux à l'audience de conciliation et va prévenir l'époux défendeur par lettre recommandée que son conjoint

a engagé une requête initiale d'une procédure de divorce. La date de cette audience de conciliation est forcément 15 jours entre la réception de la lettre de convocation et la tenue de l'audience.

La lettre va aussi invité l'époux défendeur à prendre un avocat et à venir avec lui à cette audience.

Le JAF va s'entretenir avec chacun des époux séparément, puis les deux époux puis les époux et leurs avocats (252-1 du C.Civ).

b. Tout ce qui a été dit ou écrit à l'occasion de l'audience de conciliation ne peut être retenu contre un époux. Il existe une certaine immunité lorsqu'on est dans la phase de conciliation. L'article 252-4 le précise de façon très nette.

Le législateur fait ce choix car les époux en sachant qu'ils n'ont rien à perdre pourront être sincères. Et c'est de cette sincérité que pourra peut être venir la conciliation (et non pas forcément la réconciliation).

Si le JAF a le sentiment que lorsqu'il mène l'audience de conciliation que les époux ne sont pas d'accord pour divorcer mais qu'il y a une ouverture possible, que les choses vont évoluer, dans ces cas là, l'article 252-2, alinéa 2 du C.Civ et l'article 1111 du CPC.

En revanche, si le JAF a le sentiment qu'un délai supplémentaire ne servira à rien, le juge va prendre une ordonnance de non conciliation et dans cette ordonnance, l'article 252-3 du C.Civ nous dit que le juge va constater que le demandeur maintient sa demande.

3. L'ordonnance de non conciliation

Deux choses sont importantes : on se reporte à l'article 1111 alinéa premier du CPC. Dans cet article 1111 alinéa premier, on nous dit que le JAF dans l'ordonnance de non conciliation peut faire deux choses : autoriser les époux à introduire l'instance en divorce ; le juge peut prendre des mesures provisoires (art. 254 à 257 du C.Civ).

Dès l'instant où le juge autorise les époux à engager la procédure de l'assignation en divorce, on passe alors dans l'étape 4.

4. Demande introductive d'instance (assignation en divorce)

Cette demande est différente de la requête initiale, et c'est une assignation en divorce pour faute.

a. Seul l'époux demandeur, dans les trois mois qui suivent l'ordonnance de non conciliation, peut assigner l'autre conjoint en divorce pour faute. Cela résulte de l'article 1113 alinéa premier du CPC. Passé ce délai de trois mois, si l'époux demandeur n'a rien fait, chacun des deux époux peut engager cette demande introductive de divorce et il aura 27 mois pour le faire.

Si, au bout de trente mois, aucune demande n'est faite, la procédure devient alors caduque.

b. L'époux va utiliser son délai de trois mois pour assigner en divorce pour faute son conjoint.

5. Suites de l'assignation

L'attitude du conjoint défendeur est de deux ordres : la défense au fond, la demande reconventionnelle.

a. La défense au fond

Dans cette hypothèse, le conjoint défendeur décide de se battre sur le terrain des faits qui lui sont reprochés parce que dans le fond, cet époux défendeur ne souhaite pas vraiment divorcé.

Par défense au fond, l'époux défendeur va contester l'existence même des fautes. Il s'agit de démontrer qu'il n'a pas commis les fautes. Soit son argumentation l'emporte, et il n'y a pas de fautes, dans ce cas, le juge rejette l'action en divorce pour faute et les époux restent mariés. Si la démonstration du demandeur convainc, le juge reconnaît les fautes et peut prononcer le divorce aux torts exclusifs du conjoint défendeur et si (art 245, alinéa 3) les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre conjoint, le juge pourra prononcer un divorce aux torts partagés.

L'excuse de réciprocité est un argument de défense du conjoint défendeur visant à démontrer au juge qu'il doit être excusé du comportement qu'il a eu, car le conjoint défendeur a agi au titre de la réciprocité, suite aux actions du conjoint demandeur.

Si cette excuse de réciprocité est admise par le juge, elle va avoir des conséquences : l'article 245 alinéa premier nous dit que les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce peuvent enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint leur cause de gravité qui en fait une cause de divorce.

Deux conséquences : le juge rejette la demande de divorce pour fautes (rejette le divorce, les époux restent mariés) soit le juge prononce un divorce aux torts partagés.

b. La demande reconventionnelle

En justice, de façon générale, le signe d'une demande reconventionnelle, c'est quand le défendeur veut non seulement écarter les arguments du demandeur mais en plus, il veut prendre l'initiative.

Elle est prévue à l'article 245 alinéa 2 du C.Civ. Quatre cas de figures sont à envisager.

Premier cas de figure : le défendeur a fait une demande reconventionnelle et le juge considère qu'il va prononcer le divorce aux torts exclusifs du demandeur.

Deuxième cas de figure : le défendeur a fait une demande reconventionnelle et le juge a décidé qu'il y a des fautes de part et d'autres et donc prononce le divorce aux torts partagés (art. 245 alinéa 2).

Si la demande reconventionnelle n'est pas assez étayée, le juge rejette la demande reconventionnelle et fait droit à la demande initiale, et, ce faisant, il prononce le divorce aux torts exclusifs du conjoint défendeur.

Si la demande reconventionnelle et initiale sont rejetées, aucune faute, le mariage est maintenu.

6. Possibilité de recours

L'article 1086 du CPC, le pourvoi est, par exception, suspensif en matière de divorce. L'article 1087 du CPC où on nous dit qu'alors même que le pourvoi en cassation est suspensif, sont applicables immédiatement alors même qu'il y a pourvoi, certaines dispositions de la décision qui concerne les pensions, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et l'exercice de l'autorité parentale.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Le principe est posé dans l'article 237 du C.Civ. "Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré".

Ce divorce se situe l'intermédiaire entre le divorce pour consentement mutuel et le divorce pour faute.

I. Mise en oeuvre de l'article 238

A. Le cas de l'alinéa premier de l'article 238

Dans cet alinéa premier, on a des précisions que nous n'avions pas à la lecture de l'article 237. On parlera donc d'altération définitive du lien conjugal lorsque les époux vivent séparés depuis deux ans : il n'y a plus de communauté de vie et de résidence. Les deux ans sont à apprécier au moment de l'assignation en divorce (étape 4 ci-dessus). Le CPC à l'article 1126, a modifié les choses, la durée minimale, si d'aventures n'était pas respecté et à condition que les deux époux soient d'accord, le juge pourrait ne pas tenir compte de cette durée minimale.

B. Le cas de l'alinéa deux de l'article 238

Lorsque, comme le dit l'article 246, si il y a tout à la fois une demande formée en divorce pour faute et une demande en altération définitive du lien conjugal, le juge examine d'abord la demande pour faute et ensuite examine la demande pour altération définitive du lien conjugal.

Dans cette hypothèse, la demande en divorce pour faute est faite par le conjoint demandeur et le conjoint défendeur demande un divorce pour altération via une demande reconventionnelle.

L'on parle de cessation de communauté de vie, mais la loi ne précise jamais quand il y a cessation de la communauté de vie. Civ 1ère, 25 Novembre 2009, point 3 de jurisprudence sous l'article 238, les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une séparation.

3.2 Les effets du divorce à l'égard des époux

3.2.1 L'usage du nom patronymique

3.2.2 L'attribution du logement familial

Le logement familial est la résidence familiale, la résidence des époux, ce qu'on appelle aussi le domicile conjugal.

Dans l'esprit du législateur, c'est le domicile de l'enfant des époux. Le problème concret est de savoir ce que va advenir du domicile commun. Le problème va survenir lorsque les deux époux revendiquent le domicile familial.

Quand le logement familial appartient à un ou aux deux époux

Le logement est la propriété soit d'un époux, c'est alors un bien propre, un bien personnel. Soit c'est un bien commun quand il appartient aux deux époux.

Le législateur a simplifié les choses. Dans l'article 274 du C.Civ est prévu une prestation compensatoire. Le juge peut attribuer des biens en propriété à un époux ou une autorisation pour habiter le domicile, et ce, soit à titre gratuit, soit à titre payant.

Le juge va aussi s'intéresser si dans ce logement familial, les enfants habiteront habituellement dans ce logement (art. 285-1, alinéa premier).

Le logement familial est en location

Si le logement est en location, c'est que les deux époux n'en sont pas propriétaires. Art 1751, alinéa 2 du C.Civ : en cas de divorce, le bail pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux à un des époux.

L'époux qui gardera le bail exercera l'autorité parentale (entière ou alterné).

Le divorce va donner au juge la possibilité d'attribuer le droit au logement à l'un des époux quel que soit la propriété de ce logement, qu'il appartienne ou non à l'époux qui va en bénéficier.

3.2.3 Les effets pécuniaires du divorce

La prestation compensatoire

A. La notion de prestation compensatoire

Il faut se reporter à l'article 270 du C.Civ qui nous dit que le divorce met fin au devoir de secours.

Cependant, l'un des époux peut être tenu de verser une prestation en vue de combler autant que possible les disparités que la rupture du mariage crée.

Le législateur dit qu'il n'y a plus de devoir de secours, or, le divorce peut avoir pour conséquence pour l'un des époux, d'entraîner une disparité de situation très importante. En clair, le divorce peut mettre un époux dans une situation financière très difficile. Le législateur va créer cette prestation compensatoire, qui, autant se faire que peut, va essayer de rééquilibrer les choses.

Le juge, si il décide de faire payer au conjoint X une prestation compensatoire, il doit veiller que X ait encore assez d'argent pour vivre.

La prestation a un caractère forfaitaire. L'alinéa trois de l'art. 270 est très important, car nous dit que le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande. La prestation compensatoire se fixe selon les besoins de l'époux créancier et les ressources du débiteur. Le juge va prendre aussi en compte la durée du mariage, l'état de santé, leurs situations professionnels etc. (art. 271).

Double regard : regard à la fois concernant la situation de l'époux créancier et regard concernant la situation de l'époux débiteur.

Le juge peut refuser de donner la prestation compensatoire lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation (art. 270 alinéa 3).

Cet époux ne peut pas demander la prestation compensatoire.

À contrario, lorsqu'il y a un divorce prononcé aux torts partagés, chacun des époux peut prétendre à la prestation compensatoire.

L'époux innocent qui a obtenu du juge que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l'autre conjoint peut demander la prestation et l'obtiendra souvent.

B. Le régime de la prestation compensatoire

1. Le régime dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel

Tout ce qui concerne la prestation compensatoire est normalement prévue dans la convention qui a été homologué par le JAF. En particulier, la convention homologué peut faire apparaître une clause dite de révision. Par cette clause de révision, il sera possible

de demander au juge de réviser le montant de la prestation compensatoire. La révision est en général prévu à la baisse : si l'époux débiteur venait à gagner moins d'argent par perte ou changement d'activité professionnel, il pourrait alors demander au JAF de modifier à la baisse ce qui a été prévu.

Si les époux ont divorcés par consentement mutuel et ont prévu une prestation compensatoire mais si ils n'ont pas prévu de mécanisme de révision, alors dans ce cas là, on ne peut pas demander au JAF de réviser le montant de la prestation compensatoire. La seule chose que l'on peut faire, c'est se mettre d'accord avec l'ex-conjoint pour modifier la convention et en faire une nouvelle.

2. Dans les trois autres cas de divorce

Dans les trois autres cas et en particulier dans le divorce pour faute, il faut partir de l'idée (art. 274) qu'en principe, la prestation compensatoire doit prendre la forme d'un capital et ce capital doit être normalement versé en une seule fois.

D'après l'art 274, il y a deux formes de capitaux : une forme d'argent ; la forme d'un bien qui va être donné en propriété pour paiement de la prestation compensatoire.

Cependant, tout époux débiteur n'a pas les moyens de payer "cash" la prestation compensatoire. Des tempéraments sont visés à l'art. 276 du C.Civ sous lesquels le juge peut décider que la prestation compensatoire sera fixé sous forme d'une rente dite viagère. Une rente viagère est une somme d'argent qui sera versé mensuellement ou par trimestre jusqu'à la mort de l'époux créancier. Le législateur nous dit que l'époux qui bénéficie de la rente viagère doit avoir des soucis de santé ou un âge avancé ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins. La somme tiendra compte surtout du débiteur.

L'art. 275 nous dit que si l'époux débiteur ne peut pas payer d'un coup le capital, le juge peut lui permettre d'échelonner la prestation compensatoire au maximum sur huit années qu'il y ait paiement par mois ou par trimestre.

Quand il y a paiement sous forme de rente viagère, il y a un risque que l'époux débiteur ait un changement professionnel et gagne moins d'argent, il ne peut plus payer. Ce n'est pas parce que la somme est échelonné dans le temps qu'on peut remettre en cause le caractère forfaitaire mais il y a une exception prévu à l'article 276-3 qui dit que la prestation compensatoire fixé sous forme de rente peut être révisé, suspendu, supprimé si il y a changement important des ressources pour l'une ou l'autre des parties. L'alinéa 2 nous indique que la révision ne peut être qu'envisagé à la baisse.

En terme de rentes viagères, si l'époux débiteur décède, la rente devra être payer par les héritiers (la succession). Les héritiers peuvent refuser la succession, souvent on accepte en se disant que l'actif est supérieur au passif. Si la succession est refusé, les héritiers n'auront pas à payer la rente. La rente disparaîtrait alors.

Les dommages et intérêts

Il est possible dans certains d'obtenir des dommages et intérêts et l'obtention de ceux-ci se font sur la base de l'article 266 du C.Civ et de l'article 1382 du C.Civ.

I. Sur la base de l'article 266 du C.Civ

L'article 266 ne concerne pas le divorce par consentement mutuel, on ne parle pas de dommages et intérêts dans un tel divorce. En revanche, on peut en parler dans les trois autres types de divorce.

D'abord, la loi parle de la réparation des conséquences d'une particulière gravité. La loi parle aussi de réparations aux conséquences que l'époux subit. Ces conséquences doivent être liées à la dissolution du mariage.

L'époux qui va demander à l'autre des dommages et intérêts ne le fait non pas parce que l'autre a commis des fautes mais parce que l'époux demandeur a un préjudice moral (le fait qu'il y ait dissolution du mariage entraîne un dommage moral). Tout autre type de préjudice ne relève pas de cet article mais de l'article 1382.

Civ.1ère, 18 Janvier 2012 : "Les dommages et intérêts prévus par l'article 266 réparent le préjudice causé par la rupture du lien conjugal tandis que ceux prévus par l'article 1382 réparent celui résultant de toute autre circonstance".

Deux hypothèses pour demander des dommages et intérêts sur le terrain de l'article 266 : lorsqu'un époux est défendeur dans un divorce pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'a pas lui même fait de demande reconventionnelle ; soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs du conjoint.

II. Sur la base de l'article 1382

On peut très bien utiliser dans une procédure de divorce et l'article 266 et l'article 1382 pour les autres préjudices.

On a pu accorder des dommages et intérêts pour sanctionner les fautes, les circonstances qui avaient pu conduire à une rupture.

L'époux qui abandonne l'épouse pour aller vivre avec sa maîtresse en laissant au passage la charge de l'enfant qui était un jeune adulte handicapé (préjudice moral, Civ. 1ère, 17 Février 2004).

Civ.1ère, 22 Mars 2005, une rupture brutale avec liaison adultère publiquement affichée (préjudice moral).

L'article 1382 est la responsabilité de droit commun, on peut donc l'évoquer quand on est le conjoint innocent contre le conjoint coupable. L'on peut aussi demander des dommages et intérêts lorsque le divorce est prononcé aux torts partagés, il y a là une différence avec l'article 266 du C.Civ.

La séparation de corps est à distinguer de la séparation de fait. La séparation de fait est quand des époux décident par eux même de ne plus vivre ensemble. La séparation de corps est un mode de séparation organisé par le Code Civil, c'est donc une séparation légale (on parlait jadis du divorce des catholiques). Cette séparation de corps ne dissout pas vraiment le mariage, elle est prononcée par le juge, elle aboutit simplement à supprimer la communauté de vie et de résidence.

Il n'en demeure pas moins que les devoirs de fidélité, d'assistance, de secours, de respect, subsistent.

Cela est très peu pratique et est mentionné à l'article 296 du C.Civ (la séparation se fait dans les mêmes cas que le divorce, ce sont les mêmes hypothèses), à l'article 299 (conséquence de la séparation des corps) et enfin, à l'article 203 du C.Civ (les devoirs subsistants).

Deuxième partie

Les enfants

Chapitre 4

La filiation charnelle

Quand on parle de filiation charnelle, on évoque la filiation que jadis l'on disait issu du sang. On parle maintenant de filiation biologique et de filiation génétique. Cette filiation charnelle s'oppose aux filiations artificielles (absence de lien charnel dans la création de la filiation : adoption, procréation).

Dans la filiation charnelle, on va s'intéresser à deux types de problèmes : concernant l'établissement initial de la filiation charnelle ; la contestation de l'établissement initial de la filiation charnelle.

4.1 L'établissement initial de la filiation charnelle

4.1.1 La date de la conception

La date de la conception est importante. L'objectif en matière de filiation est de dire, d'établir, qu'un enfant a pour père et mère cet homme donné et cette femme donnée, juridiquement parlant.

La date de la conception de l'enfant peut donc avoir une certaine importance.

Le C.Civ depuis 1972 à l'art. 311 présume que "l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300ème au 180ème jours, inclusivement, avant la date de la naissance". Le C.Civ considère l'enfant conçu sur une période de 120 jours.

Une fois qu'on a posé la présomption de la date de conception, il faut regardé l'alinéa 2 de l'art. 311. Sur la période de 120 jours, on peut choisir n'importe quel date de conception en fonction de l'intérêt de l'enfant. Par exemple, si il y a eu un mariage sur la durée de la présomption, on peut choisir une date de conception postérieure au mariage pour que la présomption de paternité s'applique.

Il s'agit d'une présomption simple, toute preuve contraire peut faire céder la présomption (art. 311, alinéa 3).

4.1.2 L'établissement de la filiation par l'effet de la Loi

Si on s'intéresse au chapitre II concernant l'établissement de la filiation, on se rend compte que dans le C.Civ, le plan adopté a trois types d'établissement de la filiation.

L'établissement de la filiation maternelle par désignation de la mère dans l'acte de naissance

Ce type de filiation (art. 311-25) concerne aussi bien une mère mariée qu'une mère pacsée ou qu'une mère célibataire. Il n'y a pas de distinction à établir.

Comment définir juridiquement la maternité dans un acte de procréation ?

Deux choses peuvent aboutir à la maternité : la grossesse (gestation), la mère est celle qui donne naissance à un enfant. Pour une femme qui appelle à une procréation et appelle à un don d'ovocytes, l'ovocyte donné est fécondé, l'embryon réimplanté chez la femme qui va porter l'enfant. Dans ce cas, l'enfant ne sera pas génétiquement celui de la femme qui porte l'enfant. La mère se déterminera toujours avec l'accouchement en droit français. Cependant, les choses ne sont pas aussi simples, le C.Civ nous dit à l'art. 311-25 que ce qui crée le lien de filiation maternelle, c'est l'apparition du nom de la mère dans l'acte de naissance.

Il existe l'hypothèse de "l'accouchement sous X" prévu à l'article 326 du C.Civ et à l'article L.222-6 du CASF. La mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservée. Dans cette hypothèse, il est pratiquement impossible d'établir par la suite un lien de filiation entre l'enfant et la mère qui l'a mise au monde.

D'après l'article L.222-6, la mère peut laisser un certain nombre d'informations sous pli fermée et lever le secret sur son identité quand elle le souhaite.

Il existe un droit d'accouchement sous X, mais pour l'enfant, il existe un droit de connaître ses origines.

À partir du moment où le lien de filiation découle notamment d'un acte de l'état civil, par exemple l'acte de naissance pour la mère, on dit alors que la filiation de l'enfant est établie par un titre. Le titre de filiation en matière de filiation maternelle est l'acte de naissance.

L'établissement de la filiation paternelle par la présomption de paternité

Il y a une différence fondamentale avec la filiation maternelle. Cela concerne seulement la paternité des hommes mariés. Pour parler de présomption de paternité, il faut donc considérer uniquement des hommes mariés, ce qui exclut les hommes pacsés, en concubinage, et les célibataires. Jusqu'en 1972, l'on distinguait dans le droit de la filiation, la filiation dont les parents étaient mariés de ceux qui n'étaient pas mariés. On parlait de filiation légitime et de filiation naturelle. Les droits des enfants n'étaient pas les mêmes. La loi de 1972 a égalisé autant qu'elle pouvait le droit des enfants légitimes que ceux des enfants naturels. Cependant, la distinction a été gardée entre naturel et légitime. Il faudra attendre l'ordonnance du 4 Juillet 2005 pour qu'enfin la distinction entre filiation légitime et naturelle disparaisse. Cela va aboutir à une complète et totale égalité des droits pour les enfants. Une seule différence subsiste : la présomption de paternité.

I. Principe et application de la présomption de paternité

Il faut se reporter à l'art. 312 du C.Civ. Il fait écho à l'art. 212 où, avec la fidélité, l'enfant est forcément le fils du mari.

La règle de l'art. 312 paraît simple qu'à première vue, on a le sentiment en le lisant, qu'en fait, il y a deux hypothèses : un enfant conçu pendant le mariage ou né pendant le mariage, relève de la présomption de paternité. Pourtant, il faut croiser l'art. 312 avec le 311 sur la date de conception de l'enfant. En tenant compte de l'art. 311, il faut s'assurer

que l'enfant a été conçu pendant le mariage. Le 312 n'est valable qu'au moment de la conception de l'enfant : ses parents étant unis par le mariage. Si l'enfant n'est pas conçu pendant le mariage, il ne peut pas bénéficier de la présomption de la paternité.

II. Hypothèses de l'exclusion de la présomption de paternité

A. Trois hypothèses de l'exclusion de la paternité à l'art. 313

1. L'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père

Quand la présomption de la paternité joue, il y a le nom du mari en qualité de père sur l'acte de naissance. À contrario, si le nom du mari en qualité de père n'apparaît pas, la présomption est exclue.

2. En cas de divorce ou séparation de corps

La présomption de paternité est écartée en cas de demande en divorce par consentement mutuel avec homologation de la convention définitive et que l'enfant naît plus de 300 jours après l'homologation de la convention par le JAF.

Dans les trois autres types de divorce, dans l'hypothèse où on a une ordonnance de non conciliation qui est accompagné de mesures provisoires de résidences séparées (séparation de corps), si un enfant naît plus de 300 jours après cette ordonnance, la présomption ne s'applique pas.

3. 180 jours depuis le rejet de la demande

Hypothèse où il y a une procédure de divorce pour faute. Dans le cadre de cette procédure, le juge, après l'assignation en divorce, décide de rejeter la demande. Si l'enfant naît moins de 180 jours après le rejet de cette demande, on va considérer que la présomption de paternité ne s'applique pas.

À contrario, si l'enfant naît 180 jours après le rejet de la demande, la présomption jouera.

B. Rétablir la présomption de paternité