



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER FACULTÉ DE DROIT ET DE
SCIENCE POLITIQUE

Droit des personnes et des familles

LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C

Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**

Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN

M. Mickaël KRKAC

Mlle. Elise LAMARRE

M. Léo ROQUE

M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Séance 7 – Mariage

Exercices :

Cas pratique :

Tout allait bien dans le meilleur des mondes pour Norbert et Jacqueline. Les deux amoureux après 2 ans de vie commune se décident finalement à sauter le pas et se marient donc le 23 juillet 2009. Seulement, Jacqueline au fil des années fit face à un mal-être grandissant qui devient aujourd'hui impossible à intérioriser, elle se sent et s'est toujours sentie homme. Après s'être finalement décidée à changer de sexe le 4 février 2011, elle exposa sa situation à son époux. Quelle ne fut pas sa surprise lorsqu'elle vit Norbert accepter son changement et vouloir conserver leur union intacte ! Les deux protagonistes s'interrogent cependant : le Droit français leur permet-il de rester mariés, et donc de passer d'un mariage hétérosexuel à un mariage homosexuel ? Ils sont notamment très inquiets quant aux conséquences d'une réponse négative sur leur couple et le devenir de leur union.

Commentaire d'arrêt : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 1^{er} juin 2017, n°16-13.441

Documents :

- 1) Document 1 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 1^{er} juin 2017, n°16-13.441
- 2) Document 2 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 7 décembre 2016, n°15-22.996 (transcription mariage personne de même sexe)
- 3) Document 3 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 19 octobre 2016, n°15-50.098 (bigamie)
- 4) Document 4 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 18 janvier 1973, n°71-13.001 (rupture abusive de fiançailles)
- 5) Document 5 : Note d'information sur la jurisprudence de la Cour N°44 - Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC] - 28957/95 Arrêt 11.7.2002 [GC] – Juillet 2002
- 6) Document 6 : Bernard BEIGNIER, Yann PUYO – Conditions de formation du mariage – Support UNJF « Droit civil : La famille – Leçon 2 : la formation du mariage ».
- 7) Document 7 : Jean HAUSER – Le concubinage est-il soluble dans le mariage et le PACS ? (Rép. min. à QE n° 13605, JO Sénat 24 déc. 2015) – RTD Civ. 2015 p.324
- 8) Document 8 : Aude DENISOT - Le mariage du XXI^e siècle - Décret n° 2017-270 du 1^{er} mars 2017 relatif à la délégation des fonctions d'officier de l'état civil exercées par le maire et au lieu de célébration des mariages – RTD Civ. 2017 p.497
- 9) Document 9 : Suzanne SPRUNGARD - Sanctions applicables aux maires refusant de célébrer un mariage - Circ. 13 juin 2013 - Dalloz actualité 02 juillet 2013
- 10) Document 10 : Isabelle CORPART - Le Mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants - AJ Famille 2013 p.340
- 11) Fiches d'orientation DALLOZ

Document 1 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 1^{er} juin 2017, n°16-13.441

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 28 janvier 2016), que Gilbert X... et Mme Brigitte Y... se sont mariés le 21 décembre 2000 ; que, soutenant que leur père vivait maritalement depuis de nombreuses années avec la mère de son épouse, Mme Geneviève Y..., et que ce mariage n'avait été contracté qu'à des fins successorales, M. Régis X... et Mme Annick X..., nés d'une précédente union de Gilbert X..., ont, après le décès de celui-ci, survenu le 13 mars 2011, assigné Mme Brigitte Y... en annulation du mariage, sur le fondement de l'article 146 du code civil ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt d'annuler son mariage avec Gilbert X... alors, selon le moyen, que précédée d'un contrat de mariage en date du 30 novembre 2000, la célébration du 21 décembre 2000 a eu lieu en présence d'un tiers attestant de la volonté de M. X... d'épouser Mme Y... et a été suivie d'actes révélant une communauté de vie (déclarations fiscales communes et intervention de Mme Y... auprès de l'administration en tant qu'épouse lors de l'hospitalisation de M. X... et à la suite du décès), sachant que l'union a duré onze ans ; que faute d'avoir recherché si la demande en nullité de mariage ne constituait pas une ingérence injustifiée dans le droit de Mme Y... au respect de sa vie privée et familiale, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble au regard de l'article 9 du code civil ;

Mais attendu qu'un mariage purement fictif ne relève pas de la sphère protégée par les articles 8 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en l'absence de toute intention matrimoniale et de toute vie familiale effective ;

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que Gilbert X... avait vécu maritalement avec Mme Geneviève Y... depuis les années 1990 jusqu'à son décès et qu'aucun élément n'établissait une autre communauté de vie que celle qu'il entretenait avec celle-ci, d'autre part, qu'il n'y avait pas eu, entre Mme Brigitte Y... et Gilbert X..., le 21 décembre 2000, échange de consentements véritables en vue d'une union matrimoniale mais un mariage de façade destiné, pour Gilbert X... et Mme Geneviève Y..., à assurer l'avenir de la fille de celle-ci, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à M. et Mme X... la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du premier juin deux mille dix-sept.

Document 2 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 7 décembre 2016, n°15-22.996

Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu les articles 171-1 et 171-5 du code civil, 21 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ensemble l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ;

Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le mariage contracté en pays étranger entre un français et un étranger est valable s'il a été célébré selon les formes usitées dans le pays de célébration ; que la transcription prescrite par le deuxième, qui n'est soumise à aucune exigence de délai, rend la qualité de conjoint opposable aux tiers depuis la date du mariage ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Pascal X..., de nationalité française et espagnole, et M. Y..., de nationalité italienne, se sont mariés le 23 mai 2011 à Madrid ; qu'à la suite du décès du premier, survenu le 29 août 2013, le second a sollicité le transfert à son profit du bail d'un local à usage d'habitation qui avait été consenti au défunt par la Régie immobilière de la ville de Paris (RIVP), puis l'a assignée à cette fin ;

Attendu que, pour rejeter la demande, l'arrêt retient que le mariage n'a pu produire d'effets à l'égard de la RIVP, tiers bailleur, qu'à compter du 8 janvier 2014, date de sa transcription sur les registres de l'état civil français, soit postérieurement à la résolution du bail consécutive au décès du locataire ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la Régie immobilière de la ville de Paris aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à M. Y... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du sept décembre deux mille seize.

Document 3 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 19 octobre 2016, n°15-50.098

Sur le moyen unique :

Vu l'article 6 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., de nationalité française, marié depuis le 4 avril 1964, a épousé, en 1971, en Algérie, Mme Y..., de nationalité algérienne ; que son divorce d'avec sa première épouse a été prononcé le 9 mars 1973 ; que le 3 janvier 2014, M. X... et Mme Y... ont assigné le ministère public pour voir ordonner la transcription de leur acte de mariage sur les registres consulaires ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que le mariage ayant été célébré depuis plus de trente ans, l'action en nullité absolue de celui-ci, pour cause de bigamie, est prescrite ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le ministère public pouvait, en considération de l'atteinte à l'ordre public international causée par le mariage d'un Français à l'étranger sans que sa précédente union n'ait été dissoute, s'opposer à la demande de transcription de cet acte sur les registres consulaires français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Vu les articles L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire et 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Rejette la demande de transcription de l'acte de mariage ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens y compris ceux afférents aux instances devant les juges du fond ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf octobre deux mille seize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par le procureur général près la cour d'appel de Rennes.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement du tribunal de grande instance de Nantes en ordonnant la transcription du mariage religieux algérien de Monsieur Jean-Pierre X... et Madame Yamina Y... célébré en 1971 alors que l'époux était en situation de bigamie, en déduisant de l'acquisition de la prescription, l'obligation de transcrire le mariage frauduleux sur les registres de l'état civil français.

Aux motifs que :

« C'est à juste titre que les premiers juges ont fait droit à la demande de transcription sur les registres consulaires de l'état civil français du mariage de Mme Yamina Y..., de nationalité algérienne et de Mr Jean-Pierre X..., de nationalité française, célébré en 1971 à Aint-Temouchent (Algérie) ;

Si l'état de polygamie heurte l'ordre public français, du fait que l'époux est de nationalité française, néanmoins, l'action en nullité absolue du mariage pour cause de bigamie, fondée sur l'article 147 du code civil est aujourd'hui irrecevable car prescrite en vertu de l'article 184 du code civil qui vise notamment le cas de bigamie de l'article 147 du code civil, dès lors que le mariage litigieux a été célébré en 1971, soit il y a plus de 40 ans, étant ajouté que la loi du 17 juin 2008 a maintenu à trente ans le délai de prescription applicable à l'action en nullité absolue du mariage ».

Alors que :

Un mariage entaché de bigamie étant contraire à l'ordre public français et atteint d'une cause de nullité absolue, le parquet peut valablement s'opposer à la transcription aux registres de l'état civil français, même lorsque l'action en annulation de mariage est prescrite.

En statuant ainsi, la Cour d'appel a interprété la loi de manière erronée et encourt la cassation en violation de la loi par fausse interprétation.

Document 4 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 18 janvier 1973, n°71-13.001

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

SUR LE MOYEN UNIQUE : ATTENDU QU'IL EST REPROCHE A L'ARRET CONFIRMATIF ATTAQUE D'AVOIR CONDAMNE JANICOT AU PAIEMENT DE DOMMAGES-INTERETS ENVERS DEMOISELLE X... , POUR RUPTURE ABUSIVE DE PROMESSE DE MARIAGE , ALORS, D'UNE PART, QUE LA RUPTURE D'UNE PROMESSE DE MARIAGE N'EST PAS, A ELLE SEULE , GENERATRICE DE DOMMAGES-INTERETS, SI LA PREUVE D'UNE FAUTE DELICTUELLE OU QUASIDELICTUELLE N'EST PAS RAPPORTEE, ALORS, D'AUTRE PART , QU'EN DECLARANT QUE LA RUPTURE SE PRESENTAIT COMME UN CAPRICE ET AVAIT ETE DICTEE PAR LES PARENTS, LA COUR D'APPEL SE SERAIT FONDEE SUR DES MOTIFS HYPOTHETIQUES, ET ALORS, ENFIN, QUE LES CONSIDERATIONS SERIEUSES DE LA LETTRE DE RUPTURE, " INVOQUANT " QUE L'UNION PROJETEE N'ETAIT PAS SOUHAITABLE , EN RAISON DES OPPOSITIONS DE CARACTERE ET DE LA PRECARITE D'UN MARIAGE, CONSTITUERAIENT UNE JUSTIFICATION VALABLE ;

MAIS ATTENDU QUE, PAR MOTIFS PROPRES ET ADOPTES, L'ARRET RELEVE QUE, FAISANT SUITE A DES LETTRES DANS LESQUELLES RIEN NE LAISSAIT APPARAITRE UN CONFLIT DE TEMPERAMENTS OU DE CARACTERE, RENDANT SOUHAITABLE LA RUPTURE ENTRE DEUX ETRES QUI N'ETAIENT PAS FAITS L'UN POUR L'AUTRE, JANICOT AVAIT ENVOYE A SA FIANCEE, A LAQUELLE IL AVAIT PROMIS LE MARIAGE ET QUI ETAIT ENCEINTE DE SES OEUVRES, UNE LETTRE DE RUPTURE NE CONTENANT AUCUN FAIT PRECIS ;

QUE LA COUR D'APPEL OBSERVE QUE LA SIMPLE AFFIRMATION, PAR JANICOT , D'UNE DIVERGENCE SUR LE PLAN MORAL ET SUR CELUI DU CARACTERE, SANS AUTRES PRECISIONS , POUR EXPLIQUER LA RUPTURE DES FIANCAILLES , CE APRES AVOIR EU AVEC DEMOISELLE Y... SUIVIES, APRES L'AVOIR PRESENTEE A SA FAMILLE, APRES LUI AVOIR FAIT DES PROMESSES DE MARIAGE ET AVOIR FIXE, DANS SA CORRESPONDANCE , UNE DATE PROCHE DE MARIAGE, NE SUFFIT PAS A JUSTIFIER CE COMPORTEMENT ;

ALORS QU'AUCUN GRIEF OU MOTIF POUR NE PAS REALISER CETTE UNION N'EST DEMONTRE PAR JANICOT, QUI A AGI AVEC CAPRICE OU LEGERETE, VOIRE AVEC DELOYAUTE ET PERFIDIE ;

QU'EN L'ETAT DE CES CONSTATATIONS ET ENONCIATIONS , NULLEMENT HYPOTHETIQUES, LA COUR D'APPEL A PU ESTIMER QUE, DANS LES CIRCONSTANCES OU ELLE S'EST PRODUITE, LA RUPTURE, PAR JANICOT , DE SA PROMESSE DE MARIAGE, AVAIT UN CARACTERE ABUSIF CERTAIN ET CONSTITUAIT UN FAIT DELICTUEL ENGAGEANT SA RESPONSABILITE ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU, LE 12 JUIN 1970, PAR LA COUR D'APPEL DE COLMAR

Document 5 : Note d'information sur la jurisprudence de la Cour N°44 - Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC] - 28957/95 Arrêt 11.7.2002 [GC] – Juillet 2002 - Extraits

Note d'information sur la jurisprudence de la Cour N° 44

Juillet 2002

Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC] - 28957/95 Arrêt 11.7.2002 [GC]

Article 8

Article 8-1

Respect de la vie privée

Absence de reconnaissance juridique du changement de sexe : violation

Article 12

Se marier

Impossibilité pour un transsexuel de se marier : violation

En fait : La requérante, déclarée de sexe masculin à la naissance, mène une vie de femme depuis 1985 et, en 1990, a subi une opération de conversion sexuelle, qui a été assurée et financée par le service national de santé. Elle se plaint de la non-reconnaissance juridique de son nouveau sexe. Elle affirme en particulier que son employeur a découvert son identité, étant donné que le ministère des Affaires sociales refuse de lui attribuer un nouveau numéro d'assurance sociale, que les dossiers du ministère indiquent toujours son sexe masculin et que son dossier est classé « confidentiel », ce qui lui cause des difficultés pratiques. Elle se plaint également de n'avoir pas pu bénéficier d'une pension de retraite de l'Etat à l'âge de 60 ans, à l'instar des autres femmes. Enfin, elle affirme avoir dû renoncer à certains avantages car elle n'a pas souhaité présenter un extrait de son

acte de naissance qui indique toujours son sexe à la naissance.

En droit : Article 8 – La Cour a précédemment conclu que le refus de l'Etat défendeur de modifier le registre des naissances ou d'en fournir des extraits qui ont une substance différente ne pouvait passer pour une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et que l'Etat défendeur n'avait aucune obligation positive de remanier le système existant ou d'autoriser des annotations dans le registre des naissances. Toutefois, la Cour s'était déclarée consciente de la gravité des problèmes que rencontraient les transsexuels et avait souligné l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées en la matière. Elle a donc décidé en l'espèce d'évaluer, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure actuelle. En l'espèce, la requérante a subi une opération de conversion sexuelle ; nonobstant, elle demeure un homme sur le plan juridique. Cette situation a des répercussions sur sa vie lorsque le sexe revêt une pertinence juridique. Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit ne sauraient être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. La conversion sexuelle de la requérante a été prise en charge par le service national de santé et il paraît illogique de refuser de reconnaître les implications juridiques du résultat auquel l'opération conduit. Quant aux arguments contraires tenant à l'intérêt général, la Cour n'est pas convaincue que l'état des connaissances médicales ou scientifiques fournissent un argument déterminant quant à la reconnaissance juridique des transsexuels. En outre, elle attache moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen en la matière qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. Quant à la nature historique du système d'enregistrement des naissances, la Cour constate qu'il existe déjà des exceptions en cas de légitimation ou d'adoption et, selon elle, faire une autre exception dans le cas des transsexuels ne mettrait pas en péril tout le système et n'engendrerait aucun risque réel de préjudice pour des tiers. Par ailleurs, le gouvernement a formulé des propositions de réforme tendant à rendre possible en permanence la modification des données relatives à l'état civil. Certes, le niveau d'ingérence quotidienne subi dans les autres affaires n'est pas atteint en l'occurrence. Cela dit, la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention et, au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu. En résumé, la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes, ne peut plus durer. Les difficultés posées par un changement fondamental du système ne sont pas insurmontables si l'on se limite aux transsexuels opérés. Il n'a pas été démontré qu'une modification de la condition des transsexuels risquerait d'entraîner des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public. Quant aux autres conséquences éventuelles, on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles. L'Etat ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière et la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 12 – Certes, la première phrase de cette disposition vise expressément le droit pour un homme et pour une femme de se marier, mais la Cour n'est pas convaincue que l'on puisse continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour a constaté sur le terrain de l'article 8 que la non- concordance des facteurs biologiques

ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement un changement de sexe. Le droit garanti par l'article 8 n'englobe toutefois pas l'ensemble des questions se posant sur le terrain de l'article 12, lequel mentionne expressément les conditions imposées par les lois nationales. La Cour a donc examiné si le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. A cet égard, elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisqu'il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe. La requérante mène une vie de femme et souhaite uniquement épouser un homme, or elle n'en a pas la possibilité. Elle peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier. S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer les conditions pour établir qu'une conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage, aucune raison ne justifie de priver les transsexuels en toutes circonstances du droit de se marier.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 14 – Les questions ont été examinées sous l'angle de l'article 8 et aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14.

Document 6 : Bernard BEIGNIER, Yann PUYO – Conditions de formation du mariage – Support UNJF
« Droit civil : La famille – Leçon 2 : la formation du mariage » - Extraits

Consentement existant	Consentement libre	Conditions morales
<p>Mineur :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Enfant naturel + adoption plénière il faut : <ul style="list-style-type: none"> ○ L'accord des parents ○ A défaut celui des ascendants ○ A défaut celui du conseil de famille • Adoption simple : Accord des adoptants <p>Majeur :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutelle : autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage (art. 460, al. 1, C. civ.). • Curatelle : autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge (art. 460, al. 1, C. civ.) • Sauvegarde de justice : pas d'autorisation <p>Mariage posthume :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pas de droit matrimonial • Pas de droits de successions <p>Mariage simulé : mariage nul</p>	<p>Principe du consentement libre des époux.</p> <p>A défaut : nullité en cas d'erreur ou de violence pour obtenir le consentement.</p>	<p>Principe : la monogamie.</p> <p>Les risques :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bigamie : extrait de l'acte de naissance au mariage pour relever les inscriptions en marge • Inceste : (lien entre époux et parents du conjoint) : peut être levée par le président de la République

Document 7 : Jean HAUSER – Le concubinage est-il soluble dans le mariage et le PACS ? (Rép. min. à QE n° 13605, JO Sénat 24 déc. 2015) – RTD Civ. p.324

Quand on aura étendu à tous les couples de droit, de fait, pour l'éternité, pour quelques années, pour quelques jours voire quelques heures, les avantages accordés aux couples mariés, il n'y aura plus d'avantages...parce qu'il n'y aura plus de couples. Si tout le monde a une situation particulière, il n'y a plus de situation particulière comme aurait dit M. de La Palisse ! Comme l'avait déjà remarqué Chamfort, les français ne sont pas contre les privilèges mais pour leur extension à tout le monde ! Interrogé sur l'extension possible de la notion de « vie maritale » utilisée en matière d'allocations familiales à l'ensemble des matières juridiques, et notamment au paiement de l'impôt, le ministre de la Justice répond que « le pluralisme juridique, lié aux différents types d'union répond (...) à la diversité des projets des couples, chacun pouvant exprimer des demandes de protection ou d'indépendance patrimoniale différentes ». Intéressante affirmation qui tiendra jusqu'à la prochaine attaque des groupes de pression de tout poil en faveur d'une uniformité qui, précisément, ne tient aucun compte de l'emprise sur le temps que révèle l'adhésion à un statut ou à une absence de statut (sur ces questions, Y. Bernard, Les temporalités en droit de la famille, thèse dact. Lyon, 2015, dir. H. Fulchiron) ?

Document 8 : Aude DENISOT - Le mariage du XXIe siècle - Décret n° 2017-270 du 1er mars 2017 relatif à la délégation des fonctions d'officier de l'état civil exercées par le maire et au lieu de célébration des mariages – RTD Civ. 2017 p.497

La loi J21 a modernisé le divorce, le PACS, mais aussi ... le mariage. La parution du décret du 1er mars 2017 est l'occasion de s'en souvenir. Tandis qu'à compter du 1er novembre 2017, le PACS sera déclaré en mairie, le mariage peut d'ores et déjà être célébré ailleurs qu'à la mairie ! Certains officiers d'état civil avaient en effet émis le vœu de pouvoir utiliser d'autres lieux que les salles de la maison commune, trop exigües, difficilement accessibles aux personnes à mobilité réduite, ou tout simplement moins somptueuses. Ce vœu a été exaucé par le législateur (art. 49 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle). Encore faut-il qu'il s'agisse d'un bâtiment communal, et que l'accord du procureur de la République soit obtenu. Tel est l'objet du présent décret : le procureur, préalablement informé par le maire du projet d'affecter un bâtiment communal à la célébration des mariages, pourra faire opposition dans un délai de deux mois, prolongé d'un mois si les informations transmises par le maire ne lui permettent pas de prendre une décision en connaissance de cause.

On notera toutefois que ce même décret du 1er mars 2017 interdit au maire de déléguer à un fonctionnaire la charge de célébrer les mariages. Alors que, désormais, et d'une manière générale, « le maire peut déléguer à un ou à plusieurs fonctionnaires titulaires de la commune tout ou partie des fonctions qu'il exerce en tant qu'officier de l'état civil » (CGCT, art. R. 2122-10 nouv.), la cérémonie du mariage reste seule exclue du domaine de la délégation aux fonctionnaires. Ne peuvent donc célébrer les mariages que le maire et l'adjoint au maire, qui ont la qualité d'officier d'état civil (CGCT, art. L. 2122-32) et, en cas d'empêchement de ces derniers, un membre du conseil municipal, à condition qu'il ait reçu délégation (CGCT, art. L. 2122-18). En revanche, les fonctionnaires de la mairie pourront bien entendu recevoir les déclarations de PACS, et procéder à leur enregistrement.

Les différences juridiques entre la célébration du mariage et la déclaration du PACS sont donc sensibles. Même si certaines mairies organisent déjà des « cérémonies de PACS », et le feront sans doute plus volontiers à compter du 1er novembre, les deux événements demeurent, en droit, bien distincts. En caricaturant, on pourrait dire que le mariage peut être célébré n'importe où, mais pas par n'importe qui, tandis que le PACS peut être déclaré à n'importe qui, mais pas n'importe où.

Enfin, ce décret du 1er mars, - et ce n'est pas là le moindre de ses mérites -, met fin à une incohérence de notre droit. Treize ans après l'abrogation du délai de viduité, l'infraction qui consistait à célébrer un mariage au mépris de ce délai est enfin supprimée. Le droit pénal se trouve donc débarrassé de ce parachronisme : voilà une bonne nouvelle, dont on ne peut que se réjouir.

Document 9 : Suzanne SPRUNGARD - Sanctions applicables aux maires refusant de célébrer un mariage - Circ. 13 juin 2013 - Dalloz actualité 02 juillet 2013

À la suite de la publication de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, une circulaire du ministère de l'intérieur du 13 juin 2013 rappelle que l'égalité du droit au mariage s'applique dans toutes les communes de la République (V. Dalloz actualité, 21 mai 2013, obs. A. Portmann ; 5 juin 2013, obs. J. Daleau). Elle précise qu'en cas d'absence ou d'empêchement, les maires et leurs adjoints peuvent déléguer des fonctions en matière d'état civil aux conseillers municipaux et énumère les seuls motifs de refus légaux : opposition régulièrement formée (C. civ., art. 172 s.), empêchement à mariage et formalités administratives non effectuées.

La circulaire souligne trois conséquences du refus illégal de célébrer un mariage. Premièrement, une telle décision, matérialisée par le refus d'enregistrer un dossier complet de mariage, « peut constituer une voie de fait ». Ensuite, son auteur s'expose à des poursuites pénales sur le fondement de l'article 432-1 du code pénal. Si le motif du refus tient à l'orientation sexuelle des époux, il s'agit d'un délit de discrimination puni de cinq ans de prison et de 75 000 € d'amende en application de l'article 432-7 du code pénal. Le maire doit prendre toutes les mesures pour qu'un officier d'état civil soit disponible et ne pas empêcher cette disponibilité. Enfin, des sanctions disciplinaires de suspension ou de révocation peuvent être prononcées contre les maires et leurs adjoints en application de l'article L. 2122-16 du code général des collectivités territoriales.

Document 10 : Isabelle CORPART - Le Mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants - AJ Famille 2013 p.340

La messe est dite. Avec la loi du 17 mai 2013, la famille s'est métamorphosée jusqu'à accueillir des couples de personnes de même sexe, via le mariage. Sans doute pourra-t-on dire, ils se marièrent et eurent beaucoup d'enfants, encore que la formule consacrée devrait peut-être plutôt se décliner en « ils se marièrent pour avoir beaucoup d'enfants ».

La question de la procréation a effectivement été au cœur de ce débat. D'abord, pour écarter les arguments de ceux qui, sur le fondement de la finalité procréative du mariage, soutenaient que le mariage devait par nature être interdit aux personnes de même sexe, leur union ne pouvant pas être fécondante. Ensuite, pour s'inquiéter de la remise en cause des principes fondateurs de la filiation, l'enfant devant nécessairement être engendré par un homme et par une femme. Enfin, parce que la création de liens de filiation volontaires et électifs permet, au travers d'un projet adoptif, de rendre parents des personnes ne pouvant ou ne voulant pas procréer. De plus, les effets collatéraux de la réforme sur le sort des enfants ont constitué le point d'achoppement principal entre les tenants et les détracteurs du projet. À l'arrivée, le droit de la filiation non adoptive n'est pas modifié par les textes, les dispositions concernant les enfants procréés par des époux étant conservées. En revanche, le droit de l'adoption se trouve repensé, l'homoparenté étant désormais consacrée.

Qu'ils soient déjà nés, que leur naissance soit programmée ou qu'ils soient adoptés, les enfants des couples de personnes de même sexe vont voir à la fois l'établissement de leur filiation et l'exercice de l'autorité parentale affectés par la réforme.

Apports de la loi dite Mariage pour tous au droit de la filiation

Au plus fort de la polémique, il était question de voir disparaître les père et mère pour les remplacer par des parents sans différenciation de sexe. En réalité, de nombreux articles sont corrigés pour être bilatéralisés et viser de manière indifférenciée le ou les parent(s) mais sans perte des repères père/mère à l'état civil. Cette évolution controversée a pu finalement être évitée, si bien que, pour les enfants, l'essentiel de la réforme tient à l'élargissement de l'accès à l'adoption.

La réforme évitée

Disparition des père et mère - En premier lieu, la réforme ne gomme pas la réalité biologique qui fait naître un enfant d'un rapport fécondant entre un homme et une femme. L'enfant ne peut être réputé issu de deux hommes ou de deux femmes. En conséquence, quand un enfant aura déjà une filiation maternelle ou paternelle établie, aucun autre établissement de maternité ou de paternité ne sera possible conformément à l'art. 320 c. civ., hormis

par l'adoption. L'enfant mis au monde par une femme mariée - la maternité découlant de l'acte de naissance - ne pourra pas être ensuite reconnu par son épouse ; l'enfant reconnu par un mari ne pourra pas l'être aussi par son conjoint. L'idée d'une présomption de parenté, faussement apparentée à la présomption *Pater is est*, qui aurait conduit à rendre mère ou père le conjoint de l'époux devenu parent a été rapidement écartée comme brouillant inutilement les pistes. Si la présomption de paternité permet d'établir la paternité du mari, c'est bien parce que l'on présume que l'enfant est né des rapports sexuels entre époux. Rien de tel au sein des couples de personnes de même sexe. Ainsi, le droit de la filiation sort inchangé, sans que la présomption de paternité, l'action en recherche de maternité ou de paternité n'aient disparu du code civil et en conservant des parents sexuels.

En second lieu, bien que par des dispositions de coordination placées dans différents codes les mots « père et mère » soient remplacés par « parent » pour une meilleure lisibilité, ces modifications ne touchent pas à l'essentiel, ne concernant ni les actes d'état civil, ni le livret de famille. « Père et mère » figureront dans ces documents pour les parents de sexe différent. Le Conseil d'État avait déjà alerté sur ce point montrant que cette disparition aurait eu « une valeur symbolique que l'on ne peut sous-estimer ». Pour les enfants rattachés à deux personnes de même sexe, le terme « parent » sera utilisé de manière indifférenciée.

Élargissement de l'accès à la procréation médicalement assistée - Ces nouvelles familles vont peiner à procréer car, par hypothèse, ces époux ne peuvent pas devenir parents ensemble. Si, pour une raison ou pour une autre, ils n'accèdent pas à l'adoption, ils ne seront pas admis non plus à recourir à une assistance médicale à la procréation. Les textes inchangés du code de la santé publique exigent toujours une raison médicale, et non de convenance personnelle (CSP, art. L. 2141-2). Pour l'heure, les demandes émanant d'époux de même sexe sont encore irrecevables, tout comme les demandes individuelles.

La question pourrait toutefois être évoquée à l'occasion de prochains débats sur la famille en fin d'année, une fois que le Conseil consultatif national d'éthique aura rendu son avis sur l'assistance médicale à la procréation, après des états généraux prévus à l'automne. Il faudra également élargir le débat à la gestation pour autrui qui, seule, permettrait l'accès à la paternité aux époux homosexuels.

Néanmoins, si les textes n'ont pas évolué, on le sait, de nombreux couples franchissent les frontières. L'un des effets collatéraux de la réforme Mariage pour tous qui facilite l'adoption de l'enfant du conjoint conduit malencontreusement à inciter les demandeurs à contourner la loi française. En effet, une fois enceinte grâce à un don de sperme obtenu illicitement à l'étranger, la mère pourra consentir à l'adoption de son enfant par son épouse. Cette adoption permettra au couple de mener à bien son projet parental en deux temps, même si la première étape contrevient à l'ordre public. L'hypocrisie qui consiste à honnir toute assistance médicale à la procréation en dehors du cadre légal, tout en favorisant l'adoption de l'enfant ainsi né, doit être dénoncée. Une réflexion sur ce point aurait dû être menée en même temps que progressait le droit de l'adoption, pièce maîtresse de la loi pour les enfants.

La réforme réalisée

Pour les enfants, les incidences de la réforme tiennent essentiellement à l'ouverture de l'adoption aux couples mariés de même sexe. Si le législateur a souhaité une égalité de traitement de tous les époux traduite dans le nouvel art. 6-1 c. civ., « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations [...] que les époux soient de sexe différent ou de même sexe », la réforme n'a, nous l'avons vu, aucun effet sur la filiation hors adoption. En conséquence, les liens de filiation établis à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourront résulter que du jugement d'adoption, qu'il s'agisse d'une adoption en couple ou de l'adoption de l'enfant du conjoint.

Adoption en couple - « Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux » (C. civ., art. 346). Permettre aux couples de personnes de même sexe de se marier leur ouvre nécessairement accès à l'adoption (néanmoins, la loi n'autorise pas plus de deux liens de filiation adoptive, sauf exception : C. civ., art. 346 et 360, al. 2).

Certes, les époux devront être l'un et l'autre agréés par le président du Conseil général de leur département mais la significative avancée les concernant répond à leurs attentes. Individuellement des homosexuels étaient déjà admis à adopter un enfant à 28 ans, sous réserve d'être agréés, ce qui ne devait pas dépendre de leur

orientation sexuelle. Ils accèdent désormais à la coparenté, leur enfant pouvant être doté de deux pères ou deux mères. Cette situation n'apporte aucun bouleversement dans l'adoption simple qui autorise déjà ce dédoublement de parenté. En revanche, l'adoption plénière par deux personnes de même sexe a été fortement contestée. Partant, elle entraîne la destruction des liens filiaux originaires éventuels qui traduisaient un engendrement par un homme et par une femme pour créer artificiellement une double filiation à l'égard de personnes de même sexe. Une fois le jugement d'adoption définitif, il est transcrit sur le registre d'état civil du lieu de naissance de l'adopté (si c'est un jugement français, la transcription est faite d'office par le parquet ; en cas de jugement étranger, la transcription est faite dans le cadre d'une demande de transcription) et sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères en cas de naissance à l'étranger (C. civ., art. 354). L'acte de naissance originaire est revêtu de la mention « adoption » et considéré comme nul ; aucune copie de cet acte ne peut plus être délivrée. Seule la transcription du dispositif du jugement d'adoption plénière tient lieu d'acte de naissance de l'enfant. L'adopté même majeur ne dispose que de cette transcription pour établir son état civil. Cet acte de naissance établit la filiation à l'égard des adoptants sans référence à la filiation d'origine et indique les prénom(s) et nom tels qu'ils résultent du jugement lequel est indiqué dans l'acte. En revanche, les extraits de l'acte de naissance ne font aucune référence à l'adoption plénière. Pour effacer toute trace de la filiation biologique - point sensible quant au rattachement à deux hommes ou à deux femmes -, les extraits des actes concernant l'adopté indiqueront en tant que parents les adoptants sans faire aucune référence au jugement d'adoption (art. 12, al. 1er, du décret n° 62-921 du 3 août 1962).

Toute adoption repose néanmoins sur la recherche de l'intérêt de l'enfant. Ce critère vient d'être reformulé avec insistance par le Conseil constitutionnel qui a eu à examiner le contenu de la loi du 17 mai 2013 à l'aune des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. S'il a validé la réforme Mariage pour tous, il rappelle toutefois aux juges et aux candidats à l'adoption que la loi ne peut pas ouvrir un accès à la filiation à tous et que l'intérêt de l'enfant, érigé en principe constitutionnel, doit être contrôlé. La réforme n'a en effet « ni pour objet ni pour effet de consacrer un "droit à l'enfant" aux couples de personnes de même sexe ». L'accès à l'adoption ne sera pas automatique. Si les premiers mariages ont suivi de près la publication de la loi, les premières adoptions ne pourront pas être aussi rapides car il faudra lever encore quelques obstacles.

D'abord, si les candidats à l'adoption limitent leur quête aux enfants nés en France et confiés aux services de l'aide sociale à l'enfance, ils vont se heurter aux pratiques des conseils de famille des pupilles de l'État. En l'absence de représentants légaux, le mineur sans filiation est confié à un tuteur (le préfet ou son représentant) assisté d'un conseil de famille. Ce conseil saisi pour donner son consentement à l'adoption des pupilles de l'État participe au choix des adoptants dans l'intérêt de l'enfant. Sans doute faudra-t-il un certain temps avant que ces instances choisissent, parmi tous les candidats à l'adoption, un couple de personnes de même sexe et abandonnent l'idée que tout enfant a droit à une « famille idéale avec père et mère ».

Ensuite, s'ils se tournent vers l'adoption internationale, leurs chances de prospérer sont réduites également car de nombreux pays de naissance des enfants posent des règles très contraignantes. Peu accueillent des demandes de couples, mariés ou non, de personnes de même sexe. Cette forme d'adoption va, à notre sens, rester très minoritaire ; en revanche, la véritable révolution tient dans l'ouverture aux époux de même sexe de l'adoption de l'enfant du conjoint.

Adoption de l'enfant du conjoint - C'est en effet par le dépôt d'une requête en adoption de l'enfant de son conjoint que de nouveaux liens filiaux vont pouvoir être tissés. La procédure est ici simplifiée car la différence d'âge entre adopté et adoptant est réduite (C. civ., art. 344), l'enfant de moins de deux ans n'a pas à être remis préalablement au service de l'aide sociale à l'enfance (C. civ., art. 348-5) et le conjoint n'a pas besoin d'agrément (C. civ., art. 353-1). De plus, des adoptions sont imminentes car aucune condition d'âge de l'adoptant n'est requise (C. civ., art. 343-2) ; il suffira dès lors que les couples se marient pour pouvoir ensuite programmer l'adoption, éventuellement croisée, de leurs enfants.

Le législateur compte faciliter l'adoption de l'enfant du conjoint, revendication principale des couples homosexuels, mais certains prolongements visent toutes les familles recomposées. Plusieurs formes d'adoptions coexistent.

L'époux pourra tout d'abord déposer une demande d'adoption plénière de l'enfant déjà né d'une précédente relation, nécessairement hétérosexuelle, de son conjoint. Il faudra toutefois que l'enfant n'ait de filiation légalement établie qu'à son égard ou que l'autre parent biologique se soit vu retirer l'autorité parentale, voire

soit décédé (sous réserve de l'attitude des ascendants) (C. civ., art. 345-1). Cette situation qui ne sera pas sans doute fréquente découle directement de l'ouverture du mariage aux homosexuels. Ils peuvent aussi choisir la voie de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, aux effets plus complexes en matière d'autorité parentale (C. civ., art. 365). Encore faudra-t-il que les deux parents biologiques - et c'est douteux - autorisent cette adoption simple. Face à des réticences parentales, l'intéressé pourra se dispenser de toute autorisation familiale une fois majeur.

Ensuite, les couples pourront programmer une naissance dans le cadre d'un double projet parental. Puisque tout enfant du conjoint peut être adopté, des époux seront tentés de se rendre à l'étranger pour devenir parents malgré les interdits posés en France en matière de bioéthique. Une épouse homosexuelle sera encline à réclamer un don de sperme et, après avoir accouché, permettre l'adoption de son enfant par son épouse ; de même un époux envisagera-t-il de se rendre dans un pays favorable à la gestation pour autrui. Il sera difficile d'enrayer ces demandes, sauf à se prévaloir d'une fraude à la loi bioéthique (C. civ., art. 16-7 et 16-9). On notera même avec une certaine amertume que ces époux auront plus de facilités que les classiques familles recomposées à accéder à l'adoption. Par hypothèse, l'un des parents biologiques sera occulté, qu'il s'agisse du donneur de sperme ou de la « mère porteuse ». L'autre aura donc tout loisir d'autoriser l'adoption plénière puisque « l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint » (C. civ., art. 345-1, 1°). Pour autant, cette nouvelle forme d'adoption permettra enfin au parent « social » de devenir parent légal de l'enfant biologique de son époux.

Enfin, par une modification concernant tous les couples, la loi confirme la possibilité pour un époux d'adopter l'enfant adoptif de son conjoint, déjà introduite par la circulaire du 28 oct. 2011 (BOMJL n° 2011-11 du 30 nov. 2011, § 350). Préalablement à une nouvelle adoption plénière, il suffira que l'enfant ait fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'ait de filiation établie qu'à son égard (C. civ., art. 345-1, 1° bis). Une adoption simple pourra aussi être programmée : « l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple » (C. civ., art. 360, al. 3). Ces adoptions viseront les enfants adoptés avant le mariage ou pendant (toutes les familles recomposées pourront en bénéficier). Précisément, devant les réticences des conseils de famille des pupilles de l'État ou des autorités étrangères à accueillir des couples de même sexe, une personne homosexuelle pourra tenter d'adopter seule un enfant, puis programmer son adoption par son époux.

Il ne s'agit pourtant pas d'accéder à des adoptions en cascade (divorce suivi d'un ou plusieurs remariages). Précisément, ce dispositif ne fonctionnera que si l'enfant a été adopté par une seule personne (les adoptions en couple sont exclues) et n'a de filiation établie qu'à son égard. Il ne pourra donc s'agir ni de l'adoption de l'enfant du conjoint, ni d'une demande concernant un enfant adopté en la forme simple qui, par hypothèse, ajoute à sa filiation de naissance une filiation adoptive, hormis plus classiquement en cas de décès d'un parent adoptif : l'art. 346 c. civ. inchangé peut fonder une demande du nouveau conjoint du parent survivant.

Dans tous ces cas, une fois l'adoption prononcée, les deux parents détiennent l'autorité parentale.

Apports de la loi dite Mariage pour tous à l'exercice de l'autorité parentale

À partir du moment où la filiation adoptive peut être instituée, soit par une adoption en couple, soit par l'adoption de l'enfant du conjoint, l'autorité parentale est exercée par les parents. Dans l'adoption plénière, elle appartient conjointement aux deux époux car l'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et obligations que tout enfant dont la filiation est établie (C. civ., art. 358). Les époux adoptants sont investis ensemble de la fonction parentale, y compris dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint qui produit « les effets d'une adoption par deux époux » (C. civ., art. 356, al. 2). Dans l'adoption simple, l'autorité parentale est conférée aux adoptants (retirée aux parents de naissance) qui l'exercent conjointement lors d'une adoption en couple (C. civ., art. 365). Le cas de l'adoption simple de l'enfant du conjoint est à mettre à part, car l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun. Ces points ne sont pas affectés par la loi de 2013 qui touche toutefois indirectement à la délégation-partage, dispositif préconisé avant la réforme pour accorder, au temps de l'union, des droits au compagnon ou à la compagne du parent par le sang. De manière plus explicite, le législateur s'attache encore aux incidences de la séparation des personnes de même sexe.

Pendant la vie de couple

Une délégation-partage résiduelle - Tous les époux de même sexe ne voudront pas ou ne pourront pas devenir parents juridiques d'un enfant commun. Tel sera le cas quand l'un des parents biologiques (19), parent légal, refusera l'adoption simple de son enfant par le conjoint de l'autre (l'adoption plénière serait impossible de son vivant). Néanmoins, l'enfant de l'un des époux pourra vivre avec son parent si sa résidence habituelle est fixée chez lui ou en cas de résidence alternée ; sinon, il cohabitera au moins certaines fins de semaine et une partie des vacances avec le nouveau conjoint de son père ou de sa mère.

Dans ces hypothèses, si l'homosexualité de l'un des parents ne fait pas l'objet d'un blocage pour l'autre, il sera envisageable de maintenir la délégation-partage de l'autorité parentale qui permettait la création de liens juridiques entre l'enfant de l'un et le compagnon de l'autre (C. civ., art. 377-1). Le mariage n'apporte guère de changement sur ce point, hormis la création de liens d'alliance mais, tant que le statut de beau-parent n'est pas affiné, ils ne confèrent aucun droit sur l'enfant.

Dans toutes les familles recomposées, y compris dans les nouvelles unions entre personnes de même sexe, la délégation-partage de l'autorité parentale présentera toujours une certaine utilité. Le parent social conservera alors les prérogatives que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 lui avait accordées. Ni plus, ni moins.

Une délégation-partage supplantée - Pour une meilleure sécurité juridique, les époux chercheront probablement à adopter l'enfant de leur conjoint, en la forme plénière si possible, en la forme simple à tout le moins. En conséquence, sans doute la disparition de la délégation-partage est-elle programmée. Les couples de personnes de même sexe ont été nombreux à l'instrumentaliser mais ils y ont recouru faute de mieux (rappelons, d'une part, que l'adoption plénière de l'enfant de la compagne, nécessairement hors mariage, aurait conduit à supprimer tout lien juridique avec la mère biologique et, d'autre part, que la Cour de cassation avait interdit l'adoption simple de l'enfant d'une personne de même sexe par sa compagne ou son compagnon). Cette délégation-partage de l'autorité parentale a des effets limités à la minorité de l'enfant et elle n'interfère ni avec le nom de famille, ni en droit successoral. Elle n'est non plus d'aucune utilité quand le couple se sépare. L'adoption va bien au-delà par la création de liens filiaux.

Après la rupture du couple

Lorsque les couples ont utilisé l'adoption pour inscrire l'enfant dans les deux lignées, leur rupture entraîne les mêmes effets que pour tous les parents amenés à rendre effective la coparentalité malgré leur séparation (choix de la résidence, fixation de la pension alimentaire...). En effet, l'adoption plénière est irrévocable et l'adoption simple révocable seulement pour motifs graves. En revanche, à défaut de création de liens adoptifs, la fragile situation du beau-parent de même sexe a justifié quelques attentions de la part du législateur.

Amélioration de la place du tiers après la rupture - Faute de liens filiaux entre l'enfant d'un époux et son conjoint, face à la rupture du couple conjugal, le tiers, beau-parent ou compagnon, qu'il soit ou non de même sexe, peine à revendiquer des droits vis-à-vis de l'enfant, quand bien même aurait-il contribué à l'élever. Pour y remédier, depuis 1993, le juge peut accorder à l'ex-époux ou à l'ex-compagnon un droit de visite et d'hébergement. Modifiant l'art. 371-4, al. 2, c. civ., le législateur a souhaité renforcer le maintien des liens entre l'enfant et les tiers, disposition s'adressant à tous ceux qui ont noué des liens affectifs et sociaux avec un enfant : l'ex-conjoint hétérosexuel ou homosexuel de même que le concubin ou tout tiers côtoyant l'enfant. Le juge aux affaires familiales pourra accueillir favorablement une telle demande de maintien de liens « lorsque ce tiers a résidé de manière durable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ». Ce complément n'apporte pas toutefois grand-chose au texte antérieur qui gagne tout au plus en lisibilité. Restera à savoir ce que devront recouvrir une relation stable et des liens durables.

Amélioration de la place du tiers dans le cadre d'une procédure d'adoption - Le législateur a également souhaité renforcer les prérogatives du tiers beau-parent en lui donnant un moyen de s'opposer à une adoption programmée pour couper ses relations avec l'enfant. Là encore, la réforme ne se limite pas au mariage des personnes de même sexe. À partir du moment où une personne a vécu avec l'enfant de son époux ou concubin, les liens ainsi tissés ne doivent pas se trouver simplement effacés par le prononcé d'une adoption, sans tenir compte de cette réalité et d'un droit de visite fondé sur l'art. 371-4 c. civ. Ce texte à portée générale, puisqu'il

visé tous les tiers, présentera un intérêt pour les couples de personnes de même sexe car le tiers, ex-époux ou ex-concubin, sera admis à intervenir dans la procédure d'adoption engagée par le parent de l'enfant et son nouveau conjoint. Si le juge n'a pas connaissance de ses droits de visite et d'hébergement, le tiers se voit accorder le droit de former une tierce opposition au jugement d'adoption de l'enfant, cette dissimulation constituant un dol (C. civ., art. 353-2, al. 2). Ainsi, le législateur crée un nouveau cas de dol reposant sur la dissimulation du passé de l'enfant qui s'ajoute notamment à la dissimulation d'un père naturel, de liens affectifs entre l'enfant et ses grands-parents, de la grossesse de l'adoptante ou d'une relation homosexuelle entre l'adoptante et l'adoptée. Cette extension de la tierce opposition ne va pas être réservée aux couples de même sexe mais elle sera utile également au beau-père qui, malgré sa rupture avec le parent par le sang, aura pu conserver des liens avec son beau-fils.

Comme le laisse entendre la récente communication de Mme Taubira, garde des Sceaux, la Justice s'est montrée sensible aux évolutions sociétales et aux revendications d'un certain droit au bonheur. Si certains continuent à s'émouvoir des conséquences philosophiques et psychologiques pour des enfants dotés de filiations établies à l'égard de personnes de même sexe, leurs craintes doivent être apaisées car le rattachement d'enfants à ces nouveaux couples passera obligatoirement par un contrôle judiciaire, procédure axée sur la protection de l'enfant et la recherche de la solution la meilleure pour lui.

Document 11 : Fiches d'orientation Dalloz

Mariage (Formation) | Juillet 2017

Définition

Le mariage désigne l'union de deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Il est prononcé après des formalités précises et au cours d'une cérémonie républicaine devant un officier d'état civil qui recueille les consentements.

Textes :

- C. civ., art. 143 s.
- CGCT, art. L. 2121-30-1

Décisions fondamentales :

- Cons. const. 28 janv. 2011, no 2010-92 QPC
- CEDH 24 juin 2010, no 30141/04
- Civ. 1re, 13 mars 2007, no 05-16.627
- TGI Bordeaux, 27 juill. 2004
- Civ. 1re, 24 mars 1998, no 97-11.252
- Civ. 1re, 6 déc. 1989, no [88-11.994
- Cass. ass. plén., 19 mai 1978, no 76-41.211
- Civ. 1re, 17 nov. 1958
- Civ. 5 nov. 1913
- Ch. réun., 24 avr. 1862
- Civ. 30 mai 1838

1. Conditions requises pour se marier

1.1 Différence de sexe

Depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe (C. civ., art. 143). Antérieurement, le mariage désignait l'union d'un homme et d'une femme (Cons. const. 28 janv. 2011, no 2010-92 QPC).

1.2 Condition d'âge

L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ; le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (C. civ., art. 144 s.).

1.3 Consentement

La célébration du mariage suppose le consentement des époux, ainsi que celui des parents pour les mineurs. En ce qui concerne les majeurs protégés, outre leur consentement propre, le mariage suppose l'autorisation des organes de protection (C. civ., art. 460).

Le mariage posthume, prononcé après le décès de l'un des futurs époux, peut être autorisé par le Président de la République pour des motifs graves, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement. Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

1.4 Mariages interdits

Le code civil interdit le mariage entre membres d'une même famille : entre frère et sœur, entre frères et entre sœurs, entre tous les ascendants et descendants et les alliés en ligne directe et entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce (C. civ., art. 161 à 163). Dans certains cas et pour motif grave, le Président de la République peut lever, ces deux dernières prohibitions (C. civ., art. 164).

2. Formalités

2.1 Publication des bans

Sauf dispense, la cérémonie du mariage doit être précédée par la publication d'un avis à la mairie du lieu de célébration du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence. Le mariage ne peut avoir lieu qu'à partir du dixième jour qui suit la publication (C. civ., art. 63 s.).

Le code civil organise les modalités selon lesquelles il peut être formé opposition au mariage, qui ne peut être célébré alors qu'après mainlevée (C. civ., art. 173 s.). Le ministère public peut également former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage, en particulier en cas d'absence de consentement des mariés, notamment en cas de suspicion de mariage blanc (C. civ., art. 175-1). L'officier d'état civil a également la possibilité de saisir le Procureur de la République afin que celui-ci se prononce sur l'opposition (C. civ., art. 175-2).

2.2 Célébration publique

Le mariage est célébré à la mairie ou dans tout bâtiment communal affecté à la célébration des mariages (CGCT, art. L. 2121-30-1) par l'officier d'état civil dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi. Les époux sont assistés d'au moins deux témoins (C. civ., art. 74, 74-1, 75).

Lors de la cérémonie, l'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux des articles du code civil relatifs aux obligations des époux et à l'autorité parentale (C. civ., art. 75). Il interroge les époux sur l'existence d'un contrat de mariage puis recueille leur consentement avant de déclarer, au nom de la loi, qu'ils sont unis par le mariage. Un acte de mariage est dressé, signé par les époux et les témoins. Un livret de famille leur est remis.

3. Nullité du mariage

Le mariage peut être annulé si le consentement de l'un ou des deux époux n'était pas libre (C. civ., art. 180). Cette nullité ne peut être demandée que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. Le code civil envisage ainsi la contrainte par crainte révérencielle envers un ascendant ou l'erreur sur la personne, ou les qualités essentielles de la personne. La jurisprudence a eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur des hypothèses de nullité pour mariage blanc et sur ce qui autorise l'erreur sur les qualités substantielles (liaison antérieure, troubles mentaux, virginité...).

Les articles 201 et suivants organisent également les conséquences de la nullité du mariage quant aux époux et quant aux enfants.

Définition

Le mariage produit des effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux entre les époux, créant droits et devoirs réciproques, envers les enfants et les tiers

Texte :

- C. civ., art. 203 s., 212 s.

Décision fondamentale :

- Cass. 30 mai 1838

1. Obligations entre époux

Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance (C. civ., art. 212).

1.1 Devoir de fidélité

L'appréciation du devoir de fidélité intervient surtout au moment du divorce, pour déterminer les torts respectifs des époux. Cette obligation persiste, dans une certaine mesure, même au cours de la procédure de divorce, puisqu'il a été jugé que l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité privant de leurs effets normaux les faits dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre après l'ordonnance de non-conciliation (Civ. 2e, 3 mai 1995, no 93-13.358).

1.2 Devoir de cohabitation

Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie (C. civ., art. 215). Cette exigence est appréciée différemment selon les circonstances de vie des époux.

1.3 Respect mutuel

Là encore, le respect mutuel peut servir à apprécier la cause du divorce.

Le code civil et le code pénal prévoient également ce qu'il advient du couple en cas de violences (C. civ., art. 515-9 s.).

1.4 Devoir de secours

Le devoir de secours remédie à l'impécuniosité d'un des époux, il se distingue de la contribution aux charges du mariage. Il peut être aménagé sous forme de pension alimentaire, notamment en cas de séparation de corps des époux.

1.5 Contribution aux charges du mariage

Outre l'obligation de secours entre époux, le mariage crée également des obligations financières liées aux charges du mariage, c'est-à-dire la contribution au fonctionnement de la famille. En l'absence de contrat de mariage établissant des règles particulières (V. Régimes matrimoniaux), ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives (C. civ., art. 214).

1.6 Obligations liées au logement

La résidence de la famille est au lieu que les époux choisissent d'un commun accord. Le code civil assure une protection du logement de la famille, soit en exigeant un accord des époux pour en disposer, soit en assurant une protection dans le cadre du bail.

2. Autonomie respective des époux

2.1 Autonomie financière

En dehors de la contribution aux charges du mariage et du respect des conventions matrimoniales, les époux sont à égalité de droit. Chaque époux a ainsi la possibilité de se faire ouvrir un compte en banque en son nom personnel (C. civ., art. 221).

Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage (C. civ., art. 223). Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels (C. civ., art. 224).

Le code civil organise les conditions dans lesquelles un époux peut passer seul un acte, soit qu'il en ait reçu mandat, soit que l'autre époux soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il prévoit également la protection des tiers de bonne foi lorsqu'un époux dépasse ses pouvoirs, sous réserve de la protection du logement familial et des biens propres de l'autre époux.

2.2 Dettes ménagères

Pour simplifier le fonctionnement du « ménage », l'article 220 du Code civil prévoit que « chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement » tout en réservant deux exceptions que la jurisprudence a précisées à de nombreuses reprises, dans des situations très factuelles : la solidarité n'a pas lieu pour des dépenses manifestement excessives ni pour les achats à crédit et les emprunts, sauf s'ils portent sur des sommes modestes, nécessaires aux besoins de la vie courante.

2.3 Urgence

Le juge aux affaires familiales peut être saisi lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, notamment en cas d'acte de disposition (C. civ., art. 220-1 s.).

3. Obligations envers les enfants

Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (C. civ., art. 203). Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Ceci étant, les règles relatives à l'entretien des enfants relèvent de l'attribution et de l'exercice de l'autorité parentale.

Le mariage produit aussi des effets en matière d'obligation alimentaire.

Pacte civil de solidarité (Effets) | Avril 2017

Définition

Le pacte civil de solidarité a pour but l'organisation de la vie commune de deux personnes. La conclusion d'un PACS entraîne donc des effets sur la relation des partenaires.

Texte :

- C. civ., art. 515-4 s.

Décision fondamentale :

- Cons. const. 9 nov. 1999, no 99-419 DC

1. Devoirs des partenaires

Le PACS impose des devoirs aux partenaires entre eux et vis-à-vis des tiers.

1.1 Devoirs réciproques des partenaires

Le législateur soumet les partenaires à une obligation de communauté de vie (C. civ., art. 515-4, al. 1er). En revanche, il ne les soumet pas à un devoir de fidélité. Toutefois, il faut signaler qu'une décision isolée du tribunal de grande instance de Lille a déduit de l'obligation de communauté de vie une obligation de fidélité entre partenaires en se fondant sur l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions (TGI Lille, ord. 5 juin 2002, D. 2003. 515, note X. Labbé).

Les partenaires sont également tenus d'un devoir d'aide matérielle réciproque. Ils doivent donc participer aux charges de la vie commune à hauteur de leurs facultés respectives (C. civ., art. 515-4, al. 1er). Cependant, les partenaires peuvent prévoir dans leur convention une répartition différente.

L'article 515-4, alinéa 1er impose également aux partenaires un devoir d'assistance réciproque. Le Code civil est muet quant au contenu de ce devoir mais il est possible de se référer à la notion de devoir d'assistance des époux (C. civ., art. 212). Ainsi, le devoir d'assistance se définit comme un devoir d'aide et de soutien psychologique.

Ces devoirs sont d'ordre public, les partenaires ne peuvent y déroger. Le législateur n'a, cependant, pas prévu de sanction en cas de manquement à ces obligations. Il faut donc se référer au droit commun des contrats. Le partenaire lésé peut obtenir, suivant le devoir en cause, soit l'exécution forcée de l'obligation, soit la résiliation du PACS assortie le cas échéant de dommages-intérêts (C. civ., art. 515-7).

Il faut, par ailleurs, noter que, depuis la loi du 12 mai 2009, c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour connaître des actions liées à la répartition des charges entre partenaires.

1.2 Devoirs des partenaires à l'égard des tiers

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes que l'un d'eux a contractées pour les besoins de la vie courante (C. civ., art. 515-4, al. 2). Cette disposition est d'ordre public.

Jusqu'à la loi no 2010-737 du 1er juillet 2010, cette solidarité ménagère était plus large que celle imposée par l'article 220 du Code civil aux époux. Désormais, le régime de la solidarité des partenaires est calqué sur celui de la solidarité entre époux. Ainsi, la solidarité est exclue pour les dépenses manifestement excessives, ainsi que pour les achats à tempérament et les emprunts conclus par un seul des partenaires, sauf s'agissant des emprunts, s'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante.

2. Pouvoirs des partenaires

La loi no 2006-728 du 23 juin 2006 a doté le PACS d'un véritable statut patrimonial en introduisant une présomption de pouvoir en matière mobilière ainsi qu'en modifiant les dispositions relatives au régime légal et conventionnel.

2.1 La présomption de pouvoirs en matière mobilière

Une présomption de pouvoir en matière mobilière a été introduite par la loi du 23 juin 2006 au sein de la réglementation du PACS. Ainsi, le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire tout acte sur ce bien (C. civ., art. 515-5, al. 3).

Cette disposition est calquée sur l'article 222, alinéa 1er du Code civil applicable aux époux. Il s'agit d'une présomption irréfragable.

2.2 Le régime légal

Sauf disposition contraire de la convention de PACS, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. De même sur le terrain du passif, chaque époux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le PACS, en dehors du cas de la solidarité prévue à l'article 515-4 (C. civ., art. 515-5, al. 1er). En revanche, les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive seront réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié (C. civ., art. 515-5, al. 2).

Avant la loi du 23 juin 2006, le régime légal était un régime d'indivision généralisée, soit l'opposé du régime actuel de séparation de biens.

2.3 Le régime conventionnel

Les partenaires peuvent opter pour l'indivision des acquêts (C. civ., art. 515-5-1). Les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément, à titre onéreux, pendant la durée du PACS sont ainsi soumis au régime de l'indivision. La décision de placer les acquêts en indivision peut intervenir soit lors de la conclusion du PACS, soit pendant sa durée, grâce à une convention modificative.

Lorsque les partenaires ont stipulé l'indivision des acquêts, ces biens sont réputés indivis par moitié, sans que l'un des partenaires puisse exercer un recours contre l'autre au titre d'une contribution inégale (C. civ., art. 515-5-1).

Cependant, certains biens restent toujours la propriété exclusive de chaque partenaire (C. civ., art. 515-5-2). Il s'agit des deniers perçus par chaque partenaire, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ; des biens créés et de leurs accessoires ; des biens à caractère personnel ; des biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention de PACS ou à la convention par laquelle les partenaires ont opté pour l'indivision des acquêts ; des biens acquis au moyen de deniers reçus par succession ou donation à condition que la mention de l'emploi de fonds personnels figure dans l'acte d'acquisition.

Pour ce qui est de la gestion des biens, à défaut de dispositions contraires de la convention, chaque partenaire a la gestion de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8 du Code civil.

Concubinage | Avril 2017

Définition

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

Texte :

- C. civ., art. 515-8

1. Caractères du concubinage

Le concubinage est une union de fait entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, mais cette union doit répondre à certaines exigences afin que le droit lui reconnaisse certains effets.

1.1 Vie commune

Contrairement au mariage, la vie commune n'est pas ici un devoir. La vie de couple est exigée afin de se voir reconnaître la qualification de concubinage.

1.2 Stabilité et continuité

La vie commune doit être stable et continue, cela suppose la durée et la notoriété de la relation.

2. Effets du concubinage

2.1 Pendant le concubinage

Entre concubins

Le code civil définit le concubinage mais est muet quant à ses effets. Les concubins ne sont tenus d'aucun devoir, contrairement aux époux. Ils n'ont pas d'obligation de contribution ou de solidarité, ni même aucune obligation alimentaire. Cependant, les concubins peuvent, par convention, instaurer entre eux des modalités de contribution à la vie commune ou prévoir la solidarité de telle ou telle dette.

Depuis la loi no 2010-769 du 9 juillet 2010, les dispositions relatives à l'ordonnance de protection en cas de violences au sein du couple sont applicables aux concubins (C. civ., art. 220-1).

À l'égard des enfants

Les concubins peuvent avoir recours à l'assistance médicale à la procréation (CSP, art. L. 2141-2), en revanche l'adoption leur est interdite (C. civ., art. 343 et 361).

2.2 Lors de la rupture

La liberté de rompre

Le concubinage peut être rompu librement. Cette rupture ne peut, à elle seule, justifier le droit à réparation, parce qu'il n'existe pas de lien de droit entre concubins.

En revanche, dès lors qu'il y a eu faute, à l'origine soit du concubinage, soit de la rupture, la jurisprudence admet le droit à l'indemnité dès lors qu'il existe un dommage en lien avec cette faute (Civ. 1re, 29 nov. 1977).

Lors du décès d'un concubin

Le concubin survivant n'a pas de droits successoraux dans la succession du concubin prédécédé et ne peut non plus prétendre à l'attribution d'une pension de réversion. Il a seulement le droit au transfert du bail à son profit à condition de prouver qu'il vivait en concubinage notoire avec le locataire l'année précédant son décès (L. 6 juill. 1989, art. 14).

Liquidation des rapports pécuniaires

Les concubins sont amenés à mêler leurs intérêts pécuniaires, la jurisprudence admet donc qu'il existe entre concubins une société créée de fait qu'il y a lieu de liquider. Il faut alors prouver que les conditions de l'article 1832 sont remplies, c'est-à-dire l'existence d'apports, la volonté de s'associer et l'intention de participer aux bénéfices et pertes pouvant en résulter (Com. 30 juin 1970).

Les concubins peuvent également avoir recours à l'enrichissement sans cause. L'action de in rem verso permet, en effet, au concubin lésé de demander indemnisation de son appauvrissement lorsqu'il a consécutivement enrichi l'autre concubin (Civ. 1re, 8 déc. 1987).

Pour ce qui est des biens, chaque concubin doit reprendre les siens.

2.3 Effets reconnus à l'égard des tiers

Le concubinage ne produit aucun effet de plein droit à l'égard des tiers. Cependant, à titre exceptionnel, la théorie de l'apparence du mariage peut être appliquée.

Si les concubins font l'objet d'impositions séparées, le quotient familial des contribuables vivant en concubinage est cependant aligné sur celui des couples mariés. De même, en matière d'assurance maladie et d'assurance maternité, la qualité d'ayant droit est reconnue à la personne « vivant maritalement » avec l'assuré (CSS, art. L. 161-14).

En cas d'abandon de domicile par le locataire ou de décès, le bailleur devra faire continuer le contrat de location au profit du concubin notoire qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon de domicile (L. 6 juill. 1989, art. 14).

La jurisprudence consacre également le droit des concubins à la réparation du dommage moral et matériel subi par l'un d'eux en cas de décès accidentel de l'autre, à condition de prouver le caractère certain de stabilité des relations de concubinage (Cass., ch. mixte, 27 févr. 1970).



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER FACULTÉ DE DROIT ET DE
SCIENCE POLITIQUE

Droit des personnes et des familles

LICENCE 1^{ère} ANNÉE – GROUPE C

Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**

Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

M. Vincent GIRIN

M. Mickaël KRKAC

Mlle. Elise LAMARRE

M. Léo ROQUE

M. Thomas VIALLA

Année 2017-2018 - Semestre 2

Séance 8 – Divorce

Exercice :

Cas pratique :

1°/ Jean-Michel Lecouard a une vie compliquée. Il pensait avoir trouvé le bonheur dans les bras de la femme qu'il épousera en 1997, Gilberte Maigère. Seulement, tout ne s'est pas passé comme prévu. Suite une énième dispute avec cette dernière (Gilberte ayant jeté l'ensemble de ses affaires par la fenêtre après avoir tenté de le molester), il se dit qu'elle avait cette fois-ci légèrement dépassé les bornes et décide donc de quitter le foyer conjugal. Toutefois, n'ayant jamais eu le courage d'affronter sa compagne au caractère bien trempée, il n'a pas osé entamer la procédure de divorce. Malgré tout, et après une bien longue période de solitude, Jean-Michel voyait le bout du tunnel lorsqu'il rencontra en 2017 Géraldine Bonepome. Faisant littéralement face à un coup de foudre, les deux tourtereaux veulent plus que tout s'unir par les liens sacrés du mariage. Seulement, dans un éclair de lucidité, Jean-Michel se rappelle qu'il est techniquement toujours marié et se pose donc beaucoup de questions. Il décide en conséquence de consulter le spécialiste du Droit que vous êtes afin d'obtenir de précieux conseils. En effet, il aimerait dans l'idéal pouvoir épouser sa nouvelle dulcinée sans avoir à faire face à son ancienne femme, le courage n'étant pas, de son propre aveu, sa qualité première.

Commentaire d'arrêt : Cour de cassation 1^{ère} chambre civile, 8 juillet 2010, n°09-66.186

Documents :

- 1) Document 1 : Cour de cassation 1^{ère} chambre civile, 8 juillet 2010, n°09-66.186
- 2) Document 2 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 21 janvier 1970, n°68-10.461
- 3) Document 3 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 6 juillet 2005, n°04-10.081
- 4) Document 4 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 juillet 2015, n°14-20.480
- 5) Document 5 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 19 mars 2014, n°12-17.646
- 6) Document 6 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 23 janvier 2003, n°01-13.873
- 7) Document 7 : Delphine CHAUVET - La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! - AJ Famille 2016 p.148 - Extraits
- 8) Document 8 : Sylvain THOURET - Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge - Présentation et questionnement - AJ Famille 2016 p.568

Lectures complémentaires :

- Delphine CHAUVET - La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! - AJ Famille 2016 p.148 (texte intégral)
- Louis-Frédéric PIGNARRE - Délai de réflexion et divorce sans juge : du bon usage de la condition -Recueil Dalloz 2018 p.32

Document 1 : Cour de cassation 1^{ère} chambre civile, 8 juillet 2010, n°09-66.186

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Dijon, 8 mars 2010) qui a prononcé le divorce des époux Z...-X... à ses torts exclusifs de l'avoir déboutée de sa demande de prestation compensatoire sans caractériser que l'équité le commandait en considération des critères prévus à l'article 271 du code civil ou au regard des circonstances particulières de la rupture, de sorte que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions des articles 270 et 271 du code civil ;

Mais attendu qu'en relevant que la charge des quatre enfants communs était entièrement assumée par M. Z... puisque la mère ne versait aucune contribution pour leur entretien et ne leur rendait que de rares visites, que Mme X... n'avait que 33 ans lorsqu'elle a cessé d'avoir la charge des enfants et ne justifiait pas des efforts entrepris pour suivre une formation ou exercer un emploi, la cour d'appel, qui s'est déterminée au regard des critères posés par l'article 271 du code civil relatifs à l'âge de l'épouse, sa situation au regard de l'emploi, aux choix professionnels faits par les époux et aux charges engendrées par l'entretien et l'éducation des enfants, s'est fondée sur des considérations d'équité pour refuser d'allouer à Mme X... une prestation compensatoire et a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille dix.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Capron, avocat aux Conseils pour Mme X...

Le pourvoi fait grief à l'arrêt, sur ce point, infirmatif attaqué D'AVOIR débouté Mme Florence X... de sa demande de prestation compensatoire ;

AUX MOTIFS QUE « sur la prestation compensatoire, certes Mme X... a eu quatre enfants et le mariage a duré plus de 12 ans dont 9 ans de vie commune ; mais la charge des enfants communs est entièrement assurée par M. Z... , compte tenu de l'absence de contribution maternelle à leur éducation et entretien et des rares visites exercées sur eux par l'intéressée, laquelle née le 15 septembre 1972 n'était âgée que de 33 ans quand elle a cessé d'avoir à sa charge les enfants et ne justifie pas des efforts accomplis depuis novembre 2005 pour suivre une formation qualifiante et / ou exercer un emploi ; / les conditions n'apparaissent par conséquent pas réunies pour accorder à cette jeune femme sans charge une prestation compensatoire sous quelque forme que ce soit, et ce quand bien même les ressources de M. Z... pour ses quatre enfants et son nouveau foyer seraient d'un montant avoisinant 3 000 euros par mois ; infirmant le jugement la cour déboute Mme X... de sa demande de prestation compensatoire » (cf. arrêt attaqué, p. 6) ;

ALORS QUE le juge ne peut refuser d'accorder une prestation compensatoire que si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271 du code civil, soit, lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui en demande le bénéfice, au regard des circonstances particulières de la rupture ; qu'en déboutant Mme Florence X... de sa demande de prestation compensatoire, sans caractériser que l'équité le commandait en considération des critères prévus à l'article 271 du code civil ou au regard des circonstances particulières de la rupture, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions des articles 270 et 271 du code civil.

Document 2 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 21 janvier 1970, n°68-10.461

SUR LE MOYEN UNIQUE PRIS EN SA PREMIERE BRANCHE : VU L'ARTICLE 232 DU CODE CIVIL;

ATTENDU QU'EN VERTU DE CE TEXTE, LES EXCES, SEVICES ET INJURES NE SONT DES CAUSES DE DIVORCE QU'A LA DOUBLE CONDITION QUE CES FAITS CONSTITUENT UNE VIOLATION GRAVE OU RENOUVELEE DES DEVOIRS ET OBLIGATIONS RESULTANT DU MARIAGE ET RENDENT INTOLERABLE LE MAINTIEN DU LIEN CONJUGAL;

ATTENDU QUE, POUR DEBOUTER X... DE SA DEMANDE EN DIVORCE, L'ARRET CONFIRMATIF ENONCE QU'IL RESULTAIT DE L'ENQUETE QUE LES EPOUX X... ECHANGEAIENT, DANS LE DEBIT RESTAURANT QU'ILS TENAIENT, DES INJURES, QUE, CEPENDANT, CES INJURES, COMPTE TENU DU MILIEU DANS LEQUEL ELLES ETAIENT PRONONCEES ET DE L'ENERVEMENT DU TRAVAIL LES MOTIVANT, NE POUVAIENT ETRE CONSIDEREES COMME UNE VIOLATION GRAVE ET RENOUVELEE DES DEVOIRS ET OBLIGATIONS RESULTANT DU MARIAGE RENDANT INTOLERABLE LE MAINTIEN DU LIEN CONJUGAL;

ATTENDU QU'EN EXIGEANT QUE LES FAITS INVOQUES PRESENTENT A LA FOIS LE CARACTERE DE GRAVITE ET CELUI DE REPETITION, ALORS QUE LESDITS CARACTERES SONT, AUX TERMES DE L'ARTICLE PRECITE, ALTERNATIFS, LES JUGES DU FOND ONT VIOLE LE TEXTE VISE AU MOYEN;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE STATUER SUR LES AUTRES BRANCHES DU MOYEN : CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU ENTRE LES PARTIES PAR LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE LE 23 OCTOBRE 1968;

REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL DE NIMES

Document 3 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 6 juillet 2005, n°04-10.081

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, tel qu'il figure au mémoire en demande annexé au présent arrêt :

Attendu d'abord, qu'en retenant que les faits imputés à l'épouse constituaient une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil, ce dont il résultait que la double condition exigée par ce texte était constatée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Qu'ensuite, en prononçant le divorce des époux X... Le Y... à leurs torts partagés, les juges du fond ont nécessairement estimé que ces faits imputables à l'épouse n'étaient pas excusés par le comportement de son conjoint ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, tel qu'il figure au mémoire en demande annexé au présent arrêt :

Attendu que Mme Le Y... n'a pas fait valoir dans ses conclusions d'appel, que l'intérêt particulier qui s'attachait à ce qu'elle soit autorisée à conserver l'usage du nom de son mari résidait dans le fait que sa fille Héloïse, qui était hébergée en alternance chez chacun des deux parents, était encore mineure ; que le moyen, nouveau et mélangé de fait, est irrecevable ;

Sur le troisième moyen, tel qu'il figure au mémoire en demande annexé au présent arrêt :

Attendu que la cour d'appel a, au vu des éléments qui lui étaient soumis, souverainement apprécié l'existence de la disparité créée par la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux et fixé le

montant de la prestation compensatoire ; que le moyen, qui ne tend qu'à remettre en cause cette appréciation ne peut être accueilli ;

Mais sur le quatrième moyen :

Vu les articles 266 et 1382 du Code civil ;

Attendu que le prononcé du divorce n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, que les dommages-intérêts prévus par l'article 266 du Code civil réparent le préjudice causé par la rupture du lien conjugal tandis que ceux prévus par l'article 1382 du même Code, réparent le préjudice résultant de toute autre circonstance ;

Attendu que pour débouter Mme Le Y... de sa demande de dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil, la cour d'appel énonce que celle-ci n'établit pas l'existence d'un préjudice matériel et moral distinct de celui réparé par l'accueil de sa demande en divorce ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts de Mme Le Y..., l'arrêt rendu le 5 mars 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six juillet deux mille cinq.

Document 4 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 juillet 2015, n°14-20.480

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 270 et 271 du code civil ;

Attendu que la prestation compensatoire n'a pas pour objet de corriger les effets de l'adoption par les époux du régime de séparation de biens ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un jugement a prononcé le divorce de M. X... et de Mme Y... ;

Attendu que, pour condamner l'époux à payer une prestation compensatoire, l'arrêt énonce que cette prestation « a quand même pour objet de corriger les injustices liées au jeu du régime séparatiste » ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne M. X... à payer à Mme Y... une prestation compensatoire de 200 000 euros, l'arrêt rendu le 3 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ;
Condamne Mme Y... aux dépens ;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Bénabent et Jéhannin, avocat aux Conseils, pour M. X...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'avoir condamné Monsieur X... au paiement d'une prestation compensatoire sous forme d'un capital de 200 000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « sur la prestation compensatoire : il résulte des articles 270 et suivants du Code civil que l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ; que la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible ; pour ce faire, le juge prend en considération un certain nombre d'éléments non limitativement énumérés par l'alinéa 2 de l'article 271 du Code civil ;

qu'aux termes de l'article 272 du Code civil, dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire, ou à l'occasion d'une demande en révision, les parties fournissent au juge une déclaration sur l'honneur certifiant l'exactitude de leur ressources, revenus, charges, patrimoine et conditions de vie ; qu'en l'espèce, aucune des parties n'a fourni cette déclaration ;

que la situation se présente ainsi que suit ; le mari est âgé de 62 ans, et l'épouse de 60 ans ;

que le mariage a été célébré le 7 juin 1980 et le couple vivait ensemble jusqu'à sa comparution devant le magistrat conciliateur : la durée de la vie commune postérieure au mariage a donc duré 28 ans ;

que le couple a eu deux enfants, majeurs et autonomes ; que Philippe X... et Marie-Christine Y... ont contribué longtemps à l'entretien et l'éducation de Charles ; que Philippe X... n'est plus tenu à cette obligation, le premier juge l'ayant supprimée ; que Marie-Christine Y... fait valoir qu'elle verse encore 500 € à cet enfant, mais s'agissant désormais d'un adulte de 28 ans, pour lequel n'est invoqué aucun problème de santé ou handicap réduisant ses capacités physiques intellectuelles, il ne saurait être retenu le versement de cette somme, comme obligation ;

qu'il n'est aucunement démontré que Marie-Christine Y... ait consenti quelque sacrifice de carrière pour se consacrer à l'éducation de ses enfants ;

que Marie-Christine Y... exerce la profession de médecin gynécologue ; que ses deux derniers avis d'imposition font apparaître les revenus suivants :

- En 2011 : des salaires 4 210 €, des revenus non commerciaux professionnels : 57 881 €, et des revenus fonciers : 3 387 €, soit un revenu mensuel de 5 456, 50 € ; le montant de l'IRPP en 2012 a été de 9 347 € ;

- En 2012 : des salaires 4 202 €, des revenus non commerciaux professionnels : 28 730 €, des revenus fonciers en déficit : 7 562 € ;

que si le déficit foncier peut s'expliquer par les travaux de réparations effectués sur l'immeuble sis... à Valenciennes (soit 13 700 € de travaux selon la déclaration 2044), en revanche aucune explication n'est donnée quant à la chute de près de moitié des revenus professionnels non commerciaux ;

qu'au titre de ses charges, l'appelante fait état d'un prêt immobilier pour l'acquisition vraisemblablement d'un des trois biens propres dont il sera question ci-après, générant des mensualités de 818, 40 € (dernière échéance : mai 2017) et dont les intérêts sont nécessairement intégrés dans le calcul des revenus fonciers nets (en 2013, la somme de 2 742 € a été déclarée à ce titre pour l'immeuble sis... à Valenciennes cf : déclaration 2044 pièce 50). Elle verse également aux débats une offre de crédit pour un prêt travaux de grosses réparations de 45 000 € en date du 30 mars 2012, mais n'y joint pas le tableau d'amortissement, et ne l'invoque même pas dans ses écritures ;

que Philippe X... est à la retraite ; qu'il reçoit une pension mensuelle de la CARSAT Nord Picardie et des retraites complémentaires trimestrielles de l'AGIRC et d'ARRCO ;

qu'en 2013, il a déclaré pour l'année 2012 :

- Au titre des salaires : 1887 €
- Au titre des pensions : 12 346 €
- Au titre des revenus de capitaux mobiliers : 9 178 €
- Au titre des revenus fonciers : 25 394 € soit un revenu mensuel de 4 067 € ;

qu'il verse aux débats les éléments relatifs à ses pensions de retraite versées en 2013 :

- Par la CARSAT : en moyenne : 850,40 €
- ARGIRC : 692,85 €/ trimestre-ARRCO : 762,39 €/ trimestre soit un revenu mensuel prévisible pour cette année-là au titre des seules retraites de 1 335,50 €/ mois qu'il sera constaté le niveau de vie encore confortable de Philippe X... malgré sa mise à la retraite, ses ressources étant constituées pour 2/3 de revenus de capitaux mobiliers et fonciers ;

Que le couple possède en indivision deux immeubles sis... à Anzin ; qu'aucune évaluation récente n'est communiquée sur ces deux biens ; que dans la déclaration ISF 2010 de Philippe X..., ces immeubles figurent pour l'un à hauteur de 72 500 € (étant précisé que celui-ci est mentionné comme étant la résidence principale et qu'un abattement de 30 % est pratiqué sur la valeur de ce type de biens) et pour l'autre à hauteur de 64 000 € ; que le mari soutient qu'il a fait une donation au conjoint survivant de la moitié des immeubles sis... à Anzin qui constituait le domicile conjugal ; Mais qu'outre le fait qu'il ne verse aucune pièce en ce sens aux débats, et que l'épouse conteste une telle donation, il sera rappelé que selon l'article 265 du Code civil le divorce emporte révocation de plein droit les dispositions à cause de mort accordées par un des époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union ;

que chacun des époux dispose d'un patrimoine propre ;

que Marie-Christine Y... possède plusieurs immeubles à Valenciennes qu'elle a fait évaluer en juillet 2013 par une agence immobilière (pièce 48) :

- l'immeuble sis... mentionné plus haut, et qui faisait l'objet à la date de l'estimation d'une promesse de vente à hauteur de 124 600 € ; que pour l'acquisition de ce bien, l'appelante avait contracté un prêt de 80 000 €, qui est toujours en cours comme il a été vu plus haut (en juillet 2013, le capital restant dû s'élevait à la somme de 36 202 €), mais qui devrait être soldé de par la vente ;
- un immeuble sis... qui est le local professionnel de Marie-Christine Y..., évalué à la somme de 180 000 € ;
- qu'un immeuble sis... estimé pour 140 000 € (immeuble loué selon la déclaration 2044)
- un garage situé..., négociable à hauteur de 10 000 € et figurant également dans la déclaration de 2044 comme un bien générant des revenus locatifs ;

qu'elle ne donne aucune indication sur la valeur de sa clientèle qu'elle va pourtant bientôt céder vu son âge ;

qu'il est par ailleurs étonnant que l'épouse ne fasse état d'aucune valeur mobilière, alors qu'elle exerce la profession de médecin depuis de longues années (sur l'acte de mariage, il est mentionné, qu'elle occupe déjà cette activité) ;

que Philippe X... est détenteur d'un patrimoine immobilier et mobilier conséquent comme il va être vu ci-après ;

que l'avis de fixation de l'affaire portait injonction pour lui de produire sa dernière déclaration d'ISF, ce à quoi il a été répondu qu'il n'y était plus assujéti et que la dernière déclaration datait de 2011 ; qu'or, le document qu'il verse aux débats est incomplet, ne faisant apparaître que la base imposable (1 396 323 €) et non les annexes ; que comme par ailleurs il s'abstient de fournir une évaluation de ces biens, il sera fait ici référence à l'ISF de 2010, qui faisait mention d'une base imposable de 1 450 994 € (soit donc à peine inférieure de 151 000 € à la base imposable sous la barre de laquelle il serait passé, sans qu'aucune explication ne soit donnée à ce sujet) ;

qu'aux termes de ce document, Philippe X... possède :

- un immeuble industriel appartenant à une SCI sise... à Anzin : 15 500 €
- des garages sis... à Valenciennes : 47 000 €
- une maison sise... à Onnaing : 11 000 €
- un appartement sis... à Valenciennes : 65 000 € (d'après l'avis de taxe foncière 2010 cet immeuble est la propriété indivise d'un autre membre de sa famille)
- un immeuble industriel appartenant à une SCI sise... à Méru : 267 000 € ;

qu'il déclare également :

- des droits sociaux et valeurs mobilières pour 477 327 €
- les actions de la société SNT pour 112 835 €
- des liquidités : 181 125 €
- des meubles meublants : 15 000 €
- deux véhicules Porsche et BMW pour 23 000 €

qu'il apparaît par ailleurs que dans son patrimoine immobilier figurent :

- un bien sis au Touquet ... rue..., dont il indique dans ses écritures qu'il n'en avait que la nue-propiété, ce qui explique qu'il ne figurait pas sur sa déclaration ISF ; que cependant, l'avis de taxe foncière de 2009 mentionne Philippe X... comme propriétaire de ce logement ; que l'intimé n'en communique aucunement la valeur ;

- un immeuble sis... à Aulnoyes les Valenciennes pour lequel il explique que cet immeuble serait partiellement détruit, avec un occupant sans droit ni titre, et ne générerait donc aucun revenu ; que Marie-Christine Y... soutient quant à elle qu'il est toujours occupé par les propriétaires vendeurs et que Philippe X... percevrait dès lors les indemnités d'occupation ;

qu'aucun élément n'étant versé aux débats, il est impossible de vérifier la pertinence des explications contraires avancées ;

qu'en ce qui concerne les différentes sociétés dans lesquelles Philippe X... a été soit porteur de parts, soit gérant, il indique ne plus être actionnaire que de la société BERACTIONS, dans laquelle il avait apporté 295 actions de la SND (Société Nouvelle de distribution) tandis que Marie-Christine Y... avait fait un apport de 23 actions de la même société ; que la société SNT a été vendue en 2011 à la société Guy Dauphin Environnement ; que la société EMR a fait l'objet d'une liquidation judiciaire par le tribunal de commerce d'Hazebrouck le 22 juin 2005 ;

qu'aucune pièce ne permet de supposer que Philippe X... serait détenteur de parts sociales dans une SCI de placement immobilier sis 173 boulevard Haussmann à Paris ;

qu'enfin, il sera relevé que l'épouse s'abstient de communiquer le moindre renseignement sur ses droits prévisibles à retraite, reproche qui lui avait déjà été fait par le premier juge ;

qu'il convient ici de rappeler que même si la prestation compensatoire n'a pas pour finalité d'assurer la parité des fortunes, elle a quand même pour objet de corriger les injustices liées au jeu du régime séparatiste ; qu'or, si les actes de propriété des différents biens immobiliers compte et portefeuilles de titres détenus par Philippe X..., ce dernier indique dans ses écritures qu'il n'a reçu en héritage que les immeubles de la rue ... à Valenciennes et du Touquet, des parts sociales SNT et divers placement financiers ; qu'il résulte donc de ses propres assertions, qu'une grande partie du patrimoine propre de Philippe X... s'est constitué au cours de la vie commune, le mari, enseignant au moment du mariage, s'étant visiblement lancé dans les affaires par la suite, vu les nombres de sociétés dans lesquelles il était porteur de parts ou gérant ;

que cette réussite professionnelle est sans doute liée à l'industrie du mari et son talent, mais il ne peut être fait abstraction du fait que l'épouse, qui avait une profession stable de médecin, et assurait ainsi une sécurité matérielle à sa famille, a en partie contribué à cette promotion sociale ;

qu'ainsi, il apparaît des différents éléments sus mentionnés, que contrairement à ce qu'en a décidé le premier juge, le divorce va entraîner au détriment de l'épouse, à l'issue de 28 années de vie commune, une forte disparité dans ses conditions d'existence, qu'il conviendra de compenser par l'octroi d'un capital de 200 000 € » ;

1°/ ALORS QUE la prestation compensatoire n'a pas pour objet de corriger les effets du régime de séparation de biens librement choisi par les époux ; qu'en retenant pourtant que « même si la prestation compensatoire n'a pas pour finalité d'assurer la parité des fortunes, elle a quand même pour objet de corriger les injustices liées au jeu du régime séparatiste », la Cour d'appel a méconnu l'article 270 du Code civil ;

2°/ ALORS QUE pour apprécier si la rupture du mariage crée une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, le juge prend en considération le patrimoine des époux, tant en capital qu'en revenus ; qu'à ce titre, il appartient au juge de procéder à une évaluation, même sommaire, du patrimoine de chacun des époux ; qu'en l'espèce, pour apprécier l'existence d'une disparité, la Cour d'appel a relevé que l'épouse « ne donne aucune indication sur la valeur de sa clientèle qu'elle va pourtant bientôt céder vu son âge » ; qu'en statuant ainsi, sans procéder à l'évaluation, même sommaire, de la clientèle attachée à la profession libérale de l'épouse, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision conformément à l'article 271 du Code civil ;

3°/ ALORS QUE pour apprécier si la rupture du mariage crée une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, le juge prend en considération le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenus et leur situation respective en matière de retraite ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel s'est bornée à relever qu'« il est par ailleurs étonnant que l'épouse ne fasse état d'aucune valeur mobilière, alors qu'elle exerce la profession de médecin depuis de longues années (sur l'acte de mariage, il est mentionné qu'elle occupe déjà cette activité) » et que, de même, « l'épouse s'abstient de communiquer le moindre renseignement sur ses droits prévisibles à la retraite, reproche qui lui avait déjà été fait par le premier juge » ; qu'en allouant néanmoins à Madame Y... une prestation compensatoire de 200 000 €, sans tenir compte, comme elle y était invitée, du capital constitué par l'épouse dans le cadre de la loi Madelin qui lui sera versé

au moment de la retraite, la Cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 271 du Code civil.

Document 5 : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 19 mars 2014, n°12-17.646

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 247, 247-1 et 247-2 du code civil, ensemble l'article 1077 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a assigné en divorce son épouse, Mme Y..., sur le fondement de l'article 242 du code civil, laquelle a formé une demande reconventionnelle en divorce aux torts exclusifs de celui-ci ; que relevant appel du jugement les ayant déboutés de leur demande, l'époux a demandé le divorce sur le fondement des articles 237 et 238 du code civil ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt relève que l'époux verse aux débats diverses attestations de voisins et amis qui certifient que les époux ne vivent plus ensemble depuis plus de deux années ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la nouvelle demande en divorce de l'époux, fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, était irrecevable, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 janvier 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Basse-Terre ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Basse-Terre, autrement composée ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf mars deux mille quatorze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Blanc et Rousseau, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir prononcé le divorce de M. X... et de Mme Y... pour altération définitive du lien conjugal,

Aux motifs que M. X... versait aux débats des attestations qui certifiaient que les époux ne vivaient plus ensemble depuis plus de deux ans,

Alors que 1°) dans le cadre d'une instance en divorce introduite sur le fondement de la faute, les époux ne peuvent demander le prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal (violation des articles 247, 247-1 et 247-2 du code civil),

Alors que 2°) l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ; que la cour d'appel qui n'a pas constaté que les époux vivaient séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce du 16 juillet 2009, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 238 du code civil,

Alors que 3°) les juges qui se proposent de prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal sur la seule demande de l'un d'eux, doivent inviter les parties à présenter leurs observations sur les conséquences éventuelles d'un tel divorce notamment le versement d'une prestation compensatoire ; que, saisie par M. X... d'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui offrait de payer 1 euro à titre de prestation conservatoire et alors que Mme Y... avait constitué avocat, la cour d'appel ne pouvait prononcer le divorce sans avoir préalablement invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire, sauf à violer les articles 237 du code civil et 1176-1 du code de procédure civile.

Document 6 : Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 23 janvier 2003, n°01-13.873

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le moyen du pourvoi incident qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal pris en sa première branche :

Vu les articles 270 et 271 du Code civil ;

Attendu que pour débouter Mme X... de sa demande de prestation compensatoire, l'arrêt infirmatif attaqué retient que l'ordonnance de non-conciliation en date du 20 mars 1997 n'avait pas accordé de pension alimentaire à l'épouse, le devoir de secours n'étant plus, en l'état de la séparation intervenue en 1986, justifié, qu'il n'est pas allégué que cette décision aurait été frappée d'appel ou modifiée, qu'en conséquence, l'épouse n'ayant ni demandé ni bénéficié d'une obligation de secours depuis la séparation de fait des époux à la date où la cour d'appel statue, le prononcé du divorce ne crée aucune disparité de nature à ouvrir droit à prestation compensatoire ;

Qu'en se fondant ainsi sur les seules dispositions de l'ordonnance de non-conciliation antérieure de 4 ans au prononcé du divorce et sur l'ancienneté de la séparation de fait, la cour d'appel, qui n'a pas tenu compte de la situation des époux au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen du pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE mais seulement en ce qu'il a débouté Mme X... de sa demande de prestation compensatoire, l'arrêt rendu le 28 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes respectives de Mme X... et de M. Y... ;

Dit que sur les diligences du Procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois janvier deux mille trois.

Document 7 : Delphine CHAUVET - La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! - AJ Famille 2016 p.148 - Extraits

Conception de l'infidélité		
Imputation d'une infidélité conjugale et diffamation	Civ. 1re, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, Dalloz actu. 4 janv. 2016, obs. S. Lavric	« L'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ».
Infidélité envisagée comme un défaut de loyauté	Bourges, 9 juill. 2015, n° 14/01066	« Quant aux conversations osées [du mari] avec d'autres femmes, elles caractérisent un défaut de loyauté de l'appelant vis-à-vis de [son épouse] et des obligations du mariage ».
Infidélité ne rendant pas intolérable la vie commune	Civ. 1re, 22 nov. 2005, n° 05-12.126	« C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a retenu que ne pouvait être reprochée (<i>sic</i>) à M. Z, comme constituant des violations graves et renouvelées des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, la liaison extra-conjugale qu'il avait entretenue en 1986-1987, alors que, connaissant cette liaison dès le mois de février 1987, Mme X n'en avait tiré aucune conséquence ».
Le concubinage adultérin n'empêche pas la communauté affective	Versailles, 7 janv. 2016, n° 14/07589	« Le fait de vivre en concubinage avec une tierce personne peut tout de même s'accommoder du maintien de la communauté affective en particulier lorsque l'un des époux conserve des relations familiales avec son conjoint sans établir de façon évidente sa détermination à ne plus le rencontrer sauf à y être contraint soit pour des questions patrimoniales soit pour l'éducation des enfants lorsque ceux-ci encore mineurs vivent au domicile du conjoint à l'égard duquel il sollicite le divorce ».
Libertinage partagé	Pau, 6 févr. 2006, n° 04/00463	« Le comportement libertin de l'épouse, dont la réalité ne peut être contestée, ne saurait, en l'espèce, constituer une cause de divorce au sens de l'art. 242 c. civ. alors que la preuve est rapportée que l'époux se prévalait envers les tiers du caractère libre du couple, manifestant ainsi sa connaissance et son acceptation d'un comportement sexuel relevant d'un choix de vie commun du couple et alors que rien ne permet de caractériser à l'encontre de l'épouse et hors pratiques libertines et échangistes une liaison adultère au sens "classique" du terme ».
	Chambéry, 4 févr. 2014, n° 13/00870	Divorce prononcé aux torts partagés, les époux ayant « fait le choix pendant plus de dix ans d'avoir une vie de débauche ainsi qu'il résulte de leurs écritures et des photographies à caractère pornographique versées aux débats ».
Absence d'un devoir de fidélité dans le pacs	Rennes, 5 mai 2015, n° 14/01737	« La situation de concubinage, même formalisée par la conclusion d'un pacs, ne génère aucune obligation de fidélité, propre au mariage ».
Intellectualisation de l'infidélité		

Infidélité et sites de rencontres	Riom, 2 sept. 2014, n° 13/02654	« L'inscription de l'épouse sur un site de rencontres, pendant plusieurs mois, alors que les parties n'étaient pas séparées, constituait un comportement injurieux, car ayant pour but la rencontre d'une tierce personne afin d'entretenir une relation amoureuse, constitutif d'une faute rendant intolérable le maintien de la vie commune ».
	Civ. 1re, 30 avr. 2014, n° 13-16.649, RTD civ. 2014. 627, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2014, comm. 95, note J.-R. Binet	« Attendu que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève que les "mails" équivoques échangés sur "netlog" par l'épouse avec un certain nombre de correspondants masculins, ainsi que les photographies intimes de cette dernière, établissent que celle-ci avait un comportement de recherches de relations masculines multiples et retient que ce comportement, sans rapport avec son état dépressif, constitue un manquement grave et renouvelé aux obligations du mariage ».
	Versailles, 18 avr. 2013, n° 12/03460	« Les relevés de compte American Express [...] au nom de [l'époux] faisant apparaître des débits se rapportant au site Meetic ; que ces éléments démontrent que, antérieurement à la procédure de divorce, [l'époux] se détournait de son épouse en vue de faire des rencontres féminines ; que ce comportement injurieux à l'égard de l'épouse constitue une faute au sens de l'art. 242 ».
Infidélité et réseaux sociaux	Douai, 28 févr. 2013, RTD civ. 2013. 583, obs. J. Hauser	« Le caractère "officiel" de cette relation extra-conjugale divulguée sans pudeur sur un réseau social, alors même que les époux sont encore dans les liens du mariage, est, ainsi que l'a relevé à juste titre le premier juge, outrageant pour l'époux, et le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation quelques mois avant ne confère pas à l'épouse une immunité privant de ses effets une telle attitude. Celle-ci constitue une violation grave des devoirs et obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune ».
	Montpellier, 10 oct. 2012, n° 11/04810	« Le comportement injurieux de l'épouse s'affichant en tous lieux publics avec [un autre homme] dans des attitudes amoureuses ou de couple ne peut être sérieusement contesté et ne laisse substituer aucun doute sur le caractère adultère des relations entretenues ; – Et attendu que ce comportement, qui ne peut être qualifié que d'injurieux au regard du statut d'épouse, est confirmé et illustré [...] par les photographies produites sur lesquelles l'intimée apparaît à moitié dénudée (torse nu) en compagnie du susnommé lui-même torse nu, dans des poses de couple enlacé ; que la qualification de photo à caractère artistique et professionnel alléguée pour les besoins de la cause n'atténue en rien leur aspect injurieux pour le conjoint ; que de surcroît la publication volontaire de certaines de ces photographies sur le site Facebook ouvert au nom de femme mariée de l'intimée et accessible à tout public prive l'argument de toute crédibilité ».
	Versailles, 19 janv. 2012, n° 11/00727	« En faisant état sur Facebook de ses liaisons, [...] le mari a causé un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal ».
Infidélité messages électroniques	Aix-en-Provence, 8 sept. 2005, n° 04/11100	« L'examen des messages [électroniques], échangés seulement avec des partenaires masculins, parfois accompagnés de photographies, ne laisse aucun doute sur le but recherché de rencontres avec des hommes constitutif d'un comportement injurieux vis-à-vis de son mari ».
Séparation et infidélité		
Procédure de divorce et devoir de fidélité	Civ. 1re, 1er avr. 2015, n° 14-12.823, AJ fam. 2015. 341, obs. B. de Boysson	« L'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre ».
Incidence de la séparation sur le devoir de fidélité	Aix-en-Provence, 11 déc. 2014, n° 14/02756	« L'imputabilité de cette distance tant géographique qu'affective [l'épouse poursuivant des études en région parisienne] étant contestée et non établie par les pièces, il n'y a pas lieu de considérer que la relation entretenue par [le mari] avec [un tiers], parfaitement acquise par les échanges épistolaires sur Facebook [...], est en elle-même constitutive d'un manquement grave aux obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune ».
Contractualisation de l'infidélité		
Validité du contrat de mariage conclu par un homme marié	Civ. 1re, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, D. 2012. 59, obs. R. Libchaber ; AJ fam. 2011. 613, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2012. 93, obs. J. Hauser	« Le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée ».
La validité des libéralités adultérines	Civ. 1re, 25 janv. 2005, n° 96-19.878, AJ fam. 2005. 234, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2005. 368, obs. J. Hauser. – Adde Cass. ass. plén. 29 oct. 2004, n° 03-11.238, D. 2004. 3175, note D. Vigneau ; Dr. fam. 2004, n° 12, comm. 230, note B. Beignier ; RTD civ. 2005. 104, obs. J. Hauser ; JCP 2005. II. 10011, note F. Chabas	« N'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ».

Preuve		
SMS	Civ. 1re, 17 juin 2009, n° 07-21.796, AJ fam. 2009. 298, obs. S. David ; D. 2009. 1758, obs. V. Egéa ; RTD civ. 2009. 514, obs. J. Hauser	Cassation de l'arrêt de la cour d'appel retenant « 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 ». La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les mini-messages avaient été obtenus par violence ou fraude.
Absence de fraude	Civ. 1re, 17 juin 2009, préc. Toulouse, 7 nov. 2006, n° 05/04263	V. <i>supra</i> . « [L'époux fautif] n'établit pas que l'interception des courriels qu'il a échangés avec une tierce personne ont été obtenus par violence ou fraude. Il n'établit pas que le courrier électronique reçu à son domicile par le biais de son adresse électronique était protégé par un mot de passe personnel et confidentiel, composé au moment de sa connexion à Internet ou à sa boîte aux lettres électronique ni qu'il était seul à avoir accès à cette boîte aux lettres électronique ».
	Civ. 1re, 18 mai 2005, n° 04-13.745, AJ fam. 2005. 403, obs. S. David	« Attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, après avoir souverainement apprécié les éléments de preuve fournis, que les relations injurieuses pour le mari entretenues par la femme avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privée ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a justement déduit, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que des violations graves et renouvelées des obligations du mariage étaient démontrées ».
Faute		
Infidélité et absence de faute	Civ. 1re, 28 janv. 2009, n° 08-11.598	« Attendu que la cour d'appel, qui a souverainement estimé que les faits d'alcoolisme invoqués par le mari à l'encontre de son épouse étaient établis et que l'adultère du mari était excusé par le comportement fautif de Mme X, a, en prononçant le divorce aux torts de l'épouse, fait une exacte application de l'art. 242 c. civ. ».
Absence de responsabilité complice de l'adultère	Civ. 2e, 5 juill. 2001, D. 2002. 1318, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 2001. 856, obs. J. Hauser	« Le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse ».

Document 8 : Sylvain THOURET - Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge - Présentation et questionnement - AJ Famille 2016 p.568

Même si la question du divorce sans juge n'est pas nouvelle puisqu'elle a été évoquée dès le début des années 2000, c'est avec une rapidité consternante qu'elle fait son entrée dans le droit positif. Issu d'un amendement gouvernemental de mai 2016 qui ne doit son apparition qu'à l'arrivée d'un nouveau garde des Sceaux quelques semaines auparavant, le texte lui servant de support a été adopté au terme d'une procédure parlementaire accélérée dont le Conseil constitutionnel a jugé le 17 nov. 2016 qu'elle n'était pas contraire à la Constitution (1). Il met en place un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, dont le même Conseil constitutionnel a jugé qu'il n'était pas contraire au principe d'égalité devant la loi et qu'il ne méconnaissait pas non plus le onzième alinéa du Préambule de 1946 ni aucune autre exigence constitutionnelle (2). C'est dans ces conditions qu'a été promulguée la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle dont l'art. 50 instituant ce nouveau divorce entrera en vigueur le 1^{er} janv. 2017 (3). Sans attendre la publication du décret d'application promise pour le 31 déc. 2016 au plus tard, il importe de s'imprégner des contours de ce nouveau divorce en mesurant ce qu'il implique, même s'il pose de nombreuses questions qui ne peuvent encore pour l'heure recevoir toutes une réponse.

Séparation de corps ?

Il doit être précisé ici que le dispositif nouveau ne s'applique pas à la séparation de corps qui reste judiciaire (C. civ., art. 296). Le texte est cependant obscur car, s'il précise que la séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce judiciaire, il peut signifier soit que les époux ne peuvent conjointement demander le prononcé d'une séparation de corps par consentement mutuel, soit que les époux ne peuvent demander le prononcé d'une séparation de corps par consentement mutuel que si un enfant demande son audition.

Une nouvelle terminologie - Le divorce issu de la loi du 18 nov. 2016 est intitulé « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». L'idée

a été d'associer, au travers de cette dénomination, les deux professions qui seront chargées de sa mise en oeuvre, soit les avocats et les notaires. Il y a fort à parier que la pratique ne s'encombrera pas de cette considération symbolique et qu'elle opposera dans les faits le divorce par consentement mutuel conventionnel au divorce par consentement mutuel judiciaire, et ce d'autant plus que cette dernière expression est consacrée par le législateur lui-même dans le titre du paragraphe 2 de la section 1 du chapitre Ier du titre VI du livre Ier du code civil lorsqu'il s'agit de présenter ce cas de divorce en l'opposant au nouveau divorce par consentement mutuel. Mais surtout, ce nouveau divorce n'est plus prononcé par qui que ce soit : ni par le juge qui disparaît purement et simplement de son champ d'application, ni par les avocats dont le rôle est de rédiger la convention par laquelle les époux recourent à ce type de divorce, ni par le notaire dont le rôle est de recevoir le dépôt de cette convention au rang de ses minutes. Ce sont donc les époux qui se divorcent l'un et l'autre par consentement mutuel. Il est certain qu'il n'existe donc plus de procédure dans ce nouveau divorce. Aussi, on ne peut qu'être surpris, à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel, de constater que cette juridiction emploie à quinze reprises au moins l'expression « procédure conventionnelle » de divorce par consentement mutuel qui n'a pourtant pas sa place dans ce nouveau divorce (4).

Une nouvelle philosophie - Au-delà du changement de terminologie se cache une véritable évolution, voire révolution, du droit du divorce, d'autant plus importante que les époux s'engageant dans cette voie bénéficient comme les autres d'une prise en charge possible de leurs frais d'avocats au titre de l'aide juridictionnelle (5). En effet, le nouveau divorce par consentement mutuel sort totalement des prétoires et relève exclusivement du droit des contrats. Il devient donc un contrat parmi d'autres et il y a tout lieu de penser que le nouveau droit des contrats lui sera entièrement applicable, à l'exception des dispositions qui seront par nature inconciliables avec le divorce, comme l'exception d'inexécution, la clause résolutoire sur le divorce lui-même... Les praticiens doivent avoir pleinement conscience de cette réalité car elle va les amener à appréhender ce nouveau divorce dans des conditions totalement différentes de celles qu'ils appliquent au divorce par consentement mutuel d'aujourd'hui dans lequel l'homologation du juge continue d'en faire un acte juridictionnel. Ils vont vite devoir expliquer à leurs clients que contractualiser n'est pas aussi simple qu'ils peuvent l'imaginer...

Cette présentation se fera autour des conditions (1^{re} partie) puis de la mise en oeuvre (2^e partie) du nouveau divorce par consentement mutuel que l'on qualifiera par souci de simplification divorce par consentement mutuel conventionnel.

1. Conditions du divorce par consentement mutuel conventionnel

Des conditions non optionnelles - La particularité du divorce par consentement mutuel conventionnel est qu'il se définit d'abord et avant tout par référence aux cas dans lesquels il est impossible d'y avoir recours. Autrement dit, il suppose des conditions négatives qui sont tout aussi importantes que les conditions positives auxquelles il est subordonné. Mais, dès lors que ces conditions sont remplies, les époux qui souhaitent divorcer par consentement mutuel sont obligés de suivre le cadre imposé pour le divorce par consentement mutuel conventionnel qui n'a donc rien d'un divorce optionnel.

1.1. Conditions négatives

Absence de demande d'audition de l'enfant - La condition essentielle du recours au divorce par consentement mutuel conventionnel est liée à l'absence de toute demande d'audition d'enfant (C. civ., art. 229-2, 1^o). Au regard du nombre d'enfants entendus chaque année dans une procédure de divorce par consentement mutuel (6), cette condition fait du divorce par consentement mutuel conventionnel la règle. Elle est par hypothèse remplie lorsque les époux n'ont pas d'enfant commun. En présence d'enfant commun, elle supposera de poser systématiquement deux questions : le mineur a-t-il été informé par ses parents de son droit d'être entendu par le juge, dans les conditions prévues à l'art. 388-1 c. civ. ? Dans l'affirmative, le mineur demande-t-il son audition par le juge ? Logiquement, ce sont les parents qui, en qualité de détenteurs de l'autorité parentale, sont tenus du devoir d'informer leur enfant de son droit d'être entendu, et ce sont eux qui sont destinataires de la réponse faite par l'enfant. Même si l'on peut regretter que la parole de l'enfant ait un tel impact, dès qu'un enfant demandera à être entendu, les époux devront choisir la procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire. Cela vaut que la demande émane d'un seul enfant ou de plusieurs enfants. L'énoncé de la loi est clair. Cependant, il ne manque pas de poser certaines questions pratiques. L'audition de l'enfant est subordonnée à son discernement. Qui va apprécier ce discernement ? Ce sont d'abord les parents, mais quelle garantie est offerte à l'enfant qui, en dehors de toute procédure, ne peut demander son audition au juge ? C'est ensuite le juge mais que se passera-t-il si le juge estime qu'en l'absence de discernement, il n'y a pas lieu à

audition de l'enfant ? La procédure restera-t-elle judiciaire ou, au contraire, mourra-t-elle de sa belle mort, obligeant les époux à recommencer leur divorce, cette fois conventionnellement ? L'application littérale de l'art. 229-2, 1° c. civ. voudrait que, dans cette hypothèse, le divorce par consentement mutuel reste judiciaire car c'est la demande d'audition de l'enfant, et non la réponse faite par le juge, qui conditionne la procédure.

Absence de régime de protection pour l'un ou l'autre des époux - Le législateur a considéré opportun de prévoir que le divorce par consentement mutuel conventionnel n'est pas ouvert aux époux si l'un d'eux se trouve placé sous un régime de protection (C. civ., art. 229-2, 2°). Était-ce nécessaire à partir du moment où le choix a été fait de soumettre ce nouveau divorce au droit des contrats et que le droit des majeurs protégés comporte par ailleurs un certain nombre de règles protectrices ? On comprend l'idée : éviter un débat après divorce sur la capacité de l'un ou de l'autre des époux de consentir au divorce. Mais par l'instauration de cette condition négative, ne crée-t-on pas l'illusion que, lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection, le consentement mutuel devrait se faire judiciairement ? Fort heureusement, l'art. 249-4 c. civ., qui trouve sa place dans les dispositions générales relatives à la procédure du divorce judiciaire, est maintenu. Ce texte interdit aux époux de divorcer par consentement mutuel judiciaire ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage dès que l'un d'eux est placé sous un régime de protection. Il faut donc retenir que, lorsque l'un des époux se trouve placé sous un régime de protection, les époux ne peuvent pas divorcer par consentement mutuel, ni conventionnellement ni judiciairement (7).

1.2. Conditions positives

Accord sur la rupture du mariage et ses effets - Le propre du divorce par consentement mutuel est que les époux s'entendent à la fois sur le principe de la rupture et sur ses conséquences. Il est donc logique que le divorce par consentement mutuel conventionnel, comme le divorce par consentement mutuel judiciaire, suppose un accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets (C. civ., art. 229-1, al. 1er). Sous cet angle, le nouveau divorce par consentement mutuel n'a rien de nouveau !

Nécessité de deux avocats distincts - L'évolution la plus significative par rapport au divorce par consentement mutuel tel que l'on connaît aujourd'hui est liée à l'obligation qui est faite à chaque époux d'être assisté de son propre avocat (C. civ., art. 229-1, al. 1er). Il n'y a donc plus de possibilité pour les époux de divorcer avec un avocat commun. Cette réalité résulte de la lettre de la loi et de son esprit, car la volonté du législateur a été clairement de remplacer le contrôle du juge par un autocontrôle des avocats des époux. Par conséquent, à notre sens, aucun argument ne peut être tiré du fait que l'art. 229-1, al. 1er, c. civ. renvoie à l'art. 1374 c. civ. qui lui-même doit faire référence à l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties ; et ce, d'autant plus que le premier de ces textes est un texte spécial par rapport au second et qu'il y déroge forcément. Mais une question reste posée : pourquoi avoir maintenu à l'art. 250 c. civ. relatif à la procédure applicable au divorce par consentement mutuel judiciaire la faculté de présenter une demande en divorce par un avocat choisi d'un commun accord ? On imagine le détournement de procédure auxquels pourraient être tentés certains époux soucieux de ne rémunérer qu'un seul avocat (8). Ils pourraient prétendre artificiellement que leur enfant demande son audition par le juge. Si cette demande émane d'un enfant doté du discernement suffisant, ils arriveront à leur fin. Si cette demande émane d'un enfant non doté du discernement suffisant mais que le juge saisi reste compétent pour prononcer le divorce par consentement mutuel même en l'absence d'audition effective, ils arriveront également à leur fin. Dans un cas comme dans l'autre, on mesure le risque d'instrumentalisation de l'enfant, mais également du juge... Il aurait donc été préférable de prévoir également la nécessité pour les époux d'avoir recours à deux avocats différents, même en cas de divorce par consentement mutuel judiciaire. En pratique, la déontologie des avocats, qui sauront rappeler à leurs clients les dangers du recours à l'avocat commun, permettra probablement de limiter ou de contrer ces détournements procéduraux.

2. Mise en oeuvre du divorce par consentement mutuel conventionnel

Une mise en oeuvre simplifiée - À partir du moment où l'enfant ne demande pas à être entendu, le divorce par consentement mutuel se met en place très facilement. Il suffit aux époux de constater leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et de faire déposer cette convention au rang des minutes d'un notaire pour qu'elle bénéficie d'une date certaine et qu'elle reçoive force exécutoire. Cette mise en oeuvre simplifiée concerne aussi bien le divorce par consentement mutuel conventionnel que les époux mettent en place dès le départ que la passerelle pour laquelle ils optent lorsque, étant en procédure contentieuse (divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage ou divorce pour

faute), ils décident de divorcer par consentement mutuel et qu'aucun enfant ne demande son audition par le juge (C. civ., art. 247).

2.1. Établissement d'une convention

Contenu de la convention - L'art. 229-3 dispose que la convention comporte expressément, à peine de nullité :

- 1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;
- 2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;
- 3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;
- 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;
- 5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;
- 6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'art. 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

Il va de soi que l'avocat, en sa qualité de rédacteur de la convention, devra solliciter de son client toutes les pièces utiles à la rédaction de la convention et vérifier que les conditions du recours au divorce par consentement mutuel conventionnel sont réunies : absence de référence à une mention en marge du répertoire civil sur l'acte de naissance, éléments justifiant des revenus et charges des époux, éléments permettant de procéder à la liquidation du régime matrimonial, éléments d'appréciation de la disparité dans la situation respective des parties, contrôle de l'application des règles de droit international privé

Son travail de rédaction devra être d'autant plus soigné qu'il est source d'engagement de sa responsabilité.

Forme de la convention - La convention par laquelle les époux constatent leur accord sur la rupture du mariage et ses effets prend la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'art. 1374 c. civ. (C. civ., art. 229-1, al. 1er). Si on sait que cet acte ne renvoie pas à une catégorie juridique d'acte à part entière puisqu'il reste un acte sous signature privée, il est utile de rappeler que le contreseing de l'avocat fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers (C. civ., art. 1374, al. 1er), qu'il dispense de toute mention manuscrite exigée par la loi (C. civ., art. 1374, al. 3) et qu'il rend applicable la procédure de faux (C. civ., art. 1374, al. 2). Il faut également rappeler qu'en contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte (L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 66-3-1). Mais ce contreseing ne s'apparente ni de près ni de loin au pouvoir d'homologation du juge dans le divorce par consentement mutuel judiciaire dont il ne peut produire les mêmes effets.

Si la rédaction de la convention relève du monopole de l'avocat, dès lors que le nouveau divorce par consentement mutuel intervient en dehors de toute procédure, il n'existe aucune limitation territoriale à l'intervention de l'avocat qui peut être rattaché à n'importe quel barreau. On imagine aussitôt les risques d'une telle perte de territorialité au regard des offres déjà présentes sur internet et de la possibilité de conclure un « acte d'avocat » 100 % numérique. Gageons que les responsables nationaux de la profession d'avocat insisteront, pour tenir compte de la responsabilité particulière encourue par le rédacteur de la convention, sur la nécessité, pour garantir la signature des parties, que celle-ci se fasse en présence de l'avocat, même si elle est dématérialisée (9).

Délai de réflexion - Signe de l'entrée dans le droit de la famille des techniques propres au droit de la consommation, la convention ne peut pas être signée des époux sans le respect d'un délai de réflexion. Ainsi,

l'avocat doit adresser à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception (C. civ., art. 229-4, al. 1er). Les avocats devront veiller à conserver précieusement tous les éléments de nature à prouver que ce délai de réflexion a bien été respecté.

2.2. Suites de la convention

Rôle du notaire - Dans le divorce par consentement mutuel conventionnel, le notaire peut tenir deux rôles, dont seul le second constitue une nouveauté.

Son premier rôle consiste à liquider le régime matrimonial comme il le fait déjà aujourd'hui, étant rappelé que, lorsque la liquidation du régime matrimonial porte sur des biens soumis à publicité foncière, son intervention est obligatoire dans la mesure où la liquidation se fait en la forme authentique (C. civ., art. 229-3, 5°). Il n'y a pas de raison de penser que le décret d'application à venir remettra en question ce rôle même si le divorce par consentement mutuel se fait judiciairement (C. pr. civ., art. 1091). Reste à savoir comment s'articuleront l'état liquidatif du notaire et la convention de divorce dans le divorce par consentement mutuel conventionnel dès lors que, par hypothèse, ils forment deux documents matériellement distincts qui peuvent au demeurant être signés à des dates différentes. Il sera probablement fait usage de la condition suspensive. Il faut cependant avoir en tête que l'art. 1304-6 relatif à l'obligation conditionnelle, tel qu'il est issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 entrée en vigueur le 1er oct. 2016, ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive qui était prévue jusqu'alors. Il faudra donc sans doute penser à prévoir dans l'état liquidatif et dans la convention que l'accomplissement de la condition rétroagira comme l'art. 1304-6, al. 2, c. civ. le permet.

Le second rôle du notaire consiste à enregistrer la convention de divorce. Cette formalité prend la forme d'un dépôt de la convention au rang de ses minutes. Elle l'amène à exercer un contrôle du respect des exigences formelles prévues au 1° à 6° de l'art. 229-3 c. civ. et à s'assurer que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de quinze jours (C. civ., art. 229-1, al. 2). Mais elle ne lui confère aucun contrôle sur le fond et aucun pouvoir d'homologation que seul le juge détient dans le seul divorce par consentement mutuel judiciaire.

Dans chacune de ses deux fonctions, le notaire agit, comme l'avocat, sans contrainte de territorialité. Les époux peuvent donc avoir recours au notaire de leur choix. Si l'on en croit les travaux parlementaires, il semble même ne pas y avoir d'incompatibilité dans la tenue de ces deux fonctions, de sorte que l'on peut imaginer que ce soit le même notaire qui se charge de l'état liquidatif et de l'enregistrement de la convention de divorce.

Effets de la convention - La convention de divorce ne produit pas effet au jour de sa signature. Seul le dépôt de la convention au rang des minutes du notaire lui procure ses effets en lui conférant date certaine et force exécutoire (C. civ., art. 229-1, al. 3). C'est donc à la date de ce dépôt que la convention de divorce va recevoir application et c'est à cette date que le mariage sera dissous (C. civ., art. 260, 1°), même s'il est toujours possible aux époux de faire rétroagir la date des effets de leur divorce, en ce qui concerne leurs biens, à une date antérieure (C. civ., art. 262-1). À l'égard des tiers, le divorce continuera à ne produire ses effets qu'à compter de sa transcription sur les registres d'état civil (C. civ., art. 262), sans que l'on sache précisément à ce jour qui se chargera, de l'avocat ou du notaire, de cette transcription. Il y a tout lieu de penser qu'elle continuera à relever de la responsabilité de l'avocat.

Afin de faire produire au divorce par consentement mutuel conventionnel les mêmes effets qu'au divorce par consentement mutuel judiciaire, plusieurs articles du code civil ont été modifiés (C. civ., art. 265 relatif aux libéralités et avantages matrimoniaux entre époux ; art. 278 relatif à la prestation compensatoire conventionnelle ; art. 279 relatif à la révision de la prestation compensatoire). Pour assurer l'efficacité de la convention, notamment au niveau de son exécution, diverses mesures de coordination ont été prévues. Ainsi, plusieurs articles du code des procédures civiles d'exécution (art. L. 111-3 et L. 213-1), de la loi n° 75-618 du 11 juill. 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires (art. 1er), du code de la sécurité sociale (art. L. 523-1, art. L. 581-2, L. 581-6 et L. 581-10), du code général des impôts (art. 199 octodécies I et art. 1691 bis II, 1, a) et du code pénal (art. 227-3 et art. 227-6) ont été modifiés.

Après-divorce conventionnel - La loi nouvelle est quasiment muette sur l'après-divorce. C'est pourtant à ce sujet que les inquiétudes sont les plus fortes.

Se voulant rassurante, une députée, pourtant avocate, expliquait, lors des travaux parlementaires, qu'il existe des garde-fous, en ces termes : « Surtout, il sera possible à l'un ou l'autre des parents, s'ils ne sont pas satisfaits de ce qui a été signé, de contester à n'importe quel moment devant le juge des affaires familiales l'ensemble des dispositions concernant les enfants, qu'il s'agisse de l'autorité parentale, du lieu de résidence, de la contribution à l'entretien et à l'éducation » (10). Cet argument se retrouve dans la décision du Conseil constitutionnel qui, au visa de l'art. 373-2-13 c. civ. (11), a relevé que, même après divorce, les parties pourront demander une modification des dispositions de la convention relatives à l'exercice de l'autorité parentale (12). Est-ce à dire que les parents qui saisiront le juge d'une demande de modification des mesures relatives aux enfants seront dispensés de rapporter la preuve de l'existence d'un fait nouveau justifiant la modification sollicitée ? Dans l'affirmative, il y a tout lieu de penser que les juges vont être submergés d'instances modificatives après divorce, dans un domaine, celui du consentement mutuel, où les contentieux d'après-divorce au sujet des enfants sont déjà fréquents.

Qu'en est-il des mesures relatives aux époux et de la convention de divorce elle-même ? Puisque l'homologation disparaît du divorce par consentement mutuel conventionnel, le principe d'indivisibilité du jugement et de la convention ne jouera plus. La convention de divorce risque de devenir attaquant sous tous ses aspects : irrégularité formelle, vice, absence ou insuffisance du consentement, atteinte à l'ordre public, disparition d'un élément essentiel, etc. Quelle sera la portée d'une éventuelle nullité ? A-t-on la certitude qu'elle ne remettra pas en cause la dissolution du mariage ? Les droits des tiers, notamment au travers de l'action paulienne, ne conduiront-ils pas à créer une totale insécurité juridique pour les époux ? À ces questions, la loi ne répond pas et il ne faut pas attendre de réponse du décret d'application. C'est la jurisprudence qui, petit à petit, construira le droit du divorce conventionnel.

(1) Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, § 9, JO 19 nov. 2016.

(2) Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, § 45 et 54, préc.

(3) L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, JO 19 nov. 2016.

(4) Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, § 34 à 54, préc.

(5) V. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 50, VII modifiant la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique : préc.

(6) Selon les chiffres communiqués par la Chancellerie, en 2015, seulement 25 enfants ont été auditionnés alors que 67 875 divorces par consentement mutuel ont été prononcés (V. Brot, Chef du bureau du droit des personnes et de la famille, Sous-direction des affaires civiles et du Sceau, Direction des affaires civiles et du Sceau : Colloque AJ fam. Actualité du droit de la famille 2016, Paris 15 nov. 2016).

(7) V., toutefois, le rapport du défenseur des droits, qui recommande d'ouvrir aux majeurs protégés le divorce par consentement mutuel, comme le divorce pour acceptation du principe de la rupture (Rapport « Protection juridique des majeurs vulnérables », sept. 2016).

(8) Il doit être précisé que le Conseil constitutionnel a jugé que le fait d'imposer le recours à deux avocats ne créait pas une rupture d'égalité entre les couples pour l'accès au divorce par consentement mutuel conventionnel selon leur fortune (décis. n° 2016-739 du 17 nov. 2016, préc.).

(9) À ce sujet, on ne peut qu'être étonné de la déclaration du président du Conseil national des barreaux qui, lors de la conférence de presse donnée le 19 mai 2015 à l'occasion du lancement de « l'acte d'avocat 100 % numérique », a présenté comme une évidence et un avantage pour le client la possibilité qui lui est offerte de signer sans être physiquement présent (V. C. Fleuriot, Le numérique sauvera-t-il l'acte d'avocat ?, D. Actu. 20 mai 2015).

(10) V. Colette Capdevielle, Assemblée nationale, débats du 19 mai 2016.

(11) Qui a du reste été modifié.

(12) Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, n° 51, préc.