

le droit en fiches
& en flashcards

le droit de la famille

AMBRA MARIGNANI
FABIENNE LABELLE

- + 100 fiches thématiques
- + Flashcards de révision à découper
- + Bibliographie



introduction



fiche n° 1

↳ Définitions de la notion de famille

D'un point de vue sociologique, la famille est un phénomène universel, marqué par la culture et les mœurs de chaque pays. Elle est néanmoins caractérisée par deux constantes: le couple et l'enfant.

La notion de couple renvoie à l'union de deux individus, bien que certains pays du monde connaissent la polygamie. Le couple, au sens sociologique, est composé d'individus partageant leur vie, mariés ou non, de sexe différent ou, dans un nombre croissant de pays, de même sexe. Cette union, notamment, dans le mariage, a traditionnellement pour finalité la procréation, quoiqu'elle n'en constitue pas une condition.

La notion d'enfant renvoie à la progéniture d'un individu, voire d'un couple. Le lien unissant le parent et l'enfant peut refléter la réalité biologique, mais il peut aussi trouver sa source dans la volonté, telle la parenté adoptive, ou encore la parenté du ou des parents d'intention de l'enfant conçu par une technique d'assistance médicale à la procréation. Ce lien peut également découler d'une réalité sociologique, comme en cas de possession d'état d'enfant et de parent.

Le portrait ainsi dressé renvoie à la notion de famille nucléaire, centrée sur le couple et sur la relation filiale et fraternelle, laquelle peut être opposée à la notion de famille étendue, englobant l'ensemble des ascendants et descendants d'un même individu, leurs conjoints et leurs enfants. Elle se distingue également de la notion de famille recomposée, dans laquelle l'enfant cohabite avec le compagnon ou avec l'époux du parent et ses éventuels enfants.

S'il existe une constante universelle au sein des familles, au sens sociologique du terme, c'est qu'elles font naître, du fait du lien affectif ou de la loi, une solidarité morale et matérielle entre leurs membres.

Le droit français, quant à lui, ne définit pas la famille.

Concernant les couples, la loi française organise le régime juridique du mariage et d'une forme de partenariat enregistré - le pacte civil de solidarité (PACS) - ; en outre, il définit le concubinage. Le Code civil réserve toutefois l'emploi de l'adjectif «familial» et de la notion de «ménage» au lien conjugal issu du mariage (comparer, par exemple, la formulation des art. 220 et 515-4, al. 2). Il existe donc trois formes de conjugalité, dont une seule conduit à fonder une famille au sens strict. Le mariage demeure, en ce sens, l'union par excellence, l'institution, le modèle originel. Néanmoins, la vie familiale, même hors mariage, est protégée et la concurrence opposée par le PACS au mariage ne doit pas être occultée. Plusieurs rapprochements législatifs ont été opérés au fil du temps entre les deux formes de conjugalité. Aussi, la différence du nombre d'unions conclues chaque année n'est pas démesurée (environ 242 000 mariages et 210 000 PACS en 2022, derniers chiffres Insee disponibles).

Concernant les enfants, tout lien de parenté crée une famille, que l'enfant ait un seul ou deux parents et que les parents soient ou non mariés. Cette déconnexion de la «famille verticale» du mariage - laquelle contribue aussi certainement au déclin de l'institution maritale - est le résultat d'une évolution ayant conduit à faire de l'intérêt de l'enfant et de l'égalité des enfants dont le lien de filiation est légalement établi des piliers du droit de la famille.

Enfin, la famille appréhendée par le droit français ne se limite pas à la famille nucléaire. La famille étendue a également une relevance juridique (v. par exemple l'art. 6-2, *in fine*; art. 311-1; art. 375-3; art. 399, al. 3). Afin de dessiner les contours de cette famille étendue, il est nécessaire de cerner quels liens sont considérés comme des «liens familiaux» par le droit français (↪ voir fiche n° 2).

fiche n° 2

↳ Liens familiaux

1. Le lien de parenté

Il convient de distinguer deux sous-catégories parmi les liens de parenté (art. 742):

- + **Le lien de parenté en ligne directe**, correspondant au rapport de droit existant entre deux personnes dont l'une descend de l'autre. **Exemple**: un père et sa fille sont unis par un lien de parenté en ligne directe.
- + **Le lien de parenté en ligne collatérale**, correspondant au rapport de droit existant entre deux personnes qui descendent d'un auteur commun. **Exemple**: deux sœurs sont unies par un lien de parenté en ligne collatérale.

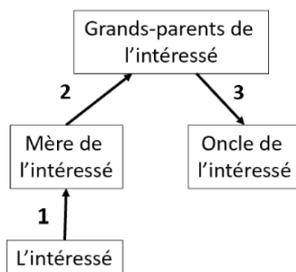
Attention! L'emploi du verbe « descendre » renvoie à une conception biologique de la filiation. Cependant, le droit met en place des fictions juridiques. L'adoption et la filiation établie entre un enfant conçu par procréation médicalement assistée et la mère non gestatrice créent aussi un lien de parenté, respectivement entre adoptant et adopté, d'un côté, et entre la mère non gestatrice et l'enfant, d'un autre (art. 361 et 342-11, al. 2). La possession d'état, laquelle reflète un lien sociologique entre le parent et l'enfant, peut aussi conduire à établir un lien de parenté.

Exercice: détermination du degré de parenté

Pour déterminer le degré de parenté entre deux membres d'une même famille, il convient de partir du premier intéressé, puis remonter à l'auteur commun, avant de descendre jusqu'à l'autre parent intéressé. Chaque génération représente un degré.

Le degré de parenté se calcule en additionnant le nombre de générations séparant chaque intéressé de l'auteur commun.

Exemple. Le neveu et son oncle sont parents au troisième degré.



2. Le lien conjugal

Il s'agit du lien juridique issu du mariage, liant les époux l'un à l'autre.

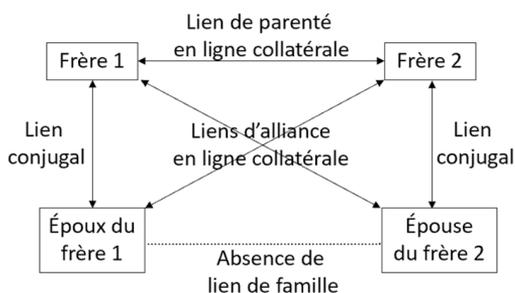
Attention! En droit, le terme « conjoint » désigne uniquement l'époux, et non le partenaire pacsé ni le concubin.

3. Le lien d'alliance

Il s'agit du rapport de droit existant entre un époux et les parents de son conjoint.

Seul le lien d'alliance en ligne directe (ex. gendre/beau-père) et en ligne collatérale (ex. beau-frère/belle-sœur) est juridiquement reconnu (v. ex. art. 335, 4°, C. proc. pén.).

Exemple. Les époux de deux frères ne sont pas unis par un lien d'alliance.



Attention! Ni le PACS ni le concubinage ne créent de liens d'alliance. Néanmoins, concernant le PACS, la loi du 21 février 2022 a interdit le mariage entre le partenaire de l'adoptant et l'adopté, et entre le partenaire de l'adopté et l'adoptant (art. 361, 2°), ce qui oblige à considérer qu'un lien quasi-familial est créé entre les partenaires.

fiche n° 3

↳ Les sources du droit de la famille

1. Sources d'origine supranationale

Plusieurs textes d'origine supranationale posent des principes et consacrent des droits fondamentaux pertinents dans l'étude du droit de la famille, tels que les articles 23 à 25 du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** et la **Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant**.

Néanmoins, la source supranationale ayant eu un impact majeur sur le droit français de la famille est la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)**. Ce texte protège notamment le droit au respect à la vie privée et familiale (art. 8), le droit au mariage (art. 12) et l'égalité des époux (art. 5 du protocole n° 7 de la Convention). Aussi, les droits de l'Homme doivent être garantis de manière non discriminatoire (art. 14).

La jurisprudence rendue par la **Cour européenne des droits de l'Homme opère une interprétation dynamique de la Convention homonyme**. Elle a, entre autres, contribué à l'égalisation des droits des enfants nés dans le mariage et hors mariage (v. CEDH, 1^{er} fév. 2000, req. n° 34406/97, *Mazurek c. France*). Plus récemment, elle a exigé que les liens de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger et les parents d'intention soient établis au regard de l'ordre juridique français (CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, req. nos 65192/11 et 65941/11; CEDH, avis, 10 avril 2019, n° P16-2018-001).

Le **droit de l'Union européenne** joue aussi un rôle important en droit de la famille. Outre l'adoption de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, les institutions européennes ont adopté plusieurs **instruments de droit dérivé**, couvrant différents pans du droit international privé de la famille dans le but de faciliter la circulation des personnes

impliquées dans des situations familiales transnationales. Tel est par exemple le cas en matière de divorce, de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

La **Cour de justice de l'Union européenne** a tendance à appuyer la jurisprudence de la Cour EDH, notamment là où les solutions adoptées par cette dernière sont compatibles avec les objectifs poursuivis par le droit de l'Union (v. par exemple CJCE, 7 janv. 2004, *K. B.*, aff. C-117/01). En application des sources aussi bien de **droit primaire que de droit dérivé de l'Union**, la Cour de justice alimente l'exigence de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger (v. par exemple CJUE, 5 juin 2018, *Coman*; 14 déc. 2021, *Pancharevo*).

2. Sources d'origine nationale

Plusieurs dispositions ayant une valeur constitutionnelle intéressent le droit de la famille, à savoir le **préambule de la Constitution de 1946** et la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** de 1789. Le **Conseil constitutionnel**, lorsqu'il exerce son pouvoir de contrôle de la constitutionnalité de la loi, a tendance à être respectueux des décisions prises par le législateur en matière familiale, compte tenu de sa nature sociale, même s'il est aussi susceptible d'en influencer l'évolution (v. C. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC).

Le **Code civil** - et notamment ses titres V et suivants du Livre I « Des personnes » - constitue la source par excellence du droit de la famille, bien qu'il existe également des aspects non civils de la matière, touchant, entre autres, au droit social, au droit fiscal et au droit pénal.

Le rôle de la **jurisprudence** est, enfin, devenu central en matière familiale à la suite de l'essor des droits fondamentaux. Dans le cadre du contrôle de la conventionnalité de la loi, les juges opèrent parfois des interprétations créatrices et mettent en œuvre des contrôles de proportionnalité conduisant à des solutions s'écartant de la lettre de la loi afin de rendre des décisions conformes aux droits fondamentaux (voir par exemple, Civ. 1^e, 4 déc. 2013, n° 12-26.066).

fiche n° 4

↳ Les grandes dates du droit de la famille

- 1791** Institution du mariage civil et laïque (Constitution du 3 sept. 1791).
- 1972** Admission du divorce (décret des 20-25 sept. 1972).
- 1804** Adoption du Code Napoléon (loi du 30 ventôse an XII; 21 mars 1804).
- 1816** Interdiction du divorce pendant la Restauration (loi du 8 mai 1816).
- 1884** Réintroduction du droit au divorce, mais uniquement pour faute (loi du 27 juill. 1884).
- 1907** Droit de la femme mariée de disposer librement de son salaire (loi du 13 juill. 1907).
- 1912** Admission de l'action en recherche de paternité (loi du 16 déc. 1912).
- 1938** Reconnaissance de la capacité civile de la femme mariée (loi du 18 fév. 1938).
- 1965** Réforme des régimes matrimoniaux: autonomie bancaire et professionnelle de la femme mariée; reconnaissance de pouvoirs ménagers égaux aux époux; obligation pour chaque époux de contribuer aux charges du mariage (loi du 13 juill. 1965).
- 1970** Remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale conjointe (loi du 4 juin 1970).
- 1972** Réforme de la filiation: consécration législative du principe d'égalité des enfants dont la filiation est légalement établie. Suppression de la plupart des inégalités de traitement. Cependant, la distinction entre enfants légitimes, naturels et adultérins est maintenue (loi du 3 janv. 1972).
- 1975** Réforme du divorce (loi du 11 juill. 1975). Cas de divorce: divorce pour faute; divorce sur demande conjointe (ancêtre du divorce par consentement mutuel judiciaire); divorce demandé par un

époux et accepté par l'autre (ancêtre du divorce accepté); divorce pour rupture de la vie commune (ancêtre du divorce pour altération définitive du lien conjugal).

- 1985** Réforme des régimes matrimoniaux: substitution du terme «époux» aux termes «mari» et «femme»; suppression de la puissance maritale sur les biens communs (loi du 23 déc. 1985).
- 1994** Ouverture conditionnelle de l'assistance médicale à la procréation aux couples de sexe différent (loi du 29 juill. 1994).
- 1999** Création du PACS; définition légale du concubinage (loi du 15 nov. 1999).
- 2000** Réforme de la prestation compensatoire (loi du 30 juin 2000; réforme complétée par la loi du 26 mai 2004).
- 2001** Réforme du droit des successions: suppression des résidus d'inégalité de traitement de l'enfant adultérin (loi du 3 déc. 2001). Promotion des droits du conjoint survivant.
- 2002** Parachèvement de l'égalité des sexes relativement au droit d'autorité parentale (loi du 4 mars 2002).
- 2005** Réforme de la filiation: achèvement des réformes visant l'élimination des inégalités des enfants; suppression des références aux enfants légitimes, naturels et adultérins (ord. du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janv. 2009).
- 2006** Lois visant à renforcer la lutte contre les mariages blancs et contre les mariages forcés (loi du 4 avr. 2006); attribution au partenaire survivant de la jouissance du domicile commun pendant un an; réforme des successions et des libéralités (loi du 23 juin 2006).
- 2013** Droit au mariage: personnes de même sexe (loi du 17 mai 2013).
- 2016** Divorce par consentement mutuel extrajudiciaire (loi du 18 nov. 2016).
- 2021** Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires (loi du 2 août 2021).
- 2022** Ouverture de l'adoption aux couples non mariés (loi du 21 fév. 2022).
- 2024** Introduction d'un principe de retrait de l'autorité parentale en cas de crime ou d'agression sexuelle incestueuse commis sur la personne de son enfant ou de crime commis sur la personne de l'autre parent (loi du 18 mars 2024).

fiche n° 5

↳ Les dynamiques à l'œuvre en droit de la famille

L'égalité des sexes. Le xx^e siècle a été marqué par le passage de la prééminence masculine au sein du couple marié à une vision égalitariste des deux sexes. Cette transformation a entraîné l'élimination des anciennes inégalités de traitement des hommes et des femmes, aussi bien dans leurs rôles d'époux (lois du 13 juill. 1907 ; 18 fév. 1938 ; 13 juill. 1965 ; 23 déc. 1985) que dans leurs rôles de parents (lois du 4 juin 1970 et du 4 mars 2002).

L'ouverture au pluralisme familial. Ce phénomène a été amorcé avec l'œuvre d'égalisation des droits des enfants nés dans et hors mariage, laquelle a été guidée par la volonté grandissante de mettre **l'intérêt de l'enfant** au centre du droit de la famille. L'élimination progressive des différences de traitement entre les catégories d'enfants (lois du 16 décembre 1912 ; 3 janvier 1972 ; 3 décembre 2001 ; ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009) a entraîné une diminution de l'importance centrale de la famille fondée sur le mariage, car les droits des enfants ont été de moins en moins influencés par l'absence d'union des parents. Le nombre de familles hors mariage a ainsi augmenté. La multiplication des cas de divorce (notamment par l'adoption de la loi du 11 juillet 1975), puis l'ouverture du droit des couples hétérosexuels, mariés ou non, d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation (loi du 29 juillet 1994) ont également contribué au **déclin de l'institution du mariage**.

Ce phénomène a, par ailleurs, été accompagné par la revendication grandissante au sein de la société d'une **reconnaissance juridique des couples de même sexe**. Cela a conduit à la consécration législative du pluralisme des formes de conjugalité, d'abord, à travers la création du pacte civil de solidarité et la définition du concubinage (loi du 15 novembre 1999) et, ensuite, par l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (loi du 17 mai 2013). Soulignons que cette dernière réforme s'est accompagnée de la reconnaissance du droit d'adopter aux couples

mariés de même sexe. Cela a contribué au changement de la manière d'appréhender l'intérêt l'enfant, bien que, depuis la condamnation de la France par la CEDH dans les arrêts *Fretté* (2002) et *E. B.* (2008) l'homosexualité de l'adoptant ne pouvait déjà plus fonder le refus d'agrément à l'adoption.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe a également eu pour effet de résorber les questions relatives au sort du mariage de l'individu ayant changé de sexe à l'état civil. De nouvelles problématiques sont cependant nées lorsqu'avec la loi du 18 novembre 2016, le législateur a introduit la possibilité de changer de sexe à l'état civil sans subir d'opération chirurgicale de réassignation sexuelle impliquant une stérilisation. Depuis cette réforme, une femme transsexuelle (née homme) peut inséminer une femme et, parallèlement, un homme transsexuel (né femme) est susceptible de tomber enceint. La question de savoir si la femme et l'homme transsexuels peuvent, respectivement, être inscrits dans les actes d'état civil en tant que mère et père de l'enfant sont encore en quête de réponses définitives (v. Civ. 1^e, 16 sept. 2020, n° 18-50.080; Toulouse, 9 fév. 2022, n° 20/03128).

L'évolution du droit de la famille s'est, par ailleurs, poursuivie avec l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés (loi du 21 fév. 2022), laquelle a conduit à faire un pas de plus dans le sens de **l'égalisation des droits des couples mariés et non mariés**. Aussi, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes non mariées et aux couples de femmes (loi du 2 août 2021) parachève la **transformation de la conception de l'intérêt de l'enfant** qui ne privilégie plus ni la coparenté par rapport à la monoparenté, ni le mariage des parents de l'enfant, ni l'altérité sexuelle de ces derniers.

L'essor de la volonté individuelle. La possibilité de dissoudre librement un PACS, l'introduction du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes, consacrant un droit à l'enfant, constituent des marqueurs de la place grandissante de la volonté individuelle en droit de la famille. L'ordre public continue cependant d'occuper une place importante. À titre d'exemple, les conventions de gestation pour autrui demeurent prohibées (art. 16-7).

partie 1

Le couple

↳ CHAPITRE 1

Le couple marié

↳ CHAPITRE 2

Le couple pacsé

↳ CHAPITRE 3

Les concubins

fiche n° 6

↳ La liberté de se marier

La liberté de se marier est un principe fondamental reconnu en droit français et européen. Bien qu'aucun texte interne ne consacre explicitement un « droit au mariage », le Conseil constitutionnel l'a érigé en **principe à valeur constitutionnelle** (décisions du 13 août 1993, n° 93-325 DC et du 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC). À l'échelle européenne, la **CESDH garantit ce droit à l'article 12**, tout en précisant qu'il s'exerce conformément aux lois nationales. Si le mariage est libre, il ne l'est donc que dans les limites posées par la loi.

La liberté matrimoniale implique également le **droit au remariage**, c'est-à-dire le droit de contracter un second mariage après la dissolution du premier, par divorce ou par décès.

Dans la mesure où la liberté de se marier est consacrée, se pose aussi la question du **renoncement** à ce droit.

Peut-on, par avance, s'engager à ne pas se marier ? Cette interrogation trouve une application concrète dans les **clauses de célibat**. L'appréciation de la validité de ces clauses varie selon que ces dernières sont insérées dans des actes à titre onéreux, tels les contrats de travail, ou dans des actes à titre gratuit, telles les libéralités (donations ou legs) :

- + Dans les **relations de travail**, ces clauses sont en principe prohibées : l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit toute discrimination fondée sur la situation familiale de l'employé. Cela s'explique par le fait que la mise en œuvre de la clause peut avoir des conséquences graves sur la situation professionnelle et financière de l'employé. Une exception existe toutefois : l'article L. 1133-1 du Code du travail énonce qu'une telle restriction est légitime si elle répond à une exigence professionnelle essentielle et proportionnée.

La Cour de cassation a considéré qu'un licenciement motivé par des considérations liées à la vie privée du salarié n'est pas justifié, sauf si un manquement contractuel est démontré. Tel est par exemple le cas si les convictions religieuses de l'employé avaient été déterminantes lors de la conclusion du contrat de travail (Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211).

Une appréciation analogue se retrouve dans la jurisprudence européenne lorsqu'il s'agit de prendre en compte la situation maritale du salarié.

La CEDH a validé le licenciement d'un directeur d'église mormone pour adultère (CEDH, 23 sept. 2010, *Obst c. Allemagne*, req. n° no 425/03), alors qu'un organiste n'aurait pas pu être sanctionné sur ce fondement (CEDH, 23 sept. 2010, *Schüth c. Allemagne*, req. n° 1620/03), compte tenu notamment de la nature des deux postes et de la différence de l'importance de la fidélité au conjoint dans les deux cas.

De même, la CJUE a jugé discriminatoire l'interdiction de remariage imposée à un médecin catholique, dès lors que des médecins d'autres confessions étaient également recrutés et que ces derniers n'étaient pas soumis à cette contrainte. Dans ce cadre, la Cour a légitimé l'interdiction de remariage lorsque l'adhésion à une certaine conception du mariage se couplait d'une exigence professionnelle essentielle de l'employé en cause, compte tenu de l'activité professionnelle de ce dernier (CJUE, 11 sept. 2018, aff. C-68/17).

+ En matière de **libéralités**, en revanche, la jurisprudence se montre plus souple. Une donation ou un legs peut être conditionné au maintien du célibat, si cette exigence ne repose pas sur des motifs répréhensibles, comme la jalousie posthume ou la haine raciale. Cette souplesse par rapport aux clauses insérées dans les contrats de travail s'explique par le fait que, dans le cas des libéralités, si le bénéficiaire contrevient à la clause de célibat ou à la clause de viduité, il manque, certes, une occasion de s'enrichir, mais il n'en sort pas appauvri.

Les clauses jugées illicites sont nulles. Le contrat à titre onéreux ou à titre gratuit n'est lui-même annulé que si la clause constituait un élément déterminant de l'engagement des parties.

fiche n° 7

↳ La liberté de ne pas se marier : la rupture des fiançailles

Conformément au **principe fondamental de liberté matrimoniale** (Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC), si les individus sont libres de se marier, ils sont également libres de ne pas se marier.

Ce principe garantit à chaque individu la possibilité de revenir sur un engagement pris avant la célébration du mariage. À ce titre, les fiançailles, bien que pouvant être considérées comme une promesse de mariage, sont un fait juridique et ne revêtent aucun caractère contractuel. En effet, le consentement au mariage doit être donné par les époux uniquement au moment de la célébration. Jusqu'à cet instant-là, chaque fiancé doit rester libre de ne pas se marier. Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Bouvier* (Civ., 30 mai 1838), affirme que toute promesse de mariage est nulle, car contraire « à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage », laquelle est d'ordre public. De ce fait, l'exécution forcée d'une telle promesse est impossible et le refus de se marier ne peut engager la responsabilité contractuelle du fiancé.

En revanche, la **rupture des fiançailles** peut engager la **responsabilité extracontractuelle** du fiancé en cas de rupture tardive, brutale ou décidée avec caprice ou légèreté, dès lors que cela cause un préjudice moral ou matériel au fiancé délaissé.

Un préjudice moral peut résulter des circonstances humiliantes de la rupture, ou encore de la souffrance engendrée par la rupture. Un préjudice matériel peut, par exemple, naître des frais engagés en vue du mariage, tels que la réservation d'une salle ou l'impression des faire-part.

Concernant la faute, une rupture sans motif légitime à quelques jours de la cérémonie ou dans un contexte particulièrement douloureux, telle une grossesse en cours, peut être qualifiée de fautive (Civ. 1^e, 20 juill. 1971, n° 70-13.317). À l'inverse, l'impossibilité de s'accorder sur le

régime matrimonial (Civ. 1^e, 19 juill. 1966, n° 64-13.163) a été considéré comme un motif légitime de rupture, de même que la rupture par un fiancé qui était déjà marié et qui renonce à divorcer (TGI Nanterre, 16 juill. 1975).

En cas de refus de se marier, se pose également la question de la **restitution des cadeaux** échangés au cours des fiançailles. L'article 1088 du Code civil prévoit que toute donation consentie en vue du mariage est caduque si le mariage n'est pas conclu. Dès lors, les présents offerts dans la perspective du mariage doivent, en principe, être restitués. Par exception, les présents d'usage – cadeaux d'une valeur modeste au regard de la fortune et du train de vie du disposant – peuvent être conservés par l'ex-fiancé bénéficiaire (en application, par analogie, de l'art. 852, relatif au rapport successoral).

La **bague de fiançailles**, quant à elle, fait l'objet d'un régime particulier. Si elle est de grande valeur par rapport à la situation économique du donateur (Versailles, 22 nov. 2002) ou revêt un caractère familial (Civ. 1^e, 23 mars 1983), elle est assimilée à un prêt à usage et doit être restituée à la famille du donateur. En revanche, si la bague n'a ni grande valeur ni caractère familial, elle est considérée comme un présent d'usage et reste la propriété de celui ou celle qui l'a reçue.

Le coin des curieux

La conclusion d'un mariage coutumier peut s'analyser en une promesse de mariage. Dès lors, le fiancé qui ne fait pas suivre le mariage coutumier d'un mariage civil engage sa responsabilité (Civ. 1^e, 15 mars 1988, n° 86-16.152). Notons, cependant, que l'article 433-21 du Code pénal sanctionne les ministres du culte qui célèbrent de manière habituelle des unions religieuses avant la cérémonie civile.

fiche n° 8

↳ La condition de la volonté des époux de se marier

Le consentement des époux est une condition essentielle de la validité du mariage (art. 146). Le consentement doit en effet refléter une volonté libre et éclairée de se marier. Cette exigence emporte deux séries de considérations.

1. L'absence d'altération des facultés mentales

Premièrement, l'époux ne peut consentir valablement à mariage s'il n'est pas en pleine possession de ses facultés mentales. En effet, pour que le consentement existe, l'époux ne doit pas être frappé d'insanité d'esprit. Cette dernière ne se confond pas avec l'incapacité (laquelle résulte de la loi ou d'une décision du juge). Elle s'apparente plutôt à un trouble mental privant la personne de discernement, appréciée souverainement par les juges du fond.

Il n'existe en revanche pas de condition liée à l'état de santé afin de consentir à mariage, de sorte que même le moribond le peut. En effet, le mariage *in extremis*, conclu lorsque l'un des futurs époux est en péril imminent de mort, est considéré comme valable tant que la preuve de l'insanité d'esprit au moment où le consentement est exprimé n'est pas rapportée (v. les adaptations prévues à l'art. 75-2). Il en va de même pour le mariage du majeur protégé (v. art. 435, al. 1^{er} et art. 460). Depuis la loi du 23 mars 2019, il n'est plus tenu d'obtenir une quelconque autorisation pour se marier. Le tuteur ou le curateur peut néanmoins former opposition au mariage (art. 175).

2. L'intention matrimoniale

Pour qu'un mariage soit valablement contracté, le consentement doit impliquer l'intention de se marier avec l'autre époux. En 1963, la Cour de cassation (Civ. 1^{er}, 20 nov. 1963, *Appietto*) a validé l'analyse de la cour

d'appel ayant considéré que cette intention devait s'accompagner de la poursuite par les époux d'une finalité majeure de l'institution matrimoniale. Cela implique que le mariage n'est pas valablement contracté lorsque le résultat poursuivi par au moins l'un des deux époux est accessoire à l'union matrimoniale. Il en va ainsi lorsque le mariage est principalement conclu pour des raisons fiscales ou en vue d'obtenir un titre de séjour, d'acquérir la nationalité de son conjoint ou encore d'appréhender le patrimoine de ce dernier.

À savoir. En 1963, le souci d'éviter de donner naissance à un enfant hors mariage a été considéré comme l'une des finalités principales du mariage. Il n'est pas aisé de déterminer si cette analyse demeurerait valable aujourd'hui. Ce qui est certain est que **l'intention de mener une vie commune** constitue une finalité principale du mariage et les juridictions semblent avoir tendance à se concentrer sur cet élément. Parmi les indices retenus par les juges afin de forger leur conviction concernant l'existence d'une intention matrimoniale figurent la cohabitation et la volonté de prodiguer au conjoint affection, soutien et assistance.

En revanche, le but de mener une vie commune ne doit pas nécessairement être la finalité exclusivement poursuivie par les époux. Le consentement au mariage est valablement donné si l'intention de mener une vie commune s'accompagne également de la volonté de poursuivre des finalités accessoires à l'union (v. ex. Versailles, 15 juin 1990).

Le coin des curieux

La prévention des mariages simulés. Le législateur, soucieux de prévenir la conclusion de mariages simulés, exige que l'officier d'état civil auditionne les futurs époux avant la célébration du mariage (☞ voir fiche n° 16). L'acquisition de la nationalité française par mariage est, par ailleurs, subordonnée à une durée de mariage allant, selon les cas, de quatre à cinq ans (art. 21-2).

Le mariage posthume. Le consentement à mariage doit, en principe, être donné au moment du mariage. Le droit admet toutefois, pour des motifs graves, le mariage posthume, à condition de rapporter une preuve établissant, sans équivoque, le consentement du défunt (art. 171). Les effets de ce mariage rétroagissent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux. Ces effets sont, cependant, limités : l'époux survivant ne bénéficie pas de droits successoraux légaux et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

fiche n° 9

↳ Les vices du consentement des époux au mariage

Le consentement au mariage doit être donné librement et de manière éclairée par les époux. Cela signifie que le consentement doit être exempt des vices que sont la violence et l'erreur.

1. La violence

L'alinéa premier de l'article 180 du Code civil dispose que le mariage peut être annulé lorsqu'il a été contracté sous la contrainte, c'est-à-dire lorsque le consentement a été forcé par la violence, physique ou morale. Toutefois, la nullité ne peut être prononcée que si la pression exercée a été **déterminante** du consentement au mariage de l'époux (Civ. 1^e, 17 déc. 1968).

La crainte révérencielle envers les ascendants des époux a été introduite au sein des cas de violence par la loi du 4 avril 2006, dans le but de lutter contre les mariages forcés (art. 180, al. 1^{er}, *in fine*). Les juges avaient cependant déjà parfois invalidé des mariages en raison de la pression exercée par les parents (e.a, TGI Versailles, 25 avr. 1979).

2. L'erreur sur la personne ou sur une qualité essentielle de celle-ci

L'article 180, alinéa 2, du Code civil permet l'annulation du mariage en cas d'erreur sur la personne ou sur une qualité essentielle de celle-ci. L'erreur s'entend comme une fausse représentation de la réalité.

L'erreur peut conduire à annuler le mariage seulement si elle est caractérisée aussi bien de manière objective que subjective.

1. **L'erreur doit porter sur une qualité essentielle objective de l'époux** (art. 180, al. 2). Cela signifie que la qualité en question doit être *communément* attendue d'un conjoint. Il peut s'agir d'une erreur sur

l'identité de la personne, par exemple une substitution de personne. Mais il peut également s'agir d'une erreur sur d'autres qualités essentielles, telle la capacité sexuelle (Paris, 26 mars 1982) ou procréative du conjoint (TGI Avranches, 10 juill. 1973), ou encore son état de santé (TGI Dinan, 4 avr. 2006). La découverte d'une liaison antérieure au mariage et non dissoute (TGI Le Mans, 7 déc. 1981), ainsi qu'un passé de prostitution du conjoint (TGI Paris, 13 fév. 2001), ont également entraîné la nullité des unions. Inversement, la cour d'appel de Douai (17 nov. 2008, n° 08/03786) a refusé de voir une qualité essentielle en la virginité de l'épouse au moment du mariage.

Le coin des historiens

Initialement, seule l'erreur sur l'identité était admise par les juges. Dans l'arrêt *Berthon* (Ch. réun., 24 avril 1862), la Cour de cassation avait exclu la nullité pour erreur sur les qualités et sur les conditions de la personne. Ainsi, les juges avaient refusé de prononcer la nullité du mariage célébré avec celui qui était, à l'insu de son épouse, un ancien détenu.

- 2. L'erreur doit, de plus, porter sur une qualité essentielle subjective de l'époux (erreur déterminante).** Il ne suffit pas de prouver que, *communément*, une qualité donnée peut être attendue d'un époux pour que la nullité du mariage soit prononcée. Encore faudra-t-il que l'erreur en question ait été *subjectivement déterminante du consentement de l'époux demandeur en nullité* (Civ. 1^e, 19 févr. 1975, n° 73-13.761). L'époux doit ainsi prouver que, s'il avait eu connaissance de la qualité en question en la personne de son conjoint, il n'aurait pas consenti au mariage. Ainsi, si l'absence de maladie grave peut être communément considérée comme une qualité essentielle d'un époux, cela n'exclut pas que des individus consentent valablement au mariage : si un époux ne peut pas prouver que, *subjectivement*, il considérerait l'état de santé de l'autre comme un élément déterminant de son consentement, la nullité du mariage ne pourra pas être prononcée.

Le dol (comportement malhonnête qui consiste à provoquer une erreur déterminante du consentement) n'est pas visé par le Code civil en matière de mariage. Cette exclusion est résumée par l'adage énoncé par Loysel : en mariage trompe qui peut.

fiche n° 10

↳ Le mariage entre personnes de même sexe

La loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe, en supprimant la condition de l'altérité sexuelle des époux (art. 143).

Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, la différence de sexe des époux était une condition de validité du mariage. Si elle n'était pas expressément affirmée dans le Code civil, dans sa version de 1804, elle découlait de la conception sociétale du couple de l'époque, ainsi que du fait que plusieurs dispositions contenaient des références au « mari » ou à l'« homme » et à « la femme ».

Le coin des géographes

Tous les pays n'ont pas renoncé à la vision hétérosexuée du mariage. Plusieurs pays n'ont pas ouvert l'institution du mariage aux couples de même sexe. Parmi eux, certains ont créé des formes d'union civile conférant aux couples de même sexe la quasi-totalité des droits reconnus aux époux en tant que membres du couple, mais non en tant que potentiels parents. Tel est par exemple le cas de l'*union civile* italienne, réservée aux couples de même sexe, distincte du mariage et ne comportant pas, parmi les effets qu'elle produit, le droit d'adopter. Le choix italien s'explique par un ensemble de facteurs. Parmi eux, il est possible de mentionner des raisons culturelles, le plus grand attachement à la religion catholique de ce pays, mais également la volonté de continuer à voir en la procréation biologique une finalité du mariage. Par contraste, la question se pose de savoir si la procréation continue d'être une finalité du mariage en droit français.

Le coin des curieux

La **CEDH** a affirmé à plusieurs reprises (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf*, § 58 ; 12 déc. 2023, *Przybyszewska et a.*, § 101) qu'il n'existe pas, au sein des États parties au Conseil de l'Europe, un consensus européen suffisant sur la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et que, de ce fait, les États peuvent le prohiber, pourvu qu'ils offrent, par ailleurs, à ces couples un cadre juridique spécifique assurant la reconnaissance et la protection de leur union.

De même, dans l'arrêt *Coman* (CJUE, 5 juin 2018, n° C -673/16), la **Cour de justice** a considéré que le droit de l'Union européenne n'impose pas aux États membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. En revanche, dans le même arrêt, elle a considéré qu'un État membre doit reconnaître le mariage valablement célébré dans un autre État membre par un citoyen européen, dans le but de laisser produire à ce mariage les effets que le droit de l'Union requiert au titre de la garantie de la libre circulation des citoyens européens. Il s'agissait, en l'espèce, de garantir un droit de séjour au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union (cf. CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall*, concernant le droit au séjour du partenaire de même sexe).

Le coin des historiens

Extraits du Code civil en vigueur le 21 mars 1804 :

« [...] L'officier d'état civil [...] recevra de chaque partie [...] la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme » (art. 75 anc.).

« L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage » (art. 144 anc.).

V. le premier jugement prononçant la nullité d'un mariage conclu en France entre personnes du même sexe : TGI Bordeaux, 27 juillet 2004, *mariage de Bègles*, n° 6427/2004.

V. les suites de cette affaire : CA Bordeaux, 19 avr. 2005, n° 04/04683 et Cass. 1^{ère} civ. 13 mars 2007, n° 05-16.627.

V. encore sur une autre affaire : Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

fiche n° 11

↳ Le mariage de l'individu transsexuel

À la suite de la condamnation de la France par la CEDH le 25 mars 1992 (arrêt *B, c/France*), les juges français ont définitivement admis la possibilité de rectifier, de manière non rétroactive, la mention du sexe à l'état civil (v. Ass. plén., 11 déc. 1992). Jusqu'à ce que le législateur ouvre le mariage aux couples de même sexe en 2013, deux questions se sont posées concernant le mariage de l'individu transsexuel.

1. Le cas du mariage célébré postérieurement au changement de sexe à l'état civil

La première question qui se posait était de savoir si l'individu ayant changé de sexe à l'état civil pouvait se marier dans son nouveau sexe. L'interrogation surgissait en mettant notamment l'accent sur la finalité procréative du mariage, car le couple dont l'un des membres a subi une opération chirurgicale de conversion sexuelle impliquant la stérilisation ne peut plus procréer. La réponse a cependant été affirmative puisque le sexe pris en compte par le droit est celui qui est inscrit dans les registres d'état civil au jour du mariage (v. par exemple Paris, 17 févr. 1984). Au niveau supranational, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré la prohibition de ce mariage comme contraire au droit au respect de la vie privée, ainsi qu'au droit au mariage (CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin*). La Cour de justice a, quant à elle, considéré que cette prohibition introduisait une discrimination fondée sur le sexe (CJCE, 7 janv. 2004, *K.B.*).

2. Le cas du mariage célébré antérieurement au changement de sexe à l'état civil

La deuxième interrogation portait sur le sort du mariage célébré avant la rectification de l'état civil. En effet, la survie de l'union impliquait de considérer comme valables des mariages unissant deux individus du même

sexe, à la suite du changement de sexe de l'un des époux. La question de la caducité de l'union s'est donc posée jusqu'en 2013 (v. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 6^e éd., 2013, Dalloz, n° 101), de même que la question de la possibilité de prononcer un divorce pour faute. En revanche, l'hypothèse de la nullité du mariage devait être exclue, car la validité de l'union s'apprécie au jour de la célébration et donc à un moment où les époux appartenaient à des sexes opposés. Néanmoins, la nullité du mariage pouvait, et peut toujours, être prononcée lorsqu'un époux n'est pas à connaissance du changement de sexe de son conjoint avant le mariage. Cette ignorance peut entraîner la nullité du mariage en raison de l'erreur sur une qualité essentielle de ce dernier, si les conditions y afférentes sont remplies (☞ voir fiche n° 9).

Avant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, une cour d'appel a admis la survie du mariage conclu avant que l'un des époux ne change de sexe tout en refusant de mentionner la rectification du sexe en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des enfants (Rennes, 16 oct. 2012).

Le coin des géographes et des curieux

Dans les pays prohibant le mariage entre personnes du même sexe, la dissolution de l'union a pu être exigée en cas de modification de sexe à l'état civil postérieure au mariage. À cet égard, la Cour de Strasbourg a considéré la loi anglaise de l'époque comme conforme à la CESDH, et notamment à ses articles 8 et 12, en sachant qu'elle imposait le divorce du transsexuel qui s'était marié avant de changer de sexe à l'état civil. L'accent a été mis sur le fait que le couple divorcé pouvait conclure une union civile permettant à ses membres de bénéficier de la plupart des protections et avantages accordés aux couples mariés (CEDH, 28 nov. 2006, *Parry*). De même, elle a considéré comme conforme à la Convention la loi finlandaise qui, à l'époque, subordonnait le changement de sexe à l'état civil, soit au consentement du conjoint au divorce, soit à la conversion du mariage en partenariat enregistré, en sachant que cette dernière union offrait aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle offerte par le mariage (CEDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen*). Depuis l'admission du mariage homosexuel en Finlande en 2017, le partenariat enregistré a été supprimé.

fiche n° 12

↳ La condition d'âge nubile et de majorité matrimoniale

Il n'existe pas d'âge maximal pour se marier : le mariage peut être célébré *in extremis*, c'est-à-dire « en cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux » (art. 75, al. 2), sous réserve, bien entendu, de lucidité de l'époux mourant (↳ voir fiche n° 8).

Concernant l'âge minimal, en revanche, la loi du 4 avril 2006 a porté à 18 ans l'âge à partir de laquelle les hommes et les femmes peuvent se marier sans autorisations extérieures (art. 144). Derrière cette condition d'âge, se cachent cependant deux notions, celle de majorité matrimoniale et celle d'âge nubile, lesquelles requièrent pour le mariage du mineur - admis par exception - deux séries d'autorisations distinctes.

1. La condition de la majorité matrimoniale et l'autorisation familiale au mariage du mineur

La majorité matrimoniale désigne l'âge à partir duquel un individu peut se marier sans l'autorisation de ses parents.

Le mariage du mineur (même émancipé, art. 413-6) requiert le consentement au mariage, non seulement de l'époux lui-même, mais également de sa famille.

Ce consentement doit, en principe, être donné par les parents, en sachant qu'en cas de désaccord ou de décès d'un parent, le consentement d'un seul suffit (art. 148 et 149). Si les parents sont décédés ou hors état de manifester leur volonté, le consentement doit être donné par les autres aïeux et aïeules (art. 150) ou, à défaut, par le conseil de famille (art. 159).

Ce consentement peut être recueilli au moment du mariage par l'officier d'état civil (art. 75 et 76), ou peut être donné avant l'union, par acte authentique (art. 73).

2. La condition d'âge nubile et la dispense pour le mariage du mineur

La notion d'âge nubile renvoie à l'âge minimal que l'article 144 du Code civil exige, en principe, pour se marier.

Par exception, le mariage du mineur peut être célébré si, en plus du consentement familial, l'intéressé obtient une dispense d'âge nubile (art. 145).

Cette dispense peut être octroyée par le procureur de la République, pour « motifs graves », typiquement, l'état de grossesse de la future épouse.

L'âge nubile est censé refléter un âge de maturité sexuelle, aussi bien au plan physique que psychologique.

Le coin des historiens

En 1804, la majorité matrimoniale était fixée à 25 ans pour les garçons et à 21 ans pour les filles. Une loi du 21 juin 1907 l'a ramenée à 21 ans pour les deux sexes et, enfin, une loi du 5 juillet 1974 l'a abaissée à 18 ans.

L'âge nubile, en revanche, est demeuré à quinze ans pour les femmes et à 18 ans pour les hommes entre 1804 et le 4 avril 2006, date à laquelle la loi adoptée ce même jour l'a porté à 18 ans pour les deux sexes.

Plusieurs considérations peuvent être développées concernant le choix d'unifier ces deux âges.

- + **L'unification des âges.** Le fait de fixer aussi bien l'âge nubile que la majorité matrimoniale à 18 ans pour les deux sexes s'explique par la volonté de faire correspondre l'âge pour se marier sans consentements extérieurs à l'âge de la majorité civile. Cette dernière a en effet été fixée à dix-huit ans depuis l'adoption d'une loi du 5 juillet 1974.
- + **L'égalisation des âges.** Aussi, le choix de prévoir le même âge pour les deux sexes s'inscrit dans la série des réformes visant à égaliser le traitement des époux des deux sexes.
- + **L'élévation de l'âge nubile des femmes.** Enfin, le choix d'un âge relativement avancé pour les deux sexes permet de diminuer le risque de mariages forcés. Jusqu'en 2006, il existait le risque que les jeunes femmes se marient à quinze ans sous la pression de leur famille.

fiche n° 13

↳ La condition de célibat

La condition de célibat posée par le Code civil implique la prohibition de la bigamie, mais non des mariages successifs (art. 147).

1. La prohibition de la bigamie

L'article 147 du Code civil interdit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Autrement dit, la loi interdit à tout individu marié de conclure un nouveau mariage, tant que le premier n'a pas été dissous par décès ou par divorce. Ce faisant, le Code civil prohibe la bigamie. Néanmoins, le deuxième mariage, conclu avant que le premier ne soit annulé, a été considéré comme valable en raison de l'effet rétroactif attaché au prononcé de la nullité du premier mariage (v. art. 189; Civ. 1^e, 25 sept. 2013, n° 12-26.041, deuxième mariage conclu entre les mêmes époux; sur les effets de la nullité du mariage, ↪ voir fiche n° 22).

Des **contrôles préventifs** sont opérés afin de préserver le principe monogamique du mariage.

Avant le mariage, chaque futur époux doit produire une copie de son acte de naissance, ce qui permet à l'officier d'état civil de vérifier l'état de célibat des futurs époux (car le mariage, une fois conclu, est mentionné en marge de l'acte de naissance).

L'importance du principe monogamique du mariage en droit français se décèle, en outre, du fait que la bigamie est **pénalement sanctionnée** (art. 433-20, C. pén.) et du fait que la polygamie est considérée comme un **motif de refus de délivrance de certains titres de séjour** en France (art. 412-5 et 412-6, CESEDA), ce qui trouve d'ailleurs une assise en droit de l'Union européenne (art. 4, § 4, al. 1^{er}, dir. 2003/86/CE).

En revanche, le PACS précédemment conclu par l'un ou les deux futurs époux n'empêche pas le mariage, y compris entre un partenaire et un tiers au couple pacsé. Le mariage entraîne alors la dissolution du PACS (☞ voir fiche n° 51).

2. L'admission des unions successives

Une lecture *a contrario* de l'article 147 du Code civil permet de comprendre que le droit français admet le remariage, à la suite d'un divorce ou du décès du conjoint.

Le coin des géographes

Lorsqu'un mariage polygamique est valablement conclu à l'étranger, les juges français acceptent parfois de valider ces mariages, même si les effets qu'ils produisent peuvent léser les intérêts de la première épouse.

Différents facteurs peuvent expliquer les cas de tolérance. Il peut s'agir d'une volonté de sanctionner l'époux blâmable. Ainsi, lorsque la deuxième épouse réclame la contribution aux charges du mariage de la part de son époux, refuser de reconnaître le mariage pour cause de polygamie reviendrait à permettre au mari d'échapper à ses obligations contractées à l'étranger (ex. Civ., 28 janv. 1958, *Chemouni*; sur la notion de contribution aux charges du mariage, ☞ voir fiche n° 28).

D'autres fois, l'équité explique ce choix des juges. Les juges ont parfois validé ces mariages et accepté d'attribuer la pension de réversion aux deux épouses survivantes (v., en dernier lieu, Civ. 2^e, 23 juin 2022, n° 21-11.793). Le législateur est cependant intervenu en 2021 en disposant que, si le deuxième mariage n'est pas invalidé, la pension de réversion revient uniquement à l'épouse polygame survivante dont le mariage a été conclu en premier (art. L. 161-23-1 A, al. 1^{er}, CSS). Néanmoins, le législateur accepte, si le deuxième mariage est annulé par les juges, qu'il produise à l'égard de la deuxième épouse les effets du mariage putatif (☞ voir fiche n° 22). Dans ce cas, cette épouse a droit, avec la première, à la pension de réversion (art. L. 161-23-1 A, al. 1^{er}, CSS). Il s'agit, ainsi, indirectement d'une incitation faite aux juridictions d'annuler le deuxième mariage, ce qui renforce symboliquement le principe monogamique du mariage, y compris lorsque les situations familiales concernées sont internationales.

fiche n° 14

↳ La condition d'exogamie

Le mariage entre deux individus liés par **certains liens de parenté ou d'alliance** est interdit. Cette interdiction n'est cependant pas générale. Certaines prohibitions sont **absolues**, de sorte que la conclusion du mariage est interdite et qu'en cas de célébration, l'union est susceptible d'être annulée (v. cependant l'influence exercée par la jurisprudence de la CEDH sur les solutions françaises, ↪ voir fiche n° 15). D'autres interdictions sont en revanche **relatives**: les époux peuvent se marier si une **dispense** leur est accordée par le Président de la République (art. 164).

Les prohibitions absolues concernent d'abord les individus unis par un **lien de parenté**.

L'art. 161 interdit le mariage à l'infini entre parents **en ligne directe** (sur cette notion, ↪ voir fiche n° 2). Le mariage est donc prohibé avec l'un quelconque de ses ascendants ou descendants (parent/enfant; grand-parent/petit-enfant...). Cette interdiction s'applique de manière indifférenciée, qu'il s'agisse de liens de filiation biologique ou établis par possession d'état, du lien entre l'enfant issu d'une PMA et sa mère non biologique, ou encore entre l'enfant adopté en la forme plénière et le ou les adoptants. Les empêchements à mariage persistent d'ailleurs entre l'adopté et sa famille d'origine (art. 356). En revanche, dans le cadre de l'adoption simple, une dispense peut, dans certains cas, être accordée par le Président de la République (art. 361), par exemple en cas de grossesse.

En ce qui concerne les individus unis par un lien de parenté **en ligne collatérale** (sur cette notion, ↪ voir fiche n° 2), l'empêchement est absolu entre frères et sœurs (art. 162), qu'ils soient germains (mêmes parents), consanguins (même père uniquement) ou utérins (même mère uniquement). L'article 163 prohibe ensuite le mariage entre l'oncle/la tante et la nièce/le neveu, en sachant que la loi ne distingue pas selon que, par exemple, l'oncle et la nièce sont issus d'un seul parent commun ou des deux. Ainsi, à titre d'exemple, un homme ne peut pas, en principe, épouser

la fille de sa demi-sœur. Cette prohibition est cependant relative. En effet, l'art. 164, 3° dispose qu'il est possible de demander une dispense permettant le mariage entre l'oncle/la tante et le neveu/la nièce « pour des causes graves ».

Des empêchements à mariage existent également en présence d'un **lien d'alliance**. La réponse à la question de savoir si un individu peut épouser le parent de son ex-conjoint varie selon que le mariage avec l'ex-conjoint a été dissous par divorce ou par décès.

- + Si le précédent mariage avec la personne qui a créé le lien d'alliance a été dissous par divorce, alors la prohibition est absolue (art. 161 et 164, 1° combinés). Ainsi, le mariage de la belle-fille avec son beau-père fait l'objet d'une prohibition absolue si le mariage entre la belle-fille et le fils du beau-père a été dissous par divorce.
- + En revanche, si la personne qui a créé le lien d'alliance est décédée, la prohibition est relative (art. 164, 1°). Par exemple, si l'ex-conjoint est décédé, son ex-épouse et l'ex-beau-père de cette dernière peuvent se marier s'ils obtiennent une dispense pour « causes graves ».

Par ailleurs, bien que le PACS ne crée pas de lien d'alliance à proprement parler, depuis l'adoption d'une loi du 21 février 2022, le mariage est interdit entre l'adopté et le partenaire de l'adoptant et entre l'adoptant et le partenaire de l'adopté (art. 361, 2°).

Aussi, la reconnaissance d'un droit aux subsides conduit à créer un empêchement à mariage entre le débiteur et l'allocataire et entre l'un d'eux et leurs parents ou conjoints (art. 342-7; voir fiche n° 70).

En revanche, la loi n'interdit plus, comme elle le faisait par le passé, le mariage entre l'ex-époux/épouse et son ex-beau-frère/ex-belle-sœur.

Le coin des curieux

L'interdiction de l'endogamie ne vise pas uniquement à prévenir les risques liés à la consanguinité, mais également à prévenir la confusion générationnelle qui découlerait du fait qu'un même individu occupe simultanément plusieurs statuts familiaux (par exemple, père et grand-père à la fois). L'existence des dispenses concernant l'union oncle-tante/nièce-neveu montre cependant que certains risques de confusion générationnelle sont considérés comme étant plus graves que d'autres.

fiche n° 15

↳ L'influence des droits fondamentaux sur les empêchements à mariage liés à l'endogamie

Les interdictions des mariages incestueux qui viennent d'être exposées, soient-elles absolues ou relatives, reposent sur des considérations d'ordre public (↳ voir fiche n° 14). Toutefois, l'influence croissante des droits fondamentaux, notamment de la **Convention européenne des droits de l'Homme**, conduit à des infléchissements des solutions françaises.

L'arrêt B. et L. c/Royaume-Uni (CEDH, 13 septembre 2005), concernant un mariage entre alliés, est pertinent à cet égard. À l'époque, le droit britannique interdisait le mariage entre un beau-père et sa belle-fille après la dissolution du premier mariage de cette dernière par divorce. À la différence du droit français, demander une dispense était possible, bien que son obtention fût coûteuse et aléatoire. Une femme et son ex-beau-père ont décidé, après avoir eu un enfant ensemble, de demander la célébration du mariage sans demander la dispense. Confrontés au refus des autorités britanniques de célébrer le mariage, le couple a saisi la CEDH pour atteinte excessive au droit de se marier protégé par l'article 12 de la CESDH et ils ont obtenu gain de cause.

La Cour a considéré que l'interdiction n'empêchait pas la relation de se former factuellement. Elle a également relevé que le droit pénal britannique ne sanctionnait pas ces unions. Par conséquent, le refus de célébrer le mariage n'était pas apte à prévenir toute confusion ou insécurité émotionnelle présumée pour l'enfant. Parallèlement, la possibilité de conclure le mariage en cas de dispense crée, selon la Cour, une incohérence par rapport à l'objectif poursuivi de préservation de l'intégrité de la famille. En effet, un tel objectif appellerait plutôt une interdiction ferme du mariage ainsi que de nouer des relations incestueuses de fait. Dès lors, l'absence de dispense en l'espèce ne pouvait justifier la restriction du droit de se marier. La Cour insiste également sur le fait qu'au sein de la Chambre des Lords, les opinions étaient partagées concernant

l'opportunité du maintien de cette interdiction. La Cour en a conclu que l'atteinte au droit de se marier garanti par l'article 12 de la CESDH était disproportionnée.

Le droit français, comme le droit britannique, ne prévoit pas de sanction pénale lorsque ces relations se nouent effectivement. Néanmoins, en droit français, le mariage entre le beau-père et la belle-fille, après divorce de cette dernière, est interdit sans dispense possible (↪ voir fiche n° 14). Il n'est donc pas assuré que la Cour européenne sanctionnerait l'interdiction française fondée sur l'article 161 du Code civil.

La Cour de cassation procède néanmoins au cas par cas. Lorsque des mariages incestueux ont été conclus en passant entre les mailles du filet de l'interdiction, elle a mis l'interdiction française en balance avec le droit au respect à la vie privée et familiale (art. 8, CESDH) et/ou avec le droit au mariage (art. 12, CESDH). Différents arguments de fait sont à chaque fois mobilisés par la Cour pour fonder ses décisions. Parmi ces éléments, une longue durée du mariage (vingt ans) a conduit la Cour à valider l'union incestueuse, au nom du respect du droit à la vie privée et familiale (Civ. 1^e, 4 déc. 2013, n° 12-26.066). Un autre mariage entre une bru et son ex-beau-père ayant duré huit ans, en revanche, a été annulé (Civ. 1^e, 8 déc. 2016, n° 15-27.201) sur la base de différents arguments, tels que l'absence d'enfants nés de l'union, le fait que l'époux avait été une figure quasi paternelle pour l'épouse et, de manière assez surprenante, que l'annulation ne remettait pas en cause la vie maritale que le couple a effectivement pu vivre jusqu'au décès de l'époux. Ce dernier argument est discutable dans la mesure où, juridiquement, la nullité a un effet rétroactif.

Les solutions françaises sont donc désormais empreintes de la casuistique amenée par l'exigence de mise en balance des considérations françaises d'ordre public justifiant les interdictions absolues ou relatives des mariages incestueux, avec le respect des droits garantis par la CESDH.

fiche n° 16

↳ Les conditions de forme

La formation du mariage est subordonnée au respect de certaines formalités à accomplir avant et pendant la célébration, inscrites aux articles 63 à 76 du Code civil. Ces exigences légales visent à s'assurer du respect des conditions de fond du mariage, à en assurer la publicité et à renforcer, à travers une célébration solennelle, la dimension institutionnelle et symbolique de cette union.

1. Les pièces à produire : une vérification préalable des conditions de fond du mariage (art. 63, 70, 71, 73)

Avant de pouvoir se marier, les futurs époux doivent présenter à l'officier d'état civil une copie intégrale de leur acte de naissance datant de moins de trois mois, ainsi qu'une pièce d'identité. Cette formalité permet notamment de vérifier leur âge, leur célibat et l'absence de liens de parenté ou d'alliance prohibés. L'identité des témoins doit également être communiquée. D'autres documents peuvent être exigés dans certaines situations, comme l'autorisation des parents en cas de mariage d'un mineur, la dispense éventuellement accordée ou encore la justification de l'information du curateur ou du tuteur de l'époux protégé (art. 460). Si les futurs époux ont choisi d'établir un contrat de mariage, un certificat en attestant doit être également produit. Enfin, si un époux ou les deux souhaitent prendre un nom d'usage (art. 225-1), la demande doit en être faite.

2. L'audition des futurs époux : un contrôle préalable du consentement (art. 63)

Dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés et de complaisance, et plus généralement pour s'assurer du consentement des époux au mariage, l'officier d'état civil doit, en principe, entendre ensemble les futurs époux avant la célébration. Toutefois, cette audition peut être

écartée en cas d'impossibilité, comme en cas de mariage *in extremis*. Bien que rare en pratique, l'audition peut aussi ne pas avoir lieu si l'examen des documents ne révèle aucun doute sur la réalité du consentement matrimonial. À l'inverse, l'officier d'état civil doit auditionner le futur époux mineur seul. Il peut aussi décider d'entendre séparément les époux, si des indices laissent craindre un consentement vicié ou l'absence d'intention matrimoniale.

3. La publication des bans : une mesure de publicité du mariage (art. 63 à 65)

Le mariage doit faire l'objet d'une publicité afin de permettre à toute personne d'exercer son droit d'opposition (☞ voir fiche n° 17). Cette publication consiste en l'apposition d'une affiche aux portes de la mairie du lieu de célébration pendant dix jours avant la cérémonie, ce qui signifie que le mariage ne peut être célébré avant ce terme. Elle mentionne l'identité des futurs époux, leur profession, leur domicile et leur résidence. Si la cérémonie n'a pas lieu dans l'année qui suit la publication des bans, une nouvelle publicité est nécessaire. Le procureur de la République peut toutefois dispenser les futurs époux de cette formalité pour des motifs graves (art. 169), notamment en cas d'accouchement imminent ou de mariage *in extremis*.

4. La célébration du mariage : une cérémonie officielle (art. 74 à 76)

Le mariage doit être célébré publiquement à la mairie, sauf exception. Il est célébré devant un officier d'état civil, généralement le maire ou un de ses adjoints. La présence des époux est obligatoire – le mariage par procuration étant prohibé (art. 146-1) – sauf dans l'hypothèse très exceptionnelle du mariage posthume (art. 171). Deux à quatre témoins doivent également être présents. Lors de la cérémonie, l'officier d'état civil procède à la lecture de certains articles du Code civil, rappelant notamment les obligations de respect, de fidélité, de secours et d'assistance entre époux, l'obligation de contribuer aux charges du mariage, ainsi que le principe de la direction conjointe de la famille, et le partage de l'autorité parentale. Il mentionne l'éventuel contrat de mariage conclu. Il recueille ensuite le consentement des futurs mariés avant de prononcer leur union au nom de la loi. L'acte de mariage est dressé immédiatement.