

CRFPA 2022



FASCICULE DE COURS

DROIT CIVIL

**Tome 1 : Droit de la famille et régimes
matrimoniaux**

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 CÉLIBAT DANS LES ACTES À TITRE GRATUIT (LES LIBÉRALITÉS)	21
SECTION 2 – LES CLAUSES DE CÉLIBAT DANS LES ACTES À TITRE ONÉREUX (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)	33
b)	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) 41	
b) 41	
c) 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
	4

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) 67	
b) 69	
2 – Le maintien de la solidarité le temps du mariage et l'indifférence de la séparation de fait des époux	70
a) 70	
b) 70	
c) 71	
3 – L'exception au principe de la solidarité en cas de dépense manifestement excessive	72
a) 72	
b) 72	
c) 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) 74	
b) 74	
c) 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
	5

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)	91	
b)	91	
c)	91	
2 – Les biens propres		92
a)	92	
b)	92	
c)	93	
d)	93	
e)	93	
f)	94	
g)	95	
h)	96	
3 – La présomption de communauté		97
B – Le passif		97
1 – Les dettes propres		97
a)	98	
b)	98	
2 – Les dettes communes		98
a)	99	
b)	100	
c)	101	
d)	101	
3 – Les dettes nées d'un cautionnement ou d'un emprunt		102
a)	102	
b)	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) 106	
b) 106	
c) 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) 108	
b) 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) 113	
b) 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) 114	
b) 114	
c) 115	
d) 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) 139	
b) 140	
c) 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) 146	
b) 146	
c) 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) 164	
b) 167	
c) 168	
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

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.

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.

PARTIE I – LE COUPLE A L'ÉPREUVE 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

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

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 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 hypothèses dans lesquelles le consentement est présent mais l'intention matrimoniale fait défaut. Cette absence est sanctionnée par la combinaison des articles 146 et 184 du code civil. Il est acquis de longue date que lorsque les époux ne se marient qu'en vue d'obtenir un avantage étranger à l'union conjugal, l'absence de consentement est patente et emporte la nullité du mariage pour défaut d'intention matrimoniale. Aujourd'hui l'essentiel du contentieux concerne les mariages blancs conclus entre un national et un étranger afin que ce dernier puisse obtenir certains avantages tels que la nationalité, un titre de séjour ou une carte de résident. Cependant, le mariage peut également être annulé parce que les époux qui ne se portent aucune affection et ne sont portés par aucun projet matrimonial n'ont recherché que des avantages patrimoniaux ou fiscaux.



Ne pas confondre absence de consentement (défaut d'intention matrimoniale) et vice du consentement (intention matrimoniale présente mais consentement altéré).

- **Arrêt Appietto** : Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963 : en l'espèce, un homme et une femme ont célébré un mariage, postérieurement l'époux sollicite la nullité du mariage pour défaut de consentement au motif que le mariage n'avait été célébré que pour légitimer leur enfant commun (auparavant, il y avait une sévère distinction entre enfant légitime c'est-à-dire issu d'un couple marié et enfant naturel : ne résultant que de la relation de personnes non mariés, l'enfant naturel ne bénéficiait que de peu de reconnaissance vis-à-vis de son père biologique, la question n'est désormais plus d'actualité dès lors que cette césure dans la légitimité des enfants a été abrogée par le législateur). La Cour d'appel de Bastia dans son arrêt du 9 avril 1962 déboute l'époux de sa demande. L'époux forme un pourvoi en cassation. La Cour de cassation dans son arrêt du 20 novembre 1963 rejette le pourvoi au motif que le mariage célébré dans le seul but de conférer une légitimité à l'enfant commun répondait aux objectifs de l'institution du mariage, le consentement était donc présent, le mariage ne pouvait donc pas être annulé. De cet arrêt, les commentateurs en ont déduit une règle simple :
 - La poursuite des effets extrapatrimoniaux (ou nobles) du mariage tels que la légitimation d'un enfant pouvait emporter réalité et effectivité du consentement de sorte que le mariage ne pouvait être entaché de nullité si un tel objectif était poursuivi.
 - La seule poursuite des effets patrimoniaux (ou non nobles) du mariage tels que le bénéfice des droits successoraux emportait ineffectivité du consentement, donc nullité du mariage pour défaut de consentement.
- **Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003** : un homme atteint d'une grave maladie et se trouvant dans un état de santé de plus en plus désespéré est périodiquement visité par une ancienne amie d'enfance. Les deux concluent une convention matrimoniale par acte notarié le 21 juin

1995. Le mariage est célébré le 13 juillet 1995 sur le fondement des articles 184 et 146 du Code civil. L'époux demande l'annulation du mariage pour absence de consentement. Par un arrêt du 7 mai 2001 la cour d'appel de Grenoble le déboute de ses demandes. En l'espèce, la cour d'appel de Grenoble dans son arrêt du 7 mai 2001 a cru pouvoir considérer que le mariage n'était pas simulé, qu'il a permis au conjoint de mettre en œuvre les conventions matrimoniales spéciales qu'il avait conclu quelques semaines avant la célébration de l'union. Un des objectifs du mariage était poursuivi. L'époux forme un pourvoi en cassation. La Cour de cassation casse cette décision pour manque de base légale. Cela signifie que selon elle, ce motif est insuffisant pour considérer que le mariage n'est pas simulé. Ainsi, il est permis d'en déduire que le mariage conclu à la seule fin de bénéficier de certains avantages patrimoniaux, que la rédaction d'un testament n'aurait pas permis d'obtenir peut être déclaré nul en ce sens. La solution rapportée semble condamner dans sa généralité l'hypothèse du mariage à effet conventionnellement limité que la célèbre décision Appietto avait en son temps suggéré. En effet, dans cet arrêt de 2003, la Cour de cassation vise expressément l'article 146 du code civil et rappelle très clairement le principe suivant : « *Attendu que le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale* ». « Le mariage successoral » c'est-à-dire qui d'une part ne comporte aucune intention de mener une vie commune ou d'assumer un passé commun et d'autre part ne poursuit qu'un effet inhérent à sa dissolution estimée imminente est vide de toute consistance matrimoniale.

- **Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2012** : Une femme est condamnée par une juridiction répressive pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort de son époux, sans intention de la donner. Célébré le 12 juillet 1996, le mariage fut ainsi dissout par la mort le 7 août suivant. Une demande d'annulation du mariage est formée (par les héritiers du défunt pour l'évincer de la succession). La Cour d'appel de Paris a annulé le mariage. L'épouse forme un pourvoi en cassation au motif que quand bien même seuls les effets patrimoniaux attachés au mariage avaient été poursuivis, ceux-ci faisaient partie de l'institution matrimoniale dès lors le mariage ne pouvait être annulé en raison de leur seule poursuite. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que toutes les obligations nées de l'union du conjugale doivent être poursuivies, que les époux ne peuvent choisir que les obligations les intéressants, dès lors la poursuite de certains effets matrimoniaux seuls permet de déceler une absence de consentement au regard de l'institution du mariage.

Ainsi, l'arrêt Appietto de 1963 semble ne plus pouvoir être mis en avant en matière de réalité du consentement.

2 – L'intégrité du consentement (absence de vice du consentement)

« *En mariage, il trompe qui peut* » selon Loysel, aussi les seuls vices du consentement sanctionnés lors de la formation du mariage sont la violence et l'erreur selon l'article 180 du code civil.

a) **La violence**

La violence constitue une contrainte exercée à l'égard d'une personne impliquant un consentement forcé au mariage en raison de la crainte inspirée par la violence. L'article 180 al. 1^{er} du code civil dispose « *le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage* ». La violence peut se révéler par une contrainte physique (rare) ou morale (plus fréquente).

- Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1968 : menace de mort sur le futur époux par le père de la future épouse pour qu'il consente au mariage alors que les deux futurs époux avaient eu des relations charnelles ensemble.

Contrairement au droit commun des contrats, la crainte révérencielle envers un ascendant (correspondant à l'obéissance de l'enfant à ses parents) est également constitutive d'un vice de formation du mariage au sens de l'article 180 al. 1^{er} du code civil depuis la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Cette loi a d'ailleurs ouvert l'action en nullité sur le fondement de la violence au ministère public, lequel a pour mission de garantir la liberté nuptiale et les droits fondamentaux.

La loi du 9 juillet 2010 a instauré une mesure de protection pour les victimes de violence au sein des couples, l'ordonnance de protection temporaire pouvant être délivrée par le juge aux affaires familiales à la personne menacée de mariage forcée au sens de l'article 515-10 du code civil.

Conditions :

- 1) Une contrainte exercée sur l'un des futurs époux : physique, morale ou une crainte révérencielle
- 2) Une contrainte déterminante du consentement du futur époux victime (sans cette contrainte, la victime de la violence n'aurait pas consenti à la célébration du mariage)
- 3) La confirmation du mariage par la vie commune des époux pendant 6 mois ne permet plus de couvrir le vice de violence
- 4) Une violence ayant été exercée en vue du mariage et précédemment à la célébration du mariage.

b) **L'erreur**

L'erreur peut être définie comme une fausse représentation de la réalité, croire vrai ce qui est faux et inversement. L'article 180 al 2 du Code civil dispose que « s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

Conditions :

- 1) Une erreur : fausse représentation de la réalité
 - 2) Sur la personne ou sur les qualités essentielles :
 - a. Dans la personne :
 - i. Sur l'identité physique de la personne (une personne se substitue à une autre)
 - ii. Sur l'identité civile (une personne se fait passer pour une autre en utilisant de faux papiers ou se présente comme faisant partie d'une famille qui n'est pas la sienne : falsification ou usurpation d'identité)
 - b. Sur les qualités essentielles (admises depuis la loi du 11 juillet 1975) : certaines qualités peuvent être essentielles pour certains individus alors qu'elles sont indifférentes à d'autres : c'était la position du TGI de Lille dans son jugement du 1^{er} avril 2008 : la virginité était une qualité essentielle pouvant fonder la nullité du mariage. Cependant, la garde des sceaux de l'époque (Rachida Dati) avait demandé au Procureur général de la Cour d'appel de Douai d'interjeter appel : la Cour d'appel de Douai a ainsi réformé le jugement en considérant que la virginité ne pouvait être considérée comme une qualité essentielle source de nullité du mariage en cas de non-virginité. Ainsi, désormais, la qualité essentielle doit être observée uniquement en fonction d'une analyse objective par une appréciation sociologique et objective de la notion (*in abstracto*) : qualité que l'on s'attend communément à trouver chez son conjoint, aux yeux de l'opinion publique.
 - 3) Déterminante : le caractère déterminant de l'erreur signifie que sans cette erreur, l'époux n'aurait pas consenti à la célébration du mariage. Appréciation subjective (*in concreto*) : l'errans (celui qui a commis l'erreur) doit démontrer que la qualité attendue était essentielle pour son consentement.
 - 4) Erreur de l'un des époux
 - 5) Ignorance de la réalité au jour de la célébration du mariage
- Exemples de qualités essentielles :
- CA Rouen, 6 mars 2008 : « *il est de principe qu'une qualité essentielle est une qualité qu'on espère trouver chez un conjoint conformément aux usages et à l'opinion commune et dont le défaut est de nature à perturber gravement une vie normale de couple* ». En l'espèce, a été considérée comme erreur sur les qualités essentielles de la personne commise par l'épouse le fait pour le mari de refuser toute relation sexuelle avec son épouse (qualité que l'épouse ignorait avant la célébration du mariage).
 - CA Pau, 30 août 1990 : la séropositivité découverte postérieurement à la célébration du mariage.

- CA Paris, 26 mars 1982 : l'aptitude aux relations sexuelles (sauf si les époux sont âgés au moment du mariage : 55 et 58 ans : CA Paris, 17 décembre 1998).

*** *Attention, dans une consultation, pensez à bien vérifier toutes les conditions d'application de l'erreur, soyez rigoureux !*

D – La prohibition de la polygamie

L'article 147 du code civil prévoit qu'on ne peut contracter un second mariage sans avoir au préalable dissous le premier. Le fait de transgresser cette règle constitue le délit de bigamie prévu par l'article 433-20 du code pénal : 1 an d'emprisonnement et 45 000€ d'amende. Cette peine sera également encourue par l'officier d'état civil ayant en connaissance de cause procédé à la célébration du mariage. La bigamie, « bi-gamos », désigne habituellement la situation de celui qui est marié à deux personnes en même temps.

L'article 189 du code civil ajoute qu'en cas de demande de nullité de leur mariage, ils peuvent opposer la nullité du mariage antérieur, laquelle sera examinée préalablement à la demande de nullité de leur mariage.

- Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004 : « *Attendu que l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». En l'espèce, deux personnes après avoir contracté un mariage coutumier monogamique au Zaïre, avaient contracté à nouveau cinq ans plus tard un second mariage en France sans que la dissolution de la première union soit intervenue. Les juges du fond (Cour d'appel de Paris, 3 novembre 1998) ont débouté le mari de sa demande de nullité du second mariage en relevant qu'il avait été contracté entre les mêmes époux. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel sous le visa de l'article 147 « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». Ainsi, même lorsque les mêmes époux sont concernés, la dissolution du 1^{er} mariage est exigée !
- Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011 : « *Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement* ».
 - En l'espèce, une femme a épousé un premier homme le 20 juillet 1991 duquel elle a divorcé le 29 octobre 1999. Or, elle a épousé un deuxième homme le 09 décembre 1995 duquel elle a divorcé le 27 juillet 2000. Enfin, elle a épousé un troisième homme le 11 décembre 1999 duquel elle a divorcé le 20 mars 2006.
 - La Cour de cassation rappelle que la demande de nullité du second mariage devait être examinée préalablement à la vérification de la validité du dernier mariage, donc la Cour d'appel de Nîmes aurait dû surseoir à statuer dans l'attente du jugement relatif au deuxième mariage.
 - Ainsi, en théorie, la bigamie emporte la nullité du deuxième mariage même dans le cas où le premier mariage est dissous par la suite (*a posteriori*) par un divorce.
 - Cependant, la solution est différente si le deuxième mariage est déclaré nul avec effet rétroactif, ce qui semble logique au regard des effets de la nullité

(rétroactivité), il faut se comporter comme si ce mariage n'avait jamais existé, donc le premier mariage devrait être considéré le seul mariage, lequel ayant été dissous avant la célébration du troisième, permettant de caractériser la validité du troisième mariage. L'arrêt se justifie ainsi au regard des règles de la rétroactivité de la nullité.

- Cass. civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013 : cet arrêt confirme l'arrêt du 26 octobre 2011 mais mieux encore il explique l'arrêt de 2011 : l'effet rétroactif de la nullité permet de considérer que la validité du 3^{ème} mariage célébré entre des époux, comme si le 2nd mariage n'avait jamais existé, il disparaît de l'équation, le 3^{ème} mariage devient 2nd et a bien été célébré après la dissolution de la 1^{ère} union. Par ailleurs, cet arrêt confirme également un élément essentiel : il peut y avoir par principe nullité d'un mariage en situation de bigamie par rapport à un précédent mariage non dissous préalablement même si ces deux mariages ont été célébrés entre les mêmes époux.

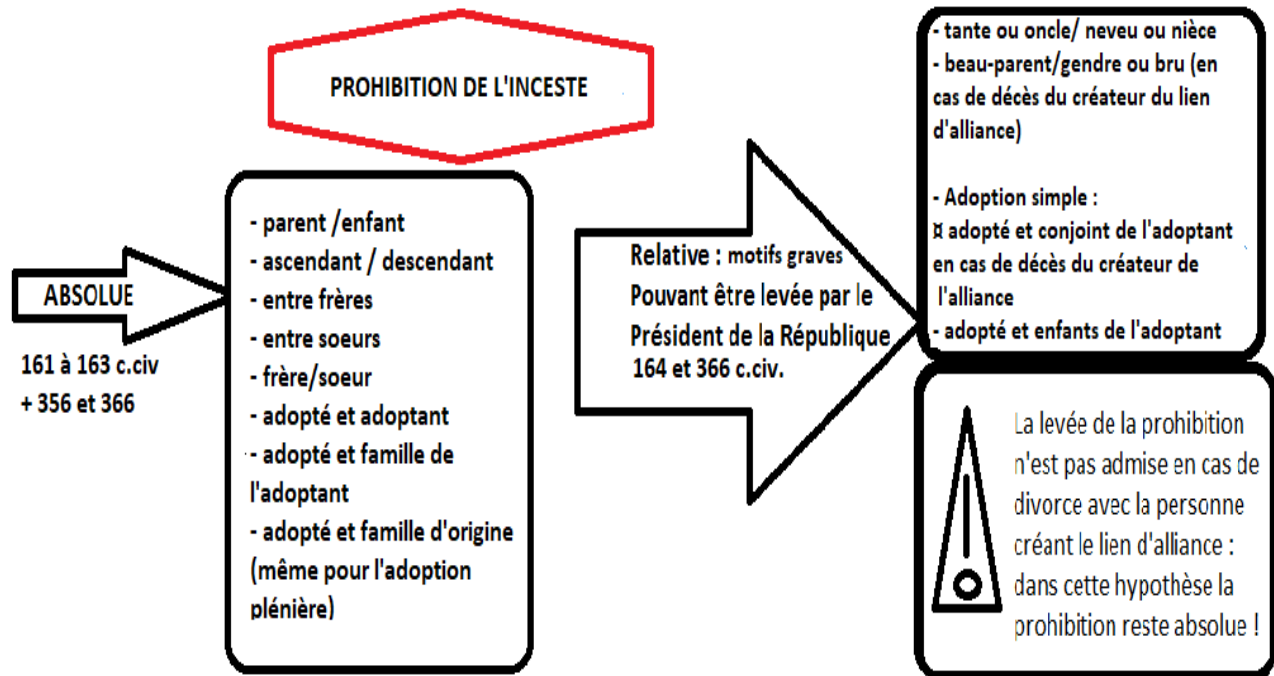
**** Attention, dans une consultation, n'oubliez pas l'aspect procédural (vérification de la validité du mariage le plus antérieur...).*

E – La prohibition de l'inceste

1 – Le principe de l'interdiction

Les articles 161 à 164 du code civil prohibent l'inceste en ligne directe et collatérale ainsi que le mariage entre alliés (l'alliance étant créée par le mariage de la famille d'une personne avec la personne qu'elle épouse).

- Les justifications :
 - Justification biologique : éviter la consanguinité (même si le mariage n'est pas prohibé entre cousins)
 - Justification sociale : cas de la ligne directe : mariage imposé hors du groupe pour favoriser l'exogamie (= mariage entre sujets n'appartenant pas au même groupe de parenté)
 - Eviter les situations de confusions et de scandales



2 – La levée de l'interdiction et le contrôle de proportionnalité

La levée de la prohibition est prévue par l'article 164 du code civil. Elle est réalisée par le Président de la République mais encore faut-il que le créateur de l'alliance soit décédé. Ainsi, le divorce des ex-époux ne fait pas disparaître le lien d'alliance. La Cour de cassation a toutefois dû se prononcer sur le contrôle de proportionnalité de l'article 161 du code civil et sur la validité d'un mariage en cas de lien d'alliance après divorce.

- Cass. Civ, 1^{ère}, 4 décembre 2013 : il s'agit de la célèbre affaire dite « Maman épouse Papi ». En l'espèce, une femme a épousé son ex-beau-père après divorce. Son ex-époux sollicite la nullité de ce mariage après le décès de son père. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa de l'article 8 de la CESDH (respect de la vie privée et familiale) : la nullité revêtait à l'égard de la veuve le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de 20 ans. Ici, la Cour de cassation insiste bien sur les faits dans sa motivation (notamment sur les parties) : donc il faut limiter la portée de cet arrêt : ce ne peut être qu'un arrêt d'espèce. 20 ans d'union sans opposition, ici, il semblerait que la Cour de cassation veuille sanctionner l'instinct de lucre de l'ex-époux agissant certainement afin de priver son ex-épouse de tout héritage. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel sans renvoyer l'affaire, le mariage est valable.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016 : « Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que Mme Z... avait 9 ans quand Pierre X... a épousé sa mère en troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée ; qu'il en déduit que

l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ; qu'il constate, ensuite, que son union avec Pierre X... n'avait duré que huit années lorsque les consorts X... ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; qu'il relève, enfin, qu'aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme Z..., au regard du but légitime poursuivi ». Dans cette affaire, la nullité du mariage pouvait être prononcée sans qu'il y ait contrariété ni à l'article 12 de la CESDH ni à l'article 8 de la CESDH.

**** Attention, dans une consultation, pensez à vérifier que la prohibition n'est pas contraire au droit dû au respect de la vie privée ! Faites alors un syllogisme à part entière sur la question et raisonnez comme le ferait la Cour de cassation dans un arrêt en formule développée.*

II – Les conditions de forme du mariage

Le respect des formalités requises pour le mariage a pour but de permettre à l'officier d'état civil de disposer des informations nécessaires relatives à la situation des époux pour vérifier les conditions de fond mais également pour procéder à l'information des tiers ayant qualité pour s'opposer au mariage.

Seront successivement envisagées les formalités avant le mariage (A), les formalités pendant la cérémonie (B) pour finir par la preuve du mariage (C).

A – Les formalités avant le mariage

1 – Les pièces à fournir

Les pièces sont visées par l'article 63 procédant par renvoi aux articles 70 et 71 du code civil tel que modifié par la loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages. Sont donc requis :

- Une copie d'acte de naissance intégral de moins de 3 mois (de moins de 6 mois s'il a été délivré à l'étranger)
- La justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique
- L'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère
- La confirmation de l'identité des témoins des époux au sens de l'article 74-1 du code civil
- La justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection prévue à l'article 460 du code civil pour les majeurs protégés (cette formalité est exigée depuis la loi du 23 mars 2019 entrée en vigueur le 25 mars 2019).

**** Attention, dans une consultation, la loi du 23 mars 2019 peut constituer un piège ! Le syllogisme sur le droit dans le temps sera impératif.*

2 – L'audition des futurs époux

L'article 63, 2° du code civil prévoit que la célébration du mariage est subordonnée « à l'audition commune des futurs époux », sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180 (une dispense est ainsi accordée s'il n'y a aucune raison de soupçonner un mariage blanc ou gris). L'officier d'état civil peut même demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des époux.

En cas de mariage du mineur (par exception), l'officier d'état civil auditionnera le mineur sans la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et sans la présence du futur époux.

La mission de l'officier d'état civil peut être déléguée à des fonctionnaires titulaires du service de l'état civil.

Il s'agit d'un nouvel empêchement à mariage qui n'est que prohibitif : il peut donc empêcher la célébration du mariage mais non entraîner la nullité. À l'issue de l'audition, l'officier d'état civil peut saisir le Procureur de la République, lequel pourra ordonner un sursis à la célébration du mariage dans l'attente des résultats de l'enquête (d'un mois maximum, renouvelable) ou former opposition dans les 15 jours (article 175-2 du code civil).

La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple étend ces mesures au cas où l'on peut soupçonner un vice du consentement (erreur ou violence) et la loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages prévoit clairement que le principe est l'audition commune et que l'exception est l'absence d'audition commune ou l'audition séparée. Il est à noter que si l'officier d'état civil peut, sur le fondement de l'article 175-2 du code civil, saisir à nouveau le procureur de la République s'il a recueilli des indices nouveaux laissant présumer une absence de consentement au mariage, il ne peut pas, en ce cas, refuser de procéder à sa célébration à la date fixée en l'absence d'opposition ou de décision de sursis du procureur : la liberté du mariage s'y oppose (Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2007).

3 – La publicité

La publicité du projet de mariage est réalisée par l'officier de l'état civil, par voie d'affichage d'une durée de 10 jours à la mairie du lieu du mariage et au domicile des futurs époux ou de chacun d'eux au sens des articles 63 et 166 du code civil. Le mariage ne pourra être célébré qu'à l'issue de ce délai (art. 63 et 64 c. civ.), ce qui vise à provoquer d'éventuelles oppositions au mariage.

Le procureur de la République peut toutefois accorder une dispense de publication des bans et de respect des délais en cas de motif grave (en cas de mariage *in extremis* ou en cas de naissance imminente) ou seulement dispenser les futurs époux de faire procéder à l'affichage conformément à l'article 169 du code civil.

Le non-respect de cette formalité de publicité ne constitue qu'un empêchement prohibitif.

4 – La particularité des mariages célébrés à l'étranger

S'agissant des mariages célébrés à l'étranger, la loi du 14 novembre 2006 a introduit dans le titre du code civil consacré au mariage un chapitre II bis intitulé « Du mariage des Français à l'étranger » (au sens des articles 171-1 à 171-8 du code civil) qui impose le respect de formalités nouvelles lorsque le mariage est célébré par une autorité étrangère (le certificat de capacité à mariage, délivré par l'autorité diplomatique) et renforce le contrôle lors de la transcription de l'acte de mariage célébré par l'autorité étrangère. Le Conseil Constitutionnel a jugé que ces formalités n'étaient pas contraires à la Constitution, en ce que la liberté du mariage ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages de complaisance (DCC n°2006-542, 9 novembre 2006).

B – Les formalités pendant la cérémonie

1 – La publicité de la célébration du mariage

Le mariage doit être célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine devant l'officier d'état civil à la date prévue par les futurs époux après le respect du délai de publication des bans au sens des articles 74 et 165 du code civil. La cérémonie devra avoir lieu dans la commune du domicile ou de la résidence de l'un des époux ou de l'un de leurs parents à la date de la publication des bans depuis la loi du 17 mai 2013.

La cérémonie se déroule à la mairie ou dans un bâtiment communal depuis la loi du 18 novembre 2016. Cette dernière possibilité est prévue par l'article L. 2121-30-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dont les modalités sont fixées par décret au sens des articles R. 2122-10 et R. 2122-11 du CGCT.

En cas d'empêchement grave, le mariage pourra, par dérogation, être célébré au domicile de l'un des futurs époux ou à l'hôpital. Le procureur de la République devra à cet effet requérir de l'officier d'état civil de se transporter au lieu de célébration du mariage conformément à l'article 75 al. 2 du code civil. En cas de péril imminent de décès de l'un des futurs époux, l'officier d'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République et devra ensuite lui exposer la nécessité de cette célébration hors de la commune. Une mention de cette célébration sera faite dans l'acte de mariage.

Le public doit être librement admis, les portes doivent être ouvertes et des témoins présents pour ne pas encourir le vice de clandestinité du mariage.

2 – La présence des époux et des témoins

a) Le principe de la présence des époux

Au sens de l'article 75 al. 1^{er} du code civil, doivent être présents, lors de la célébration du mariage, l'officier d'état civil, les futurs époux et leurs témoins (au moins un par époux et maximum deux). La présence des époux est obligatoire pour la garantie de la liberté du consentement conformément à l'article 146-1 du code civil.



Il s'agit là d'une condition de fond et pas seulement de forme.

b) L'exception à la présence des époux : le mariage posthume

Par exception et de façon tout à fait exceptionnelle, il est possible pour l'officier d'état civil de célébrer le mariage en présence d'un seul des futurs époux. La loi du 31 décembre 1959 a admis le mariage posthume, lequel est prévu par l'article 171 du code civil.

Dans cette hypothèse, le Président de la République pourra, pour des motifs graves, (et après vérification des conditions) autoriser la célébration du mariage « *en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement* ». Cette nouvelle rédaction résulte de la loi du 17 mai 2011. L'autorisation est donc discrétionnaire et sera effectuée par décret.

- Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 1989 : sous l'empire de la loi antérieure, la Cour de cassation a précisé que seul le juge civil avait compétence pour vérifier les formalités officielles du mariage
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006 : sous l'empire de la loi antérieure, la Cour de cassation a précisé qu'il appartient au juge civil de vérifier la persistance du consentement jusqu'au décès.

Le mariage posthume a un effet rétroactif, en ce sens il est censé avoir été célébré la veille du décès au sens de l'article 171 al. 2 du code civil.

Le mariage posthume a pour effet de permettre à l'époux survivant de porter le nom du défunt. Cependant, les conséquences patrimoniales du mariage posthume sont limitées, l'alinéa 3 de l'article 171 précise qu'aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant ni de régime matrimonial ne bénéficieront à l'époux survivant.

c) **Le mariage par procuration**

Le mariage doit en principe être célébré en la présence des futurs époux. Ainsi, la loi française interdit le mariage sans la comparution personnelle des époux. Toutefois, la loi admet par exception la célébration d'un mariage sans comparution personnelle pour certaines catégories de personnes en raison de circonstances graves. Il en va ainsi pour les militaires et marins sous les drapeaux en temps de guerre (décret-loi du 9 septembre 1939 remplacé par l'ordonnance du 29 mars 2007) ou lorsqu'ils participent à des opérations de maintien de l'ordre et de pacification hors de la métropole (loi du 28 novembre 1957 ; arrêté du 8 février 1991).

Ainsi, il est impératif que le mariage soit alors autorisé par le garde des Sceaux et le ministre de la Défense au sens de l'article 96-1 du code civil.

Il faut alors que le consentement de l'époux ne comparaisant pas ait été constaté par un acte dressé par l'officier d'état civil du lieu de sa résidence si le consentement est donné sur le territoire national, sinon il s'agira des officiers de l'état civil militaires désignés par arrêté du ministre de la Défense (article 93 du code civil). Lorsque les militaires sont prisonniers de guerre ou internés, les agents diplomatiques ou consulaires de l'Etat étranger français peuvent établir ce consentement (article 96-1, 3° du code civil).

Cet acte de consentement sera lu par l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage.

C – La preuve du mariage

L'article 194 du code civil prévoit que le titre d'époux et les effets civils du mariage se prouvent par l'acte de mariage conformément à l'article 76 du code civil.

Toutefois, cette règle probatoire succombe dans plusieurs hypothèses :

- En cas de registres non tenus ou perdus : l'article 46 du code civil prévoyant alors la preuve se fera par tous moyens (registres et papiers émanés des père et mère décédés, par témoins)
- En cas de possession d'état d'époux (*fama, tractatus et nomen*) : la possession d'état correspond à l'apparence d'un état donné, qui en principe ne permet pas de prouver le mariage mais seulement de le conforter pour les époux au sens de l'article 195 du code civil. Toutefois, cette possession d'état a deux effets probatoires :
 - o Elle permet d'empêcher une demande de nullité de l'acte de mariage pour vice de forme : en ce sens elle couvre certains cas de nullité au sens de l'article 196 du code civil.
 - o Elle permet aux enfants du couple, si les deux parents sont décédés, d'établir le mariage de ses parents pour invoquer la présomption de paternité (article 312 du code civil) au sens de l'article 197 du code civil dès lors que la légitimité des enfants ne sera pas contredite par l'acte de naissance.
- En cas de preuve par les tiers du mariage : la Cour de cassation admet que cette preuve peut être rapportée par tous moyens (Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1904).