



DROIT CIVIL

FASCICULE DE COURS

Droit de la famille

&

Régimes matrimoniaux

Partie 1

C. Navarre

PARTIE I – LE COUPLE A L’EPREUVE DU MARIAGE	15
TITRE 1 – AVANT LE MARIAGE	15
CHAPITRE 1 – LE COURTAGE MATRIMONIAL.....	16
CHAPITRE 2 – LES FIANCAILLES	17
SECTION 1 – LA RUPTURE DES FIANCAILLES	17
SECTION 2 – LA RESTITUTION DES CADEAUX.....	19
CHAPITRE 3 – LES CLAUSES DE CELIBAT	21
SECTION 1 - LES CLAUSES DE CELIBAT DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT (LES LIBERALITES).....	21
SECTION 2 – LES CLAUSES DE CELIBAT DANS LES ACTES A TITRE ONEREUX (LES CONTRATS)	22
TITRE 2 – LE COUPLE MARIE.....	24
CHAPITRE 1 – LA FORMATION DU MARIAGE	25
SECTION 1 – LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE	25
I - Les conditions de fond du mariage	25
A – La fin de l’exigence de l’altérité sexuelle	25
1 – Avant la loi du 17 mai 2013	25
2 – Depuis la loi du 17 mai 2013	28
B – La capacité.....	30
1 – L’âge.....	30
2 – Le majeur protégé.....	30
Depuis la loi du 23 mars 2019 entrée en vigueur le 25 mars 2019, le majeur en curatelle ou en tutelle n’est plus tenu d’obtenir une quelconque autorisation pour se marier. En effet, l’article 460 du code civil est réécrit et prévoit désormais que la personne chargée de la protection est informée au préalable du projet de mariage du majeur protégé. L’article 63 du code civil précise que les futurs époux devront justifier de l’information faite à la personne chargée de la protection. L’officier de l’état civil ne peut célébrer le mariage si cette attestation fait défaut. Cette information doit être délivrée <i>a priori</i> par le majeur protégé lui-même.	30
C – Le consentement au mariage	30
1 – L’intention matrimoniale (présence du consentement).....	30
2 – L’intégrité du consentement (absence de vice du consentement)	32
a) La violence.....	33
b) L’erreur	33

D – La prohibition de la polygamie	35
E – La prohibition de l’inceste	36
1 – Le principe de l’interdiction	36
2 – La levée de l’interdiction et le contrôle de proportionnalité	37
II – Les conditions de forme du mariage	39
A – Les formalités avant le mariage	39
1 – Les pièces à fournir	39
2 – L’audition des futurs époux.....	39
3 – La publicité.....	40
4 – La particularité des mariages célébrés à l’étranger	40
B – Les formalités pendant la cérémonie.....	41
1 – La publicité de la célébration du mariage	41
2 – La présence des époux et des témoins.....	41
a) Le principe de la présence des époux	41
b) L’exception à la présence des époux : le mariage posthume.....	41
c) Le mariage par procuration.....	42
C – La preuve du mariage	43
SECTION 2– LES SANCTIONS	44
I – L’opposition	44
A – Les personnes ayant qualité pour former opposition	44
1 – L’époux de l’un des futurs époux.....	44
2 – Les ascendants.....	44
3 – Les collatéraux	45
4 – Le tuteur ou curateur	45
5 – Le ministère public.....	45
6 – L’hypothèse particulière de suspicion de mariage fictif	45
B – Les conditions de forme de l’opposition à mariage	46
C – Les effets de l’opposition à mariage	46
II – Les nullités	47
A – La nullité relative	48
1 – Les cas de nullité relative	48

2 – La qualité pour agir en nullité relative	48
3 – Les délais de prescription de l’action en nullité relative	48
4 – La confirmation du mariage	49
B – La nullité absolue	49
1 – Les cas de nullité absolue	49
2 – La qualité pour agir en nullité absolue	50
3 – Les délais de prescription de l’action en nullité absolue	51
C – Les effets de la nullité	51
1 – Les effets de la nullité à l’égard des enfants du couple	52
2 – Les effets de la nullité à l’égard des époux	52
3 – Les effets de la nullité sur la nationalité acquise par mariage	53
CHAPITRE 2 – LES EFFETS DU MARIAGE	55
SECTION 1 – LES RAPPORTS EXTRAPATRIMONIAUX ENTRE EPOUX	55
I - Le devoir de fidélité	56
II – Les devoirs d’assistance et de respect	58
A – Le devoir d’assistance	58
B – Le devoir de respect	59
III – Le devoir de communauté de vie	59
A – Le devoir de communauté de toit	59
B – La communauté de lit	60
C – Le logement familial	61
IV – La direction de la famille	61
V – La liberté des époux	61
A – La liberté relative au corps des époux	62
B – La liberté relative à l’esprit des époux	62
SECTION 2 – LES RAPPORTS PATRIMONIAUX	63
I – Les rapports pécuniaires des époux entre eux	63
A – Le devoir de secours	63
B – La contribution aux charges du mariage	64
1 - Le mécanisme de la contribution aux charges du mariage	64
2 – L’influence de la séparation des époux sur la contribution aux charges du mariage	65

3 - L'exécution forcée pour le paiement de la contribution aux charges du mariage	66
II – Les rapports pécuniaires des époux à l'égard des tiers	67
A – Le principe de la solidarité des époux et ses tempéraments.....	67
1 – Les conditions de la solidarité des dettes ménagères	67
a) La qualification de dettes ménagères	67
b) L'indifférence du consentement du conjoint	69
2 – Le maintien de la solidarité le temps du mariage et l'indifférence de la séparation de fait des époux.....	70
a) La solidarité en cas de séparation de corps des époux.....	70
b) La solidarité en cas de séparation de fait	70
c) La solidarité en cas de report de la date des effets du divorce.....	71
3 – L'exception au principe de la solidarité en cas de dépense manifestement excessive.....	72
a) Les dépenses manifestement excessives au regard du train de vie des époux	72
b) L'utilité ou l'inutilité de la dette.....	72
c) La bonne ou mauvaise foi des tiers.....	73
B – La solidarité des époux en cas d'achats à tempérament ou d'emprunts.....	73
1 – L'exclusion de la solidarité pour les achats à tempéraments non consentis par les deux époux	73
2 – L'exclusion de la solidarité pour les emprunts non consentis par les deux époux	74
a) Le principe de l'exclusion.....	74
b) L'exception à l'exclusion de la solidarité.....	74
c) L'hypothèse de la pluralité d'emprunts	75
III – La cogestion du logement commun.....	75
A – Le principe de la cogestion	75
1 – Les biens concernés.....	75
2 – La nature du consentement.....	76
3 – La sanction de la méconnaissance.....	77
B – L'autorisation judiciaire	78
C – La cotitularité du bail	78

D – Le droit temporaire au logement	80
IV – L'autonomie pécuniaire des époux.....	80
A - Les comptes en banque	81
1 – la liberté d'ouverture du compte bancaire par l'époux.....	81
2 – La présomption de pouvoir	81
3 – La durée de la présomption	81
B – Les meubles personnels.....	82
1 – Les biens concernés par la présomption.....	82
2 – Les actes concernés par la présomption	83
3 – Les effets de la présomption.....	83
C – La profession	83
D – Les biens personnels	84
1 – Le principe de la liberté de gestion des biens personnels	84
2 – Les limites à la liberté de gestion des biens personnels	84
SECTION 3 – LA SAUVEGARDE DES INTERETS FAMILIAUX.....	85
I – L'habilitation judiciaire.....	85
A – Les conditions de l'habilitation judiciaire.....	85
1 – Les conditions propres à la personne de l'époux représenté	85
2 – Les pouvoirs concernés par la représentation	86
B – Les effets de l'habilitation judiciaire	86
II – Les mesures de sauvegarde des intérêts familiaux.....	87
A – Les conditions des mesures de sauvegarde des intérêts familiaux.....	87
1 – Le manquement grave de l'un des époux à ses devoirs	87
2 – L'urgence de la situation ou le péril pour l'intérêt de la famille.....	88
B – La procédure.....	88
C – Les mesures urgentes	88
D – Les sanctions relatives aux mesures urgentes	89
CHAPITRE 3 – LES REGIMES MATRIMONIAUX	90
SECTION 1 – LA COMMUNAUTE LEGALE	90
I – L'actif et le passif dans la communauté légale.....	90
A – L'actif.....	91

1 – Les biens communs	91
a) Les acquêts.....	91
b) Les revenus	91
c) Les revenus des biens propres	91
2 – Les biens propres.....	92
a) Les biens présents	92
b) Les biens propres par nature	92
c) Les biens acquis à titre gratuit (autrement nommés biens futurs)	93
d) Les libéralités rémunératoires.....	93
e) Les biens mixtes.....	93
f) Les biens propres par accessoire	94
g) Les biens propres par subrogation réelle automatique ou par échange	95
h) Le rachat de parts en cas d’indivision	96
3 – La présomption de communauté	97
B – Le passif	97
1 – Les dettes propres	97
a) L’obligation à la dette	98
b) La contribution à la dette	98
2 – Les dettes communes	98
a) Les dettes d’un seul époux pendant le mariage	99
b) Les dettes nées des deux époux	100
c) Les dettes alimentaires	101
d) Les dettes ménagères	101
3 – Les dettes nées d’un cautionnement ou d’un emprunt	102
a) L’obligation à la dette	102
b) La contribution à la dette	103
II – L’administration de la communauté et des biens propres dans la communauté légale	104
A – L’administration de la communauté	104
1 – La gestion concurrente	104
2 – La gestion exclusive	105
3 – La cogestion	105

4 – Les sanctions en cas de méconnaissance des règles de gestion des biens communs	106
a) La responsabilité de l'époux pour faute de gestion	106
b) La nullité des actes pour dépassement de pouvoir	106
c) L'inopposabilité des actes pour fraude	106
5 – Le transfert de pouvoirs.....	107
B – L'administration des biens propres	107
1 – Le principe de l'exclusivité des pouvoirs de l'époux sur ses biens propres.....	107
2 – Les limites au principe de l'exclusivité des pouvoirs de l'époux sur ses biens propres	108
a) Le mandat	108
b) Le transfert judiciaire de pouvoirs.....	108
SECTION 2 – LES REGIMES CONVENTIONNELS	109
I – Le choix du régime matrimonial	109
A – La contrat de mariage.....	109
B – La modification du régime matrimonial.....	110
II – Les différents régimes matrimoniaux conventionnels	112
A – Les régimes conventionnels de communauté.....	112
1 – Les clauses étendant la communauté	113
a) La communauté de meubles et acquêts.....	113
b) La communauté universelle.....	113
2 – Les clauses étendant la gestion des biens.....	114
3 – Les clauses modifiant les règles de partage et de liquidation de la communauté	114
a) La clause de prélèvement moyennant indemnité.....	114
b) Le préciput.....	114
c) La clause de parts inégales.....	115
d) La clause d'attribution intégrale de la communauté au dernier vivant.....	115
B – Les régimes conventionnels de séparations de biens	115
1 – Le régime de la séparation de biens	115
2 – Les clauses aménageant le régime légal de la séparation des biens.....	116
C – Le régime intermédiaire de la participation aux acquêts.....	116

CHAPITRE 4 – LE DIVORCE	118
SECTION 1 – LES CAS DE DIVORCE	118
I – Le divorce par consentement mutuel	119
A – Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d’un notaire	119
1 – Les conditions pour utiliser ce cas de divorce.....	119
2 - La conclusion de l’acte	120
3 – La forme de l’acte	120
4 – La perfection de l’acte par l’intervention du notaire : le dépôt.....	123
5 – Les effets du dépôt de l’acte.....	124
B – Le divorce judiciaire par consentement mutuel	126
1 – Le caractère résiduel du divorce par consentement mutuel judiciaire	126
2 – La procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire.....	126
3 – La distinction entre convention homologuée et jugement de divorce.....	128
4 – Les effets de l’homologation de la convention de divorce à l’égard des tiers .	129
5 – Les effets de l’homologation de la convention de divorce à l’égard des époux	129
6 – Les voies de recours	129
II – Le divorce accepté	130
A – L’évolution des règles pour la recevabilité de la demande	130
B – L’acceptation du principe de la rupture.....	132
1 – La reconnaissance par le juge de l’acceptation par les époux du principe de la rupture	132
2 – Les effets de l’acceptation du principe de la rupture.....	132
III – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal	132
A – La séparation matérielle comme condition de cessation de la vie commune	133
B – L’évolution législative quant à la durée de la séparation d’hier à demain.....	136
1 – Le principe de l’exigence d’une séparation d’une certaine durée	136
2 – L’exception à l’exigence d’une durée de séparation.....	136
IV – Le divorce pour faute	138
A – Les conditions du divorce pour faute	138
1 – Un fait imputable à l’un des époux	138

2 – Une violation des devoirs et obligations nés du mariage	139
a) Les devoirs nommés du mariage	139
b) Les devoirs innommés du mariage	140
c) Le maintien des devoirs issu du mariage jusqu’au prononcé définitif du divorce 141	
3 – Une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage	141
4 – Une violation grave ou renouvelée rendant intolérable le maintien du lien conjugal	142
B – Les moyens de défense	143
1 – La réconciliation comme fin de non-recevoir à la demande de divorce pour faute	143
2 – Les fautes de l’époux demandeur	145
a) L’excuse	146
b) La demande reconventionnelle	146
c) La révélation des torts au cours des débats	147
SECTION 2 – LA PROCEDURE CONTENTIEUSE DE DIVORCE	149
I – Les étapes procédurales des divorces contentieux.	150
A – La requête initiale	151
B – La conciliation	151
C – Les mesures provisoires	153
D – L’introduction de l’instance	154
II – Les passerelles	154
A – Les modifications conjointes de la demande de divorce	154
B – La demande unilatérale de modification du fondement de la demande en divorce	155
III – Les preuves	155
SECTION 3 – LES EFFETS DU DIVORCE	159
I – La date des effets du divorce	159
A – La date des effets du divorce entre les époux	159
B – La date des effets du divorce à l’égard des tiers	160
II – Les conséquences du divorce pour les époux	160
A – La prestation compensatoire	162

1 – Les éléments pris en compte pour la détermination et la fixation de la prestation compensatoire.....	163
2 – Les modalités d’exécution de la prestation compensatoire.....	165
a) Les formes de la prestation compensatoire et leurs modalités de révision..	165
b) La prestation compensatoire dans un divorce par consentement mutuel : ..	168
c) Le décès de l’époux débiteur	169
B – Les dommages et intérêts	170
1 – Les dommages et intérêts consécutifs au divorce	170
2 – Les dommages et intérêts du droit de la responsabilité civile délictuelle	171
C – Le logement.....	172
D – Les effets extrapatrimoniaux du divorce.....	173
E – Les droits et avantages acquis pendant le mariage	173
SECTION 4 – LA LIQUIDATION DU REGIME MATRIMONIAL.....	175
I – Les récompenses	176
A – Le compte de récompenses	176
B – L’évaluation des récompenses.....	176
C – Le règlement du compte de récompense	177
1 – Le solde en faveur de la communauté.....	177
2 – Le solde en faveur de l’époux	177
II – Le partage de la communauté	178
A – Le partage de l’actif	179
B – Le règlement du passif	179
C – Le partage en pratique	180
CHAPITRE 5 – LA SEPARATION DE CORPS.....	181
SECTION 1 – LES CAS ET LA PROCEDURE DE LA SEPARATION DE CORPS....	181
SECTION 2 – LES EFFETS DE LA SEPARATION DE CORPS	183
I – Les effets de la séparation de corps sur les devoirs personnels des époux	183
II – Les effets de la séparation de corps sur les devoirs patrimoniaux des époux	184
SECTION 3 – LA FIN DE LA SEPARATION DE CORPS.....	185
I – La reprise de la vie commune	185
II – De la séparation de corps au divorce	186
A – La demande unilatérale	186

B – La conversion de la séparation de corps en divorce187

DROIT DE LA FAMILLE¹

Chacun semble pouvoir définir aisément les notions de personne et de famille. Si évidents paraissent-ils, ces termes se prêtent pourtant difficilement à l'exercice de la définition juridique.

La **personne**, juridiquement, est le sujet capable d'être titulaire de droits. Cette personne, le droit la définit. Il fixe le point de départ et la fin de la personnalité juridique, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales. Les premières font cependant l'objet d'une protection bien plus grande, soit à raison de leur incapacité présumée – c'est le cas du mineur – soit à raison de leur incapacité à gérer leurs intérêts personnels et/ou patrimoniaux – c'est le cas des majeurs protégés.

Quant à la **famille**, elle se définit traditionnellement comme un groupe de personnes, unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance. Le **lien de parenté** correspond au lien du sang. Il peut correspondre à un lien en ligne *directe* (grand-père, père, fils, etc....) ou à un lien en ligne *collatérale* lorsque deux personnes ont un auteur commun (frère et sœur, neveu et oncle, etc....). Le **lien d'alliance** correspond, quant à lui, au lien fondé sur le mariage.

Ce mariage, précisément réglementé par le Code civil dès 1804, a connu de profonds bouleversements : des bouleversements internes, d'abord, avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe par exemple ; des bouleversements externes, ensuite, car le mariage a perdu le monopole juridique de l'organisation des rapports conjugaux depuis que le législateur a choisi de définir le concubinage et d'édicter une nouvelle forme de conjugalité, le pacte civil de solidarité. Le lien de filiation, lien unissant un enfant à son parent, a également subi de profondes transformations au cours des dernières années. L'égalité entre filiation légitime et naturelle, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe comme la proposition d'une éventuelle réglementation du statut du beaux-parents en sont autant de témoins.



Au vu des modifications importantes du droit de la famille, il vous est recommandé de travailler avec un Code civil 2021 durant la préparation à l'examen et de vous munir d'un Code civil 2022 pour le jour de l'examen.

Seront successivement envisagés le couple à l'épreuve du mariage (partie I), lequel fait l'objet de ce premier fascicule ; le PACS et le concubinage (partie II), l'enfant (partie III) et les obligations alimentaires (partie IV), lesquels feront l'objet d'un second fascicule.

¹ La bibliographie sera donnée dans un document unique annexé aux deux fascicules

PARTIE I – LE COUPLE A L’EPREUVE DU MARIAGE

Plusieurs formes de couples sont désormais reconnues par le droit, le couple marié (titre 1) et le couple non marié englobant le PACS et le concubinage (titre 2). Toutefois, bien que non expressément mentionnée au sein du code civil, il ne faut pas ignorer la période antérieure au mariage.

TITRE 1 – AVANT LE MARIAGE

A titre liminaire il convient de rappeler qu’aucun texte du code civil ne prévoit expressément le principe de la liberté nuptiale. Toutefois, le droit au mariage est prévu par des textes internationaux tels que la DUDH de 1948 en son article 16, l’article 23 du Pacte international de New-York du 19 décembre 1966 et l’article 12 de la CESDH. En France, la liberté du mariage est reconnue par le Conseil constitutionnel comme une composante de la liberté individuelle (DCC. 13 août 1993). Ce principe implique la liberté de se marier comme de ne pas se marier mais également de choisir la personne de son futur conjoint.

Devront être observés le courtage matrimonial (chapitre 1), les fiançailles (chapitre 2), les clauses de célibat (chapitre 3) lesquels sont envisagés au regard de la liberté nuptiale.

CHAPITRE 1 – LE COURTAGE MATRIMONIAL

Ce chapitre n'appelant pas de longs commentaires, il sera observé rapidement.

Le contrat de courtage matrimonial est caractérisé par « *l'offre d'une rencontre en vue d'un mariage ou d'une union stable* » par l'article 6 de la loi du 23 juin 1989. Ce contrat qui jusqu'à la loi de 1989 était perçu comme contraire à l'ordre public est désormais licite à condition de ne pas influencer sur la volonté des contractants.

- Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008 : l'offre proposée par le professionnel doit permettre la rencontre d'un contractant avec une personne présentant les qualités recherchées et précisées par le demandeur.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005 : le demandeur sera qualifié juridiquement de consommateur.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011 : le contrat de courtage matrimonial conclu par un homme déjà marié (mais en instance de divorce dans l'espèce) n'est pas nul comme contraire aux bonnes mœurs.

CHAPITRE 2 – LES FIANCAILLES

Les fiançailles n'étant pas reconnues par le droit, elles seront envisagées sous l'angle de leur rupture (section 1) puis sous l'angle de la restitution des cadeaux (section 2).

SECTION 1 – LA RUPTURE DES FIANCAILLES

Les fiançailles, parfois nommées promesses de mariage, représentent la déclaration d'intention des futurs époux. Or, ce terme de « *promesse* » ne peut, selon la Cour de cassation, revêtir une nature contractuelle. Ainsi, très tôt, la Cour de cassation a précisé, au rebours de la conception traditionnelle, que les fiançailles ne sont pas un contrat, qu'elles n'ont aucune force obligatoire.

Les fiancés sont totalement libres de rompre, sans que la rupture ne constitue *per se* une faute génératrice de responsabilité pour l'auteur de la rupture.

Ainsi, les fiançailles ont une nature extracontractuelle, elles ne sont pas des promesses juridiques de mariage, cette nature extracontractuelle a été posée par l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 30 mai 1838 : « *En décidant que toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages, l'arrêt attaqué n'a fait que proclamer un principe d'ordre public* ».

- Conséquences : les fiancés restent libres de ne pas conclure le mariage, il ne s'agit que d'un fait juridique : ainsi, la preuve des fiançailles se fait donc par tous moyens sans nécessité de rapporter une preuve par écrit : Cass. civ. 2^{ème}, 28 avril 1993.

Les fiançailles n'engagent pas contractuellement les fiancés, il ne s'agit pas d'un contrat.

La rupture ne constitue pas en soi une faute, cependant, la rupture des fiançailles permet d'engager la responsabilité civile de son auteur en cas d'abus dans la rupture.

La jurisprudence considère que la rupture est abusive lorsqu'elle est annoncée de manière brutale, grossière ou incorrecte.

Une rupture des fiançailles abusive permet au fiancé victime de la rupture d'engager la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la rupture. Le fondement de cette responsabilité est l'article 1382 ancien devenu 1240 du code civil, la jurisprudence a eu l'occasion à de nombreuses reprises de préciser les conditions nécessaires pour obtenir une indemnisation en ce cas.

Conditions :

- L'existence des fiançailles : la preuve se fait par tous moyens mais la preuve d'une relation de concubinage ou d'un projet parental ne suffisent pas : CA Aix-en-Provence, 8 décembre 2009
 - Le caractère abusif de la rupture : c'est-à-dire une faute : caractérisée notamment par la brutalité, la soudaineté de la rupture
 - L'existence d'un préjudice qui se définit comme « *le dommage subi par une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel ou esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral) qui fait naître chez la victime un droit à réparation.* » (Vocabulaire juridique Le Cornu). Le préjudice en matière de fiançailles peut être matériel (frais engagés) et/ou moral (dépression consécutive à la brutalité de la rupture).
 - Un lien de causalité entre la faute et le préjudice, c'est-à-dire que le préjudice doit nécessairement être la conséquence de la brutalité de la rupture, le préjudice résulte directement de la faute.
-
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995 : au visa de l'ancien article 1382 du code civil, la Cour de cassation pose le principe suivant : « *Attendu que la rupture d'une promesse de mariage n'est pas, à elle seule, génératrice de dommages-intérêts, lesquels ne peuvent être accueillis que s'il vient s'ajouter une faute en raison des circonstances* ». Ce rappel de principe est important en ce qu'il précise très clairement que même si la seule rupture des fiançailles n'est pas une cause suffisante pour réclamer des dommages et intérêts, la faute qui résulte de cette rupture permet, elle, d'engager la responsabilité civile de son auteur.
 - CA Rouen, 15 juin 2005 : le fait, pour le fiancé, de ne pas se présenter à la mairie le jour du mariage peut constituer une rupture abusive.

SECTION 2 – LA RESTITUTION DES CADEAUX

Les fiancés ont pu se consentir des donations durant leurs fiançailles.

Le principe en la matière est prévu par l'article 1088 du code civil qui dispose « *toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas* ». La caducité est désormais prévue par l'article 1186 du code civil et correspond à la disparition d'un des éléments essentiels du contrat (depuis l'ordonnance du 10 février 2016).

Il y a donc une donation sous condition résolutoire tacite, les restitutions sont réciproques, même si la jurisprudence a tendance à considérer que seul l'auteur de la rupture sera tenu de restituer les donations dont il a bénéficié. Les juges considèrent qu'en ce cas, il y a un simple prêt à usage.

Il y a néanmoins une exception : si l'objet remis est un présent d'usage, alors il y a un régime spécial pour ce type de biens : la conservation.

Quelles sont les conditions pour qualifier un bien de présent d'usage ?

- Ce sont les présents que les usages consacrent à l'occasion des fiançailles (coutume)
- Ce sont des biens de valeur modique évaluée relativement aux ressources du donateur et de sa famille : ainsi, le train de vie du donateur est analysé pour qualifier le bien de présent d'usage.

Quid de la bague de fiançailles ?

La bague de fiançailles répond au même régime que les cadeaux par principe.

Ainsi, elle sera soumise à l'article 1088 du code civil : la donation est caduque si le mariage ne s'ensuit pas, donc la fiancée est tenue de restituer la bague.

Exception : si au regard de la coutume familiale il est d'usage d'offrir une bague de fiançailles et que celle-ci est d'une valeur modique eu égard au train de vie du donateur, la fiancée pourra la conserver.

Cependant, il existe une règle annexe qu'il est nécessaire d'évaluer au regard du sort de la bague de fiançailles : la qualification de souvenir de famille.

Pour une telle qualification, il est nécessaire de réunir trois conditions :

- Un lien avec la famille
- Un lien avec le passé, c'est-à-dire intergénérationnel
- Un lien affectif

Dans ce cas, la restitution est systématique, on considère qu'il s'agit alors d'un prêt à usage qui doit être restitué lorsque l'usage n'a plus lieu d'être.

- Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1979 : la Cour de cassation a pu préciser les conditions de qualification de souvenir de famille. De plus, il s'agit d'un arrêt dans lequel le litige intervient postérieurement au divorce des époux, donc l'article 1088 du code civil ne trouve pas à s'appliquer puisque le mariage a bien été célébré, restait donc pour l'époux une demande de restitution de la bague de fiançailles uniquement sur le fait que la bague constituait un souvenir de famille. Tout d'abord, les juges du fond, dont le développement est repris par la Cour de cassation, juge du droit, analysent la qualification de présent d'usage. Ils excluent la qualification de souvenir de famille très rapidement, le caractère intergénérationnel n'est pas suffisamment explicite : le bijou est constitué d'un diamant ayant simplement appartenu au père de l'époux, d'autant plus que le bijou a été créé à partir du diamant, il ne s'agissait pas d'une bague à l'origine. Ils affirment la qualification de présent d'usage en analysant les conditions les unes après les autres.
 - Il s'agit bien d'un cadeau que les usages consacrent à l'occasion d'un mariage
 - Cependant, la valeur du bien n'excède pas les facultés respectives des époux et de leur famille : donc le bien est d'une valeur modique
 - En conséquence, l'épouse pouvait conserver la bague de fiançailles puisqu'il s'agit bien d'un présent d'usage.
- Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1988 : la Cour de cassation semble avoir une conception restrictive du souvenir de famille : les attestations fournies au débat par la demanderesse ne traduisaient pas l'existence d'un lien affectif ni même la façon dont elle était entrée en possession du bien, ainsi, il ne pouvait pas être qualifié de souvenir de famille.

CHAPITRE 3 – LES CLAUSES DE CELIBAT

Il peut arriver qu'une personne veuille restreindre la liberté d'une autre personne de se marier, en insérant dans un acte juridique qui les lie une clause de célibat, c'est-à-dire, une clause qui interdise au cocontractant de se marier, sous peine de sanctions affectant ledit acte.

Les clauses de célibat sont-elles valables ?

Certains auteurs estiment que toutes les clauses de libéralités attentatoires aux libertés individuelles devraient être annulées (... sauf exception) sur le seul constat de leur objet. Il en va ainsi de M. GRIMALDI : « Les libéralités liberticides doivent être bannies de notre droit » (Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants, Litec, 2000, n° 1204).

Seront successivement envisagées les clauses de célibat dans les actes à titre gratuit (section 1) et les clauses de célibat dans les actes à titre onéreux (section 2).

SECTION 1 - LES CLAUSES DE CÉLIBAT DANS LES ACTES À TITRE GRATUIT (LES LIBÉRALITÉS)

Le donateur ou testateur peut décider d'insérer dans la libéralité une clause stipulant que le donataire ou légataire (c'est-à-dire le bénéficiaire du don ou du legs) ne pourra en bénéficier qu'à la condition de ne pas se marier ou de ne pas se remarier : on parle alors de clause de viduité, courante lorsque le *de cuius* ne souhaitait pas que son épouse se remariât.

Ce type de clauses constitue bien une restriction du droit du bénéficiaire de se marier puisqu'il doit faire un choix entre renoncer à se marier ou renoncer à bénéficier de la libéralité.

Cependant, les juges sont plutôt bienveillants en ce cas.

Par principe : les clauses de célibat sont valables lorsqu'elles sont incluses dans les actes à titre gratuit.

Par exception : il y a nullité des clauses de célibat lorsque les mobiles poursuivis par l'auteur de la libéralité sont illégitimes ou dictés par un motif répréhensible c'est-à-dire jalousie, caprice, rancœur personnelle.

- Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1965 : si les juges parviennent à caractériser la cause impulsive et déterminante du legs tirée de l'animosité du *de cuius* et de son légataire universel contre l'époux de la sœur du défunt alors cette clause de célibat avait un motif illégitime, cause de nullité de ladite clause.

SECTION 2 – LES CLAUSES DE CÉLIBAT DANS LES ACTES À TITRE ONÉREUX (LES CONTRATS)

La question se pose en matière de contrats de travail. L'employeur peut décider d'insérer audit contrat une clause de stipulant que l'employé est sous le coup d'une interdiction de se marier (sous peine de licenciement).

La liberté de se marier est encore plus altérée que dans le cas précédent, puisqu'ici, il en va de la situation professionnelle, partant, des ressources nécessaires pour vivre... Aussi, les juges sont bien moins bienveillants qu'avec les clauses de célibats dans les actes à titre gratuit.

Le principe est donc la nullité des clauses de célibat intégrées dans les contrats de travail. En conséquence, le licenciement sur le fondement de cette clause est privé de cause, il est donc abusif et justifie l'octroi de dommages et intérêts au profit du salarié victime du licenciement.

Par exception, cette clause peut être valable dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement. Dans ce cas, tout est question de casuistique, une appréciation *in concreto* est nécessaire.

- Cass. soc., 7 février 1968 : un employeur a inséré une clause de célibat dans un contrat de travail prétextant que celle-ci était impérative pour les besoins de la profession et de l'entreprise nécessitant une disponibilité quasi-constante de l'employée. La Cour de cassation précise que l'employeur ne justifiait pas de « *nécessités impérieuses, tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice, d'appliquer la clause litigieuse qui, restrictive du droit au mariage et de la liberté du travail, était d'une portée exceptionnelle* » : nullité de la clause.
- Cass. ass. plén., 19 mai 1978, « Cours Sainte-Marthe » : une enseignante dans une école privée catholique a été licenciée en raison du non-respect d'une clause de célibat insérée dans son contrat de travail résultant de son remariage après divorce. L'enseignante a assigné l'établissement privé sur le fondement d'un licenciement abusif. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation rappelle, dans un premier temps, l'exception à la nullité des clauses de célibat en matière de contrat de travail. Puis, dans un second temps, souligne que les juges du fond ont relevé que les parties au contrat de travail ont décidé de faire des convictions religieuses un élément déterminant du contrat de travail en l'incorporant dans une clause de celui-ci, que dès lors le licenciement était justifié en ce que l'enseignante n'avait pas respecté une clause contractuelle essentielle et déterminante. Qu'elle aurait dû démontrer une faute de la part de son employeur pour caractériser l'abus dans le licenciement dont elle a fait l'objet. En effet, il était nécessaire à l'établissement privé d'enseignement catholique de s'assurer de la conformité de ses employés au principe essentiel de l'indissolubilité du mariage pour sauvegarder les valeurs et la bonne marche de cette

entreprise. Depuis cet arrêt, la position semblait être celle suivant laquelle dès lors que les convictions religieuses entrent dans le champ contractuel, le non-respect de celles-ci peut être sanctionné par un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

- Cependant, une tendance postérieure des juges du fond semble contraire à cette position de principe évoquée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans une espèce, un employé avait été licencié de l'association française de l'église de Jésus-Christ des saints des derniers jours pour avoir notamment enfreint une règle religieuse dont il était lié par un avenant à son contrat de travail. En effet, celui-ci s'était séparé de fait d'avec son épouse. Son employeur lui avait enjoint de retourner vivre avec son épouse et de lui faire un compte-rendu par jour relativement à ses convictions religieuses. Il soutient avoir été licencié pour un motif inhérent à sa personne et illicite comme contraire à l'article L. 122-45 du Code du travail (modifié et repris par l'article L.1132-1 du Code du travail) dès lors qu'il considère avoir été licencié en raison de sa situation de famille et de ses convictions religieuses. Il incombait donc à son employeur d'établir qu'il n'avait commis aucun acte de discrimination ou que celle-ci était justifiée par des éléments objectifs et proportionnés. La Cour d'appel de Nancy considère que le licenciement doit être annulé puisqu'il a été décidé en raison de sa situation de famille et de ses convictions religieuses et condamne l'association au paiement de de dommages et intérêts sur le fondement d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse : Cour d'appel de Nancy, 27 juin 2001.
- L'article L. 1132-1 du code du travail (modifié par LOI n°2012-954 du 6 août 2012 - art. 4) interdit de licencier une personne en se fondant sur ses convictions religieuses et sa vie personnelle. Ce simple fait est donc insuffisant. Il faut toutefois noter que l'article L. 1133-1 du code du travail affirme que des différences de traitement peuvent être acceptées « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». En ce sens, une discrimination pourrait être justifiée par les exigences de la profession.

TITRE 2 – LE COUPLE MARIE

Aucune définition du mariage ne figurait dans le Code civil de 1804 et cet état des choses persiste aujourd'hui. Seuls certains caractères de l'union étaient décelables : une union de personnes majeures de sexes différents (ancien article 144 c. civ., ancien article 75 c. civ.), reposant sur un accord de volontés (article 146 et 180 c. civ), et constatée dans un acte solennel (article 165 c. civ.). Si la première caractéristique a été remise en cause par la loi du 17 mai 2013, les autres sont encore en vigueur.

Par une analyse anthropomorphique, le mariage sera analysé sous l'angle de sa naissance pour la formation du mariage (chapitre 1), sa vie pour les effets du mariage (chapitre 2), ses particularités pour les régimes matrimoniaux (chapitre 3), sa mort pour le divorce (chapitre 4). Pour des raisons pédagogiques, ses maladies pour la séparation seront traitées dans un ultime chapitre (chapitre 5).

CHAPITRE 1 – LA FORMATION DU MARIAGE

Pour qu'un mariage soit valablement formé, il doit respecter des conditions de formations (section 1) sous peine de sanctions (section 2).

SECTION 1 – LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Seront successivement envisagées les conditions de fond du mariage (A) et les conditions de forme du mariage (B).

I - Les conditions de fond du mariage

Au fond, les règles liées au mariage ont évolué pour certaines conditions mais restent inchangées pour d'autres. Toutefois, un renforcement de la qualité du consentement a pu être mis au jour par plusieurs lois.

Seront successivement envisagés la fin de l'exigence d'altérité sexuelle (A), la capacité (B), le consentement au mariage (C), la prohibition de la polygamie (D) et la prohibition de l'inceste (E).

A – La fin de l'exigence de l'altérité sexuelle

La loi du 17 mai 2013 ouvre le mariage aux couples de personnes de même sexe : la différence de sexe entre les membres du couple n'est donc plus une condition de formation du mariage.

1 – Avant la loi du 17 mai 2013

Avant cette loi, la différence de sexe semblait relever de l'évidence. Quelques fondements textuels y faisaient référence, mais uniquement de façon implicite : l'ancien article 144 du code civil disposait que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* » et l'ancien article 75 *in fine*, prévoyait que lors de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil reçoit la déclaration des parties « *qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* ». Pouvaient encore être mentionnés les textes sur les empêchements à mariage, lesquels visaient exclusivement le frère et la sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 161 s. c. civ.). Pour la doctrine, si deux époux étaient de même sexe, le mariage était soit inexistant, soit nul (par dérogation à la règle « *pas de nullité sans texte* »). La question de la sanction avait notamment été posée au sujet du mariage unissant deux époux dont l'un décidait de changer de sexe en cours d'union et qui aboutissait donc au mariage de deux personnes de même sexe.

- Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007 : un mariage célébré entre deux personnes de même sexe avait été annulé par le TGI de Bordeaux le 27 juillet 2004, jugement confirmé par la cour d'appel de Bordeaux, le 19 avril 2005 qui constatait l'inexistence du mariage. Saisi d'un pourvoi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a décidé que : « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire* ».
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 2010 : il s'agit d'une question prioritaire de constitutionnalité portée devant la Cour de cassation sur la constitutionnalité des articles 144 et 75 du code civil au regard de la liberté individuelle du mariage dans son attribut de la liberté de choisir son conjoint eu égard aux couples de même sexe. La Cour de cassation dans son arrêt du 18 novembre 2010 accepte de transférer cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.
- DCC décision n°2010-92 du 28 janvier 2011 : le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation d'une QPC portant sur les articles 75 et 144 du Code civil : la question portait sur l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe. Le Conseil constitutionnel précise que la liberté du mariage n'interdit pas au législateur de définir des conditions pour pouvoir se marier, notamment la différence de sexe dès lors que ces conditions ne sont pas contraires à d'autres exigences constitutionnelles. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'a pu rejeter le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage qu'après avoir écarté les deux derniers griefs c'est-à-dire le droit de mener une vie familiale normale et le principe d'égalité. S'agissant du droit de mener une vie familiale normale, le Conseil constitutionnel appréhende ce droit par ses effets concrets sur la vie familiale : c'est un droit de « mener » une certaine vie, ce n'est pas le droit à un certain statut juridique. Ce n'est que lorsque l'impossibilité d'accéder à un statut juridique donné a pour effet d'empêcher de mener une vie familiale normale que la norme juridique en cause doit être regardée comme portant atteinte à ce droit. Dès lors, ce droit n'implique pas que les couples de même sexe puissent se marier dès lors qu'ils sont libres de vivre en concubinage ou de conclure un PACS. S'agissant enfin du principe d'égalité devant la loi, la question était de savoir si ce principe imposait que les couples formés de personnes de même sexe se voient reconnaître en droit de la famille les mêmes droits que les couples composés d'un homme et d'une femme. Le Conseil constitutionnel a répondu par la négative à cette question. Il a estimé que s'agissant des règles du droit de la famille, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur cette différence de situation. Cette position semble guidée par l'idée que le mariage constitue l'acte fondateur d'une famille. Ainsi, la différence entre couples homosexuels et hétérosexuels au regard du droit du mariage paraît essentielle : le couple homosexuel ne porte pas en lui d'espoir de procréation. Les deux situations ne sont donc pas analogues. En revanche, une telle différence de traitement ne pourrait plus être justifiée si le mariage venait à être conçu non plus comme l'acte fondateur de la famille mais comme une simple communauté de vie entre deux êtres qui impose des devoirs et ouvre des droits. Or, une telle position reviendrait à

remettre en cause les fondements mêmes du mariage et le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur ce point. Cette décision rejoint celle que le Conseil constitutionnel avait pris le 6 octobre 2010 sur l'interdiction d'adoption d'un enfant d'un des membres d'un couple homosexuel par l'autre membre, il avait déjà estimé que cette prohibition n'entravait pas le droit de mener une vie familiale normale et qu'il ne leur appartenait pas de se substituer au législateur pour apprécier les conséquences à tirer en matière de filiation et d'autorité parentale de la situation particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe.

La CEDH et la CJUE ne s'étaient prononcées que sur le mariage du transsexuel. La CEDH, dans un arrêt du 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni* a décidé que la différence de sexe n'est plus seulement déterminée suivant des critères biologiques, afin de consacrer le droit au mariage des transsexuels tout en laissant une certaine marge d'appréciation aux États quant à la mise en œuvre de ce droit. Quant à la CJCE, dans un arrêt du 7 janvier 2004, elle décide que le fait que le Royaume-Uni refuse la modification de la mention du sexe et par conséquent, empêche le transsexuel de se marier et de percevoir une pension de réversion, est contraire à l'article 141 du Traité CE interdisant toute discrimination fondée sur l'identité sexuelle. Or, ces deux jurisprudences n'étaient pas déterminantes : l'arrêt *Goodwin* procède à une interprétation évolutive de l'article 12 de la CESDH, mais ne revient pas sur cette différence de sexe et modifie simplement la définition du sexe. En outre, deux arrêts de la CEDH ont affirmé que l'article 12 de la CESDH ne visent que le mariage traditionnel entre un homme et une femme et ont relevé que, si certains États ont consacré le mariage homosexuel, ils n'ont fait que refléter leur propre vision du rôle du mariage (CEDH, 28 nov. 2006, R. et F. c/ RU et Parry c/ RU, *RTD civ.* 2007. 287). La consécration du mariage homosexuel ne peut donc relever que du choix des États (par ex. aux Pays-Bas : loi 21 déc. 2000 ; Belgique : loi du 1^{er} déc. 2005 ; la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a jugé discriminatoire la loi interdisant le mariage des personnes de même sexe le 1^{er} déc. 2005).

- CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche* : cet arrêt confirme la position de la Cour en matière de mariage homosexuel en Europe. Les deux requérants autrichiens avaient sollicité l'autorisation de se marier, les autorités autrichiennes avaient refusé, le droit national n'ouvrant le mariage qu'aux couples de sexe opposé. La CEDH rappelle dans sa décision que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi priver du droit au mariage garanti par l'article 12, cet article n'impose pas aux États membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit de se marier sans évoquer de manière explicite l'homme et la femme, il ne limite donc pas le mariage entre personnes de sexe opposé. Cette charte laisse le soin pour chaque État de décider si dans son ordre juridique, le mariage homosexuel doit être permis, elle n'impose absolument pas la modification de la législation nationale en ce sens. Sur la violation alléguée de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la CESDH, la relation entre deux personnes de même sexe relève de la vie familiale du moment qu'elle revêt une certaine stabilité, une différence de traitement fondée sur

l'orientation sexuelle doit être justifiée par des motifs particulièrement impérieux. Toutefois, si les situations sont comparables, les différences de traitement opérées doivent être interprétées à la lumière de la Convention dans son ensemble. L'article 12 de la CESDH n'imposant pas aux Etats membres de reconnaître le droit de se marier aux couples de même sexe, la Cour ne peut admettre la thèse des requérants selon laquelle pareille obligation peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la CESDH. L'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 de la loi autrichienne sur le concubinage officiel offrant au couple de même sexe un mécanisme de reconnaissance de leur relation ainsi que la plupart des droits reconnus aux époux évite à la Cour d'aborder le dernier argument invoqué selon lequel l'absence de tout moyen de reconnaissance légale pour les couples de même sexe porterait atteinte à l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour estime qu'on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir été un Etat pionnier dans ce domaine dans la mesure où demeure une majorité des Etats membres qui n'ont pas consacré le partenariat homosexuel. La Cour n'est pas davantage convaincue par l'argument selon lequel l'Etat qui reconnaît les couples de même sexe doit leur reconnaître un statut analogue sur tous les points à celui du mariage et ne fait aucun reproche à la loi autrichienne, l'existence de différence notable en matière de droits parentaux correspondant à la tendance générale en Europe. En rejetant la requête, la Cour ne se limite pas à valider l'état du droit en Autriche.

2 – Depuis la loi du 17 mai 2013

Prolégomènes :

Dans l'étude d'impact attachée au projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : il est fait mention de l'insuffisance du PACS au regard des attentes des couples homosexuels tant au regard des conditions de formation que des modes de dissolution mais surtout au regard des effets de ces deux modes de reconnaissance du couple : pas de droit d'usage du nom, pas de vocation successorale (sauf disposition testamentaire), pas d'effet sur la nationalité, pas de présomption de paternité, quant à la filiation, les couples homosexuels ne peuvent procéder à une adoption plénière (Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012) dès lors que la transcription de l'adoption plénière sur les registres d'état civil ferait apparaître l'enfant comme né de parents de même sexe. L'étude fait également mention de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe en Europe : les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Norvège (2009), la Suède (2009) et le Portugal (2010). Mis à part le Portugal, les pays européens ayant reconnu le mariage aux personnes de même sexe leur ont également accordé un droit à l'adoption dans les conditions de leur droit initial. Ainsi, l'étude envisage plusieurs options pour parer à ces différences :

1/ Améliorer le régime du PACS : rapprocher davantage le PACS du mariage dans ses conditions de formation, d'exécution et de dissolution, mais cela n'aurait que très peu d'intérêt au regard des revendications réelles portées par les couples homosexuels et au fait que le PACS se voulait par essence plus souple que le mariage.

2/ Instaurer une nouvelle union civile réservée aux couples de même sexe : un contrat d'union civil réservé aux seuls couples homosexuels, ce qui encore une fois aurait très peu d'intérêt.

3/ Substituer au mariage et au PACS une union civile ouverte à tous : cependant, l'institution du mariage en elle-même n'est pas remise en cause et une telle option aurait pour effet de changer tout le droit de la famille même pour les couples hétérosexuels.

4/ Ouvrir le mariage aux couples de même sexe : il n'y aurait alors que peu de modifications au droit actuel mais celles-ci permettraient d'obtenir l'égalité tant désirée par les couples homosexuels. Ainsi, l'ajout d'un article 143 du code civil pourrait être envisagé comme disposant : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». Pour plus d'information allez rechercher le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, étude d'impact, novembre 2012.

L'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) du 24 janvier 2013 : « *L'ouverture du mariage aux couples de même sexe (...) constituera une réelle avancée pour les droits de l'homme et apportera une meilleure protection aux personnes et aux familles* ».

- Loi du 17 mai 2013, article 143 : la différence de sexe n'est plus une condition de formation du mariage.
- DCC, 17 mai 2013, n°2013-669 : la loi du 17 mai 2013 a donné lieu à une saisine du Conseil constitutionnel. Les Sages ont considéré que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe était un choix revenant au législateur auquel il ne lui appartenait pas de se substituer. La même analyse a d'ailleurs prévalu s'agissant de l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels. Le Conseil a insisté sur le fait que cette ouverture du mariage n'était contraire à aucun principe constitutionnel. Son argumentaire rappelle que même si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle n'intéresse ni les droits fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics. L'idée est de répondre aux auteurs de la saisine qui arguaient de ce que l'altérité sexuelle dans le mariage était un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, analyse que réfute le Conseil constitutionnel. Selon le Conseil constitutionnel, il s'agit d'une question de société qui ne concerne pas les droits et les libertés fondamentaux : en conséquence, il ressortirait de la compétence du législateur, en application de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, de légiférer en droit de la famille.
- Dispositions transitoires : la loi nouvelle prévoit son application rétroactive en vue de valider les mariages potentiellement conclus entre deux personnes de même sexe à l'étranger avant son entrée en vigueur. Le texte prévoit une règle de conflit spécifique à l'article 202-2 du code civil (règle qui se positionne comme une dérogation au principe rappelé à l'article 202-1 du même code et qui consiste à appliquer aux conditions de fond

du mariage la loi personnelle de l'intéressé, c'est-à-dire sa loi nationale). L'article 202-2 du code civil admet la validité du mariage quoi que prévoit la loi personnelle de l'intéressé, sur le fondement de la compétence alternative de la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a établi son domicile ou sa résidence. La loi du 4 août 2014 a amélioré ce mécanisme rappelant l'exigence du consentement des époux.

B – La capacité

1 – L'âge

Pour pouvoir se marier le législateur a fixé un âge minimum à l'article 144 du code civil. L'homme et la femme doivent depuis la loi du 4 avril 2006 avoir 18 ans révolus. Auparavant, l'âge de la puberté était fixé à 15 ans pour les filles et 18 ans pour les garçons.

Toutefois, une dispense peut être obtenue du procureur de la République lorsqu'il existe des motifs graves, notamment l'état de grossesse de la femme conformément à l'article 145 du code civil. Dans une telle hypothèse, le mineur devra obtenir le consentement de ses parents au sens de l'article 148 du code civil, le désaccord des deux parents entre eux emportera consentement. Si l'un d'eux est hors d'état de manifester sa volonté, ou décédé, le consentement de l'autre parent suffira au sens de l'article 149 du code civil.

S'ils sont décédés, incapables de manifester leur volonté ou qu'ils ont disparu, c'est aux grands-parents, voire aux aïeuls ou au conseil de famille qu'il revient de consentir au sens des articles 150 et suivants du code civil.

À défaut d'obtention d'une dispense le mariage célébré par des personnes mineures et source de nullité absolue du mariage au sens de l'article 184 du code civil.

2 – Le majeur protégé

Depuis la loi du 23 mars 2019 entrée en vigueur le 25 mars 2019, le majeur en curatelle ou en tutelle n'est plus tenu d'obtenir une quelconque autorisation pour se marier. En effet, l'article 460 du code civil est réécrit et prévoit désormais que la personne chargée de la protection est informée au préalable du projet de mariage du majeur protégé. L'article 63 du code civil précise que les futurs époux devront justifier de l'information faite à la personne chargée de la protection. L'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage si cette attestation fait défaut. Cette information doit être délivrée *a priori* par le majeur protégé lui-même.

C – Le consentement au mariage

1 – L'intention matrimoniale (présence du consentement)

L'article 146 du Code civil prévoit qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Certes, il est très rare qu'il n'y ait pas du tout de consentement au mariage. Toutefois, il existe des