

## **SÉANCE 7**

### **LA FAMILLE**

Qu'est-ce que la famille ? Il est pratiquement impossible de la définir. La famille n'est d'ailleurs pas qu'une notion juridique, c'est également une notion sociologique et anthropologique. En droit, on définit volontiers la famille comme l'ensemble des personnes qui sont liés par la parenté ou l'alliance. Mais la définition est insuffisante. Que faire des couples de fait, les concubins ? Des partenaires d'un PACS ? Au vrai il n'existe pas *une* famille mais *des* familles. C'est une notion protéiforme. Certains soutiennent que c'est l'enfant qui fait la famille, ce qui ferait qu'un couple sans enfant ne répondrait pas à la définition de famille, ce qui est ridicule. Il faut admettre en réalité que la notion est floue, et que pour la bonne marche des choses elle doit le rester. Ce que l'on peut noter en revanche, est son omniprésence, dans le temps comme dans l'espace. La famille est une réalité universelle et intemporelle. Elle est consubstantielle à la communauté humaine, et l'on comprend alors que le droit s'en saisisse, puisque le droit est le régulateur des relations humaines.

Il est deux dimensions dans la famille : une dimension horizontale, qui est le couple, et une dimension verticale, qui est la filiation.

#### **I. LE COUPLE**

Le couple est une notion qui n'existait pas dans le Code civil originel de 1804, lequel ne connaissait que le mariage. La notion de couple a d'abord fait son entrée dans le Code de la santé publique, à propos de l'assistance médicale à la procréation. Aujourd'hui, on emploie très volontiers le terme, car il recouvre trois réalités, que sont le mariage, le PACS, et le concubinage.

Le mariage, seul initialement prévu par le Code civil, a la double nature de contrat et d'institution. C'est à la fois un accord de deux volontés privées, procédant de l'exercice de deux libertés individuelles (contrat), et une institution sociale, régie par la société.

Le mariage est une institution civile, mais c'est également une institution religieuse. Depuis la sécularisation du mariage par la Constitution du 3 septembre 1791, l'attitude du droit civil français est claire : la célébration religieuse est une liberté (elle peut exister, si telle est la volonté des époux, mais elle n'est pas obligatoire) ; mais cette célébration ne peut intervenir qu'après l'échange des consentements devant l'officier d'état civil.

Le mariage est libre, en ce sens que le droit laisse aux couples la liberté de choisir ou non le mariage, et de choisir la personne de son époux.

Cette liberté est garantie comme un droit fondamental, tant au niveau constitutionnel que supranational.

Le mariage suppose le consentement personnel des époux. Si l'un des époux est mineur, il lui faut l'autorisation de ses représentants légaux, mais c'est bien la personne de l'époux mineur qui consent. À défaut de consentement ou si celui-ci est forcé, la sanction est la nullité du mariage.

Les fiançailles, c'est-à-dire les promesses de mariage, ne sont nullement contraignantes. Chaque fiancé conserve la liberté de consentir au mariage jusqu'au dernier moment. Mais si la rupture des fiançailles intervient de façon abusive ou intempestive, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts pour le ou la fiancé(e) abandonné(e), sur la base de la responsabilité délictuelle, vu que les fiançailles ne sont pas un contrat.

En France, le mariage est monogame, c'est-à-dire qu'on ne peut avoir qu'un seul époux. Il est aussi exogame. Si l'inceste n'est pas en soi prohibé, la célébration d'un mariage entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs est nulle. Enfin, depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage est ouvert aux couples homosexuels autant qu'aux couples hétérosexuels.

Quels sont les effets du mariage ? Initialement, le Code civil de 1804 disposait en son article 213 que « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». Ce qui mettait en exergue un modèle de famille patriarcale, caractérisé par l'inégalité des époux et les pleins pouvoirs du chef de famille. La femme mariée était incapable : elle ne pouvait ni gérer ses biens ni percevoir ses salaires ; le mari choisissait le lieu de résidence de la famille, autorisait sa femme à exercer une activité professionnelle, décidait du sort des enfants en vertu de la puissance paternelle. Cette conception s'est révélée avec le temps de plus en plus dépassée. Des réformes successives se sont attachées, d'une part, à préserver l'indépendance et la liberté de chacun, d'autre part à instaurer l'égalité des époux. Une loi de 1907 institua le libre salaire de la femme ; une loi de 1938 abolit la puissance maritale ; une loi de 1970 supprima la notion de « chef de famille » et consacra, à la place de la puissance paternelle, « l'autorité parentale ».

Au niveau personnel, « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Le devoir de respect a été ajouté comme un devoir général par une loi de 2006. Au niveau patrimonial, le époux doivent contribuer ensemble aux charges du mariage, en proportion de ses ressources personnelles. Il existe par ailleurs une solidarité des époux en ce qui concerne les dettes ménagères, c'est-à-dire les dettes contractées pour l'entretien du ménage.

Le régime matrimonial par défaut est celui de la communauté réduite aux acquêts. C'est-à-dire que chaque époux conserve la propriété des biens qu'il possédait avant le mariage, mais les biens acquis pendant le mariage

appartiennent à la communauté des époux. Les époux peuvent cependant choisir de faire plus : la communauté universelle, ou moins : la séparation de biens.

En cas de non respect des devoirs conjugaux, la sanction n'est pas la nullité du mariage mais le divorce.

Admis strictement par le Code civil de 1804 (divorce par consentement mutuel limité), le divorce fut aboli par la Restauration (loi de 1816) avec la réintroduction du catholicisme comme religion d'État, puis rétabli par une loi de 1884 de façon limitée (divorce pour faute, mise à l'écart du divorce par consentement mutuel). Il fallut attendre la loi du 11 juillet 1975, à l'origine de laquelle était Jean Carbonnier, pour qu'une véritable réforme du divorce s'opère. Jusque là, seul le divorce pour faute était donc autorisé, et on assistait à des mascarades entre époux désireux de divorcer par consentement mutuel : fausses lettres d'injures notamment, et les avocats jouant le jeu de leurs clients. La réforme de 1975 était donc très attendue. Elle instaura une pluralité de cas de divorce : le divorce pour faute (divorce-sanction), le divorce pour rupture de la vie commune (divorce-faillite), et le divorce par consentement mutuel et le divorce sur demande acceptée (divorces-consentement). D'un point de vue patrimonial, la pension alimentaire d'un ex-époux envers l'autre fut supprimée au profit de la prestation compensatoire, ayant pour objet de compenser la disparité de niveau de vie née du divorce. Plus récemment, une loi du 26 mai 2004 est venue opérer une nouvelle réforme. Les quatre grands types de divorce établis par la loi de 1975 subsistent, mais parfois sous une appellation un peu différente. Le divorce par consentement mutuel subsiste, et nécessite l'accord des époux à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences. Les époux rédigent une convention, homologuée par le juge, après vérification que cette convention ne comporte pas d'injustice flagrante. Sur ce point, pas de changement depuis 1975, sauf que la procédure est simplifiée. Le divorce accepté consiste pour les époux à être d'accord sur le principe du divorce, mais les conséquences en sont réglées par le juge. Ensuite, le divorce pour rupture de la vie commune devient le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Là une double différence existe avec le système de 1975. Là où la loi de 1975 exigeait une rupture de la vie commune constatée depuis 6 ans, et prévoyait une « clause de dureté », qui permettait au juge de refuser de prononcer le divorce si les conséquences pour l'époux défendeur étaient trop difficiles, la loi de 2004 réduit à 2 ans la cessation de la vie commune, et supprime la clause de dureté. Attention, ce divorce est indépendant de toute faute. Ainsi, un époux peut quitter le domicile conjugal et ainsi rompre la vie commune, et demander 2 ans après au juge de constater cette rupture de vie commune et prononcer le divorce. C'est de fait pratiquement l'acceptation d'une

répudiation encadrée par la justice. Enfin, le divorce pour faute est maintenu, étant entendu que la faute s'entend de la violation grave ou répétée des devoirs et obligations du mariage. La faute est laissée à l'appréciation du juge, qui peut formuler une exception d'excuse à une faute si celle-ci a été causée par une autre faute (par exemple, un époux quitte le domicile conjugal parce qu'il a d'abord été victime de violences conjugales), ou encore, s'il constate des fautes de part et d'autre, prononcer le divorce aux torts partagés.

Le mariage n'est pas la seule forme de couple. Hors cadre institutionnel, il y a le concubinage. Jusqu'à la loi du 15 novembre 1999, le concubinage n'était pas défini par la loi mais par la jurisprudence. Il se définissait comme l'union charnelle de deux personnes vivant en couple sans avoir fait célébrer leur union. Longtemps, la jurisprudence voyant dans le concubinage une apparence de mariage, elle refusait de reconnaître le concubinage homosexuel. Désormais, l'article 515-8 du Code civil définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Mais le Code civil ne donne pas de statut au concubinage. Cela est l'affaire de lois adjacentes, ou de la jurisprudence. Pour résumer, le concubinage se caractérise par l'indépendance personnelle et patrimoniale des concubins, et par la libre rupture du concubinage.

Troisième forme de couple, le pacte civil de solidarité : PACS. Il a été instauré par la loi du 15 novembre 1999, qui le définit comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». La grande différence avec le concubinage est donc que le PACS est un contrat, lorsque le concubinage est une union de fait. Le contrat doit être rédigé par écrit, sous seing privé ou devant notaire, et enregistré au greffe du tribunal de grande instance du lieu de résidence des partenaires, ainsi que mentionné en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire. Au niveau des effets, les partenaires sont tenus à un devoir d'aide matérielle, qui se rapproche en fait du devoir de contribution des époux aux charges du ménage. Ils sont également tenus depuis 2006 à un devoir d'assistance réciproque. En ce qui concerne les effets patrimoniaux les patrimoines des partenaires sont séparés, avec choix pour eux d'opter pour une indivision. Quant à la dissolution du PACS, elle se fait par la mort d'un des partenaires, ou par leur mariage ou celui de l'un d'eux.

## **II. L'ENFANT**

Le mot « enfant » peut s'entendre de deux acceptions : soit la personne mineure, soit la personne liée à une autre par un lien de filiation. Ce qui renvoie à deux questions juridiques différentes : comment un enfant est-il rattaché à ses auteurs, d'une part ? et d'autre part, quel est le statut de l'enfant mineur ?

Dans un sens commun, on entend par lien de filiation de lien biologique qui unit un enfant à ses auteurs. Autant que faire se peut, le droit positif tente de satisfaire également à cette idée. Mais ce n'est pas toujours vrai. Ainsi l'adoption crée une filiation qui n'est pas fondée sur des liens biologiques. De même, l'assistance médicale à la procréation recourt à la génétique d'un tiers.

Avant 1972, il existait une différence d'établissement de la filiation et de statut entre les enfants « légitimes », nés dans le cadre d'un mariage, les enfants « naturels », nés hors cadre d'un mariage, et les enfants « adultérins », enfants naturels nés d'un ou deux parents engagés dans les liens du mariage avec un tiers au moment de la conception. La loi du 3 janvier 1972, prise elle aussi sur l'instigation de Jean Carbonnier, s'est efforcée d'instituer un statut égal entre les enfants légitimes, naturels et adultérins. Toutefois, subsistait une inégalité concernant les enfants adultérins : lorsqu'ils venaient à succession en concurrence avec des enfants légitimes, ils n'avaient droit à une part successorale que de moitié celle à laquelle ils auraient eu droit s'ils avaient eux-mêmes été légitimes. Cette loi fut attaquée devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui dans un arrêt *Mazurek* de 2000 condamna la France. La France changea alors rapidement sa législation : une loi du 3 décembre 2001 vint abroger le texte litigieux, et désormais le statut de tous les enfants est égal. Plus : l'Ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé les termes mêmes d'enfant « légitime », « naturel » ou « adultérin ». Aucune différence, même d'appellation, n'existe donc entre les enfants.

En ce qui concerne l'établissement de la filiation, la mère est la femme qui accouche. La seule mention de son nom dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation. En mariage, pour le père il existe une présomption de paternité du mari, présomption qui peut être renversée par la preuve contraire, autrement dit la preuve que le mari n'est pas biologiquement le père de l'enfant. L'expertise biologique est de droit, mais elle doit être ordonnée judiciairement. Hors mariage, l'établissement de la filiation se fait par la reconnaissance, c'est-à-dire la déclaration par acte authentique (c'est-à-dire possiblement devant l'officier d'état civil) par laquelle une personne avoue tel enfant comme sien et s'engage à assumer les responsabilités en découlant. Ce que l'on appelle la reconnaissance

« mensongère », c'est-à-dire l'aveu de paternité d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, est parfaitement valable : elle vient à la base d'un désir de s'occuper d'un enfant qui n'a pas de filiation paternelle reconnue. Mais l'auteur de cette reconnaissance ne saurait la contester passé 5 ans de ce que l'on appelle la « possession d'état », c'est-à-dire le vécu avec l'enfant, et d'ici là s'il la conteste il engage sa responsabilité civile, c'est-à-dire qu'il devra des dommages-intérêts à l'enfant, souvent correspondant aux frais de son entretien jusqu'à sa majorité. La reconnaissance peut être prénatale, c'est-à-dire faite avant la naissance de l'enfant.

L'établissement d'une filiation peut également être judiciaire. L'action en recherche de paternité ou de maternité permet d'établir en justice un lien de filiation. Pendant la minorité de l'enfant, seul le parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie est habilité à exercer l'action en recherche de parenté de l'autre parent. À compter de la majorité de l'enfant, celui-ci dispose d'un délai de deux ans pour exercer l'action. Lorsqu'il s'agit d'une action en recherche de maternité, la preuve à apporter est celle que la mère prétendue est la femme qui a accouché de l'enfant. Lorsqu'il s'agit d'une action en recherche de paternité, la preuve à apporter est la preuve biologique. Comme précédemment vu, cette preuve est de droit, et doit être ordonnée judiciairement. Au nom de l'inviolabilité du corps humain, le père prétendu peut refuser de se prêter à l'analyse biologique, mais alors le juge pourra en tirer toutes les conséquences qui s'imposent. En cas d'accouchement dans l'anonymat (accouchement sous X), longtemps ce fut une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. Une loi de 2009 est venue supprimer cette fin de non-recevoir : l'accouchement dans l'anonymat ne prive donc pas l'enfant de la possibilité d'agir en recherche de maternité.

Outre la filiation biologique, la filiation peut être établie par l'institution de l'adoption. Il en existe deux types : l'adoption plénière, qui rompt les liens avec la famille d'origine et fait entrer pleinement l'enfant dans sa famille d'adoption ; et l'adoption simple, qui ne rompt pas les liens de l'enfant avec sa famille d'origine et ne crée de lien qu'avec les parents adoptifs (notamment pas avec les grands-parents). L'adoption plénière est réservée aux couples mariés depuis au moins 2 ans et âgés d'au moins 28 ans, ou à une personne seule âgée d'au moins 28 ans. L'adoption de l'enfant du conjoint est possible, sous réserve que l'enfant n'ait pas déjà de filiation établie à l'égard d'un autre parent. L'adoptant doit avoir au moins 15 ans de plus que l'adopté, ceci pour des raisons de mimétisme de la filiation biologique.

L'assistance médicale à la procréation est permise et organisée par le Code de la santé publique. La vraie question concerne la gestation pour autrui, d'abord interdite par la Cour de cassation en 1991, puis par le Code

civil en 1994 (article 16-7 du Code civil). Interdite en France, elle pose aussi le problème de la transcription sur les registres d'état civil des enfants nés de gestation pour autrui dans un État qui admet la pratique. Pour le moment le statut est encore incertain, mais les enfants nés de mère porteuse à l'étranger ne se voient pas reconnaître leur filiation en France, ce qui pose un vrai problème à l'égard de l'enfant, qui n'est aucunement responsable des conditions de sa naissance.